

Direktmarketing und Wettbewerbsrecht

Neue gerichtliche Entscheidungen



Mit der Novelle zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) im Jahre 2004 hat der Gesetzgeber dort in § 7 den Tatbestand der „unzumutbaren Belästigung“ in den Gesetzestext aufgenommen. Er lautet nunmehr wie folgt:

§ 7 Unzumutbare Belästigungen

(1) Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen

1. bei einer Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht;
2. bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung;
3. bei einer Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt;
4. bei einer Werbung mit Nachrichten, 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.

(3) Abweichend von Absatz 2 Nr. 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,
2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,
3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
4. 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.

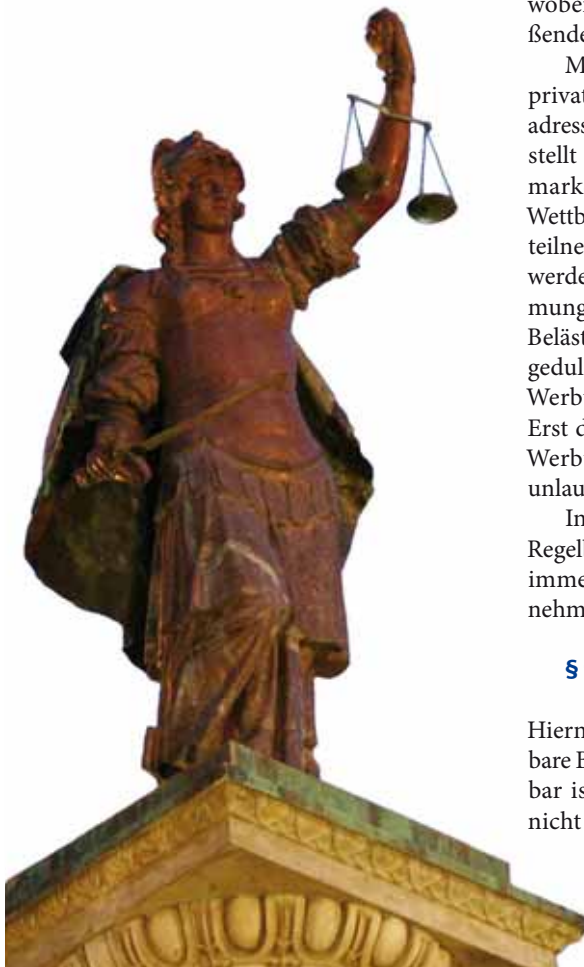
In den Absätzen 2 und 3 hat der Gesetzgeber nunmehr Beispiele für eine *unzumutbare Belästigung* in das Gesetz aufgenommen. Diese Beispiele sind solche des Direktmarketings, wobei es sich jedoch nicht um eine abschließende Aufzählung handelt.

Mit dieser Regelung soll dem Schutz der privaten und beruflichen Sphäre der Werbeadressaten Rechnung getragen werden. Hierbei stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass Direktmarketingmaßnahmen dann im Sinne des Wettbewerbsrechts unlauter sind, wenn Marktteilnehmer in „unzumutbarer Weise“ belästigt werden. Schon aus dieser begrifflichen Bestimmung lässt sich erkennen, dass eine gewisse Belästigung durch Werbung vom Gesetzgeber geduldet wird. Eine bloße Belästigung durch Werbung muss also hingenommen werden. Erst dann, wenn diese Belästigung durch die Werbung „unzumutbar“ wird, ist Werbung unlauter und damit unzulässig.

In Absatz 2 hat der Gesetzgeber nun einige Regelbeispiele aufgeführt, bei deren Vorliegen immer eine unzumutbare Belästigung anzunehmen ist.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG:

Hiernach ist eine Werbung dann als unzumutbare Belästigung zu qualifizieren, wenn erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht. Es ist also erforderlich, dass



der Werbeempfänger seinen entsprechenden Willen nach Außen kund tut. Das beliebteste Beispiel in diesem Zusammenhang ist eine Briefkastenaufkleber mit dem Inhalt „Werbung unerwünscht“. Hieraus folgt im Gegenschluss, dass die Briefkastenwerbung (Einwurf von Prospekten, Katalogen etc.) grundsätzlich als erlaubt anzusehen ist.

Eine Erkennbarkeit, dass Werbung unerwünscht ist, ergibt sich für den Werbenden auch dann, wenn der Werbeempfänger in der so genannten **Robinson-Liste** eingetragen ist. Diese Liste wird geführt vom Deutschen Direktmarketing-Verband e.V. in Wiesbaden und ist zunächst nur für die Mitgliederunternehmen in diesem Verband maßgebend. Der Verband gibt aber auch solchen Unternehmen, die nicht Mitglieder sind, die Möglichkeit mit Hilfe dieser Liste ihre eigenen Daten zu überprüfen.

