Telefonmarketing gegenüber gewerblichen Zielgruppen

DDV/IHK-Veranstaltung – 5. Mai 2008, Bonn

Dr. Stefan Engels
Partner Lovells LLP

Alstertor 21
20095 Hamburg
Tel.: +49 (0)40 419 93-0
stefan.engels@lovells.com

Übersicht

- Telefonmarketing und UWG
- Rechtsfolgen
- Gesetzgebungsaktivitäten

Rechtsrahmen

- **Wettbewerbsrecht**
  - §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2, 8 UWG
    - **Ansprüche wegen unlauterem Verhalten**
- **Deliktsrecht**
  - §§ 823, 1004 BGB
    - **Ansprüche wegen Rechtswidrigkeit**

Grundvoraussetzung

Verbotstatbestand § 3 UWG iVm § 7 UWG

Unlautere **Wettbewerbshandlungen**, die geeignet sind, den **Wettbewerb** zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer **nicht nur unerheblich** zu **beeinträchtigen**, sind unzulässig

- Wettbewerbshandlung
- Wettbewerbsbeeinträchtigung
- Erheblichkeit (Überschreitung der Bagatellschwelle)

Wettbewerbshandlung

Legaldefinition:

„Jede Handlung einer Person mit dem **Ziel**,

- **zu Gunsten** des eigenen oder fremden **Unternehmens**
- den Absatz oder den Bezug von Waren oder […] Dienstleistungen […] zu fördern."

Absatzförderung

- **Objektive Eignung** **zur Förderung des Wettbewerbs**
- **Absicht** **zur Förderung des Wettbewerbs**

+ Produktmarketing gegenüber Nichtkunden	➲	unmittelbar / Primärziel
+ Ergänzendes Angebot für Altkunden	➲	unmittelbar / Primärziel
- Meinungsum- / Zufriedenheitsabfrage	➲	mittelbar / Sekundärziel

Bagatellschwelle

- **Erheblichkeit der Wettbewerbs-beeinträchtigung**
  - Ist grundsätzlich gesondert festzustellen
  - Aber: Bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i.S. von § 7 UWG bedarf es **keiner gesonderten Prüfung** des Verhaltens auf seine Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen (BGH, GRUR 2007, 607 - Telefonwerbung für Individualverträge)

Ein unzumutbares Verhalten ist immer erheblich!

Verbot der unzumutbaren Belästigung

- Unzumutbare Belästigung (§ 7 Abs. 1)
  - Für Großteil der Verbraucher „unerträglich“
- Briefkastenwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 1)
  - unzulässig gg. erkennbaren Willen des **Empfängers**
- Telefonwerbung ggü. **Verbraucher**/ Faxwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2/3)
  - unzulässig ohne **vorherige** Einwilligung
  - Referentenentwurf der BReg: vorherige ***ausdrückliche*** Einwilligung bei Telefonwerbung!
- Telefonwerbung ggü. **sonst. Marktteilnehmern** (§ 7 Abs. 2 Nr. 2)
  - unzulässig ohne (zumindest) **„mutmaßliche“** Einwilligung
- E-Mail-Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3)
  - unzulässig ohne vorherige Einwilligung, wenn nicht (§ 7 Abs. 3)
    - Bestehende Geschäftsbeziehung / Aufklärung / für eigene ähnliche Waren

Telefonwerbung

- Begriff der Telefonwerbung
  - Nicht notwendig, dass es während des Telefonanrufes zu einem Geschäftsabschluss kommt
  - Ausreichend ist, wenn der Anruf der Anbahnung eines geschäftlichen Kontaktes oder der Vorbereitung eines Geschäftsabschlusses dienen soll
  - Auch Sprechkontakt grds. nicht notwendig, wenn der Anruf an eine Mobilfunktelefonnummer so kurz ist, dass der Angerufene das Gespräch nicht entgegennehmen kann und bei Rückruf unter dieser Nummer eine Werbebotschaft abgerufen wird (LG München, MMR 2004, 42)

Verbraucher / sonst. Marktteilnehmer 1

- Verbraucher
  - Jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (§ 2 II iVm § 13 BGB)

- Beispiele
  - (+) Anruf eines Unternehmer bei Privatpersonen, um sie zum Verkauf von Waren zu bewegen
  - (+) Werbliche Anrufe unter der **Privatnummer** einer Person, gleichgültig ob der Angerufene in seiner Eigenschaft als Privatmann oder als Unternehmer angesprochen werden soll
  - (-) Werbliche Anrufe unter der **Geschäftsnummer** eines Unternehmers auch dann, wenn der Anruf ohne Wissen des Anrufers automatisch zu einem privaten Anschluss umgeleitet wird (OLG Köln, GRUR-RR 2005, 138, 139)
  - (-) Anruf bei einem Geschäftsmann **zu üblichen Geschäftszeiten**, der nur nur eine Telefonnummer besitzt, die er sowohl privat als auch geschäftlich nutzt

Verbraucher / sonst. Marktteilnehmer 2

- Sonstige Marktteilnehmer
  - Alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind, ohne Verbraucher zu sein
    - Unternehmer
      - Jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 I BGB)
    - Arbeitnehmer, soweit ein Bezug zum Abschluss, zur Änderung oder zur Aufhebung eines Arbeitsvertrags besteht
    - Juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, die nicht unter den Unternehmerbegriff des § 14 BGB fallen (zB Idealvereine, Gewerkschaften, Parteien, Kirchen)

Konsequenz

Grundsätzlich ist aktives Telefonmarketing also auch gegenüber Gewerbetreibenden unzulässig. Es sei denn,...

- **Tatsächliche Einwilligung**
- oder zumindest **Vermutung** dafür

Tatsächliche Einwilligung

- **Ausdrücklich**

  Paperbased
  - Opt-Out zwar grundsätzlich ausreichend (OLG München, MMR 2007, 47)
  - Beachte allerdings Gestaltungsvorgaben in §§ 305c, 307 BGB
    - Transparent
      - (-) Klausel an versteckter Stelle (OLG Hamm, MMR 2007, 54)
      - (-) Ohne sachlichen Zusammenhang (LG Bonn, MMR 2007, 124)
    - Bestimmt
      - Werbegegenstand, Werbemedium, Werbeberechtigte
  - Sowie datenschutz-rechtliche Bestimmungen
    - Zweck der Datennutzung muss erkennbar sein (LG Bonn, MMR 2007, 124)

  Online
  - „Double-Opt-In"-Verfahren zur Unterbindung von missbräuchlichen Erklärungen Unberechtigter
  - Einwilligungs-Verifizierung auch mittels Audio-File (Kontrollanruf ohne werblichen Inhalt) möglich. Achtung: Vorherige Aufklärung über Aufzeichnung!!!

- **Konkludent** (💣 Beweisproblem)

Mutmaßliche Einwilligung - Grundlagen

Voraussetzungen:

- **Konkrete** Umstände,…
  - (+) Zusatzeintrag in Branchenbuch bei Kontrollanruf (BGH, GRUR 2004, 520)
  - **Aber (-)** bei Einträgen im Verzeichnis einer Internetsuchmaschine (BGH, GRUR 2008, 189 - Suchmaschineneintrag)
  - **Achtung:** nachträgliche Interesse oder selbst Vertragsabschluss rechtfertigt Anruf nicht (BGH, GRUR 2007, 607)

- die ein **sachliches** (aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitendes) Interesse…
  - Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit
  - Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung

…des Angerufenen vermuten lassen

Reichweite:

a) Inhalt **+** ~~**b) Art und Weise (telefonische Kontaktaufnahme)**~~