Sollte trotz der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens Werbung zugestellt werden, ist zunächst der Verteiler selbst hierfür verantwortlich. Als Verteiler kommt in den meisten Fällen sicherlich die Deutsche Post AG in Betracht. Auch das Unternehmen selbst, welches die Werbung initiiert hat, ist für die unzulässige Werbung verantwortlich.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Ansprüche aus dem Wettbewerbsrecht dem einzelnen Verbraucher nicht zustehen. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche stehen gemäß § 8 UWG den Mitbewerbern, den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern, Wettbewerbsvereinen und Verbraucherverbänden zu. Bei der Novelle des UWG hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, auch dem einzelnen Verbraucher die Abwehrrechte des UWG (insbesondere Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche) zuzubilligen. Sicherlich befürchtete man in diesem Zusammenhang eine Flut von Klagen wegen vermeintlicher Wettbewerbsverstöße. Der Verbraucher selbst ist jedoch nicht schutzlos, da ihm Ansprüche gegen die Verantwortlichen einer unzulässigen Werbung aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zustehen. Auch hier ergeben sich aus dem Recht der unerlaubten Handlungen entsprechende Ansprüche des einzelnen Verbrauchers.

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG:

Die Telefonwerbung wird als Form des Direktmarketings immer beliebter. Wer fühlte sich nicht bereits durch Anrufe unter dem Privatanschluss oder aber auch am Arbeitsplatz gestört. Dies ist sicherlich nicht zuletzt darin begrün-

det, dass geschulte Mitarbeiter der werbenden Unternehmen selbst oder auch Mitarbeiter von beauftragten Call-Centern den umworbenen Kunden gezielt ansprechen und auf anfängliche Zurückhaltung oder gar Abweisung sehr gezielt reagieren können.

Nach dem Gesetzeswortlaut sind solche werbenden Telefonanrufe dann zulässig, wenn der Angerufene zuvor in diese Werbemaßnahme eingewilligt hat. Eine solche Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.

Wenig Probleme bereitet hierbei die ausdrückliche Einwilligung, beispielsweise indem man um einen entsprechenden Rückruf gebeten hat oder zuvor bereits erklärt hat, dass man mit entsprechenden Anrufen einverstanden ist. Problematisch sind in diesem Zusammenhang vorformulierte Einwilligungserklärungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der werbenden Unternehmen, soweit diese zuvor Bestandteil eines Vertrages zwischen den werbenden Unternehmen und dem Angerufenen geworden sind. Hier stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Klausel möglicherweise unwirksam ist. So geht die Rechtsprechung davon aus, dass solche Klauseln dann unwirksam sind, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert sind, somit gegen das Transparenzgebot verstoßen. In der Praxis sieht man häufig, dass in allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechende Einwilligungserklärungen so unverständlich formuliert sind, dass sich dem Verbraucher der Sinn entsprechender Regelung überhaupt nicht erschließt. Auch sind solche Erklärungen unwirksam, wenn sie an versteckten Stellen formuliert sind.

Viel schwieriger ist die Frage zu beantworten, wann von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden kann. Diese liegt nach der Rechtsprechung nicht vor, wenn der Angerufene zu den werbenden Unternehmen bereits in vertraglichen Beziehungen besteht. Auch wenn ein Verbraucher in entsprechenden Formularen eines Unternehmens seine Telefonnummer angegeben hat, bedeutet dies nicht, dass er Anrufen dieses Unternehmens generell zugestimmt hat. Aus der Angabe der Telefonnummer lässt sich lediglich ableiten, dass Anrufe zur Abwicklung des konkreten, bestehenden Vertragsverhältnisses zulässig sein sollen.

Die Telefonwerbung gegenüber „anderen Marktteilnehmern“, also etwa Gewerbetreibenden, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes auch dann zulässig, wenn statt der ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung von einer „mutmaßlichen Einwilligung“ ausgegangen werden kann. Der Bundesgerichtshof stellt in diesem Zusammenhang darauf ab, ob



Horst-Michael Ellmer ist seit Jahren der Rechtsanwalt des f:mp. und steht somit den Mitgliedern mit Rat und Tat rund um Rechtsfragen in der Medienproduktion zur Seite.

auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen vermutet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn der Werbende davon ausgehen kann, dass der Angerufene den Anruf erwartet oder zumindest diesem Anruf positiv gegenübersteht.

Dies wurde beispielsweise für den Anruf eines Telefonbuchverlages bejaht, mit dem die bisher veröffentlichten Daten des Angerufenen abgeglichen werden sollten und der Anruf zur Werbung für einen Zusatzeintrag genutzt wurde.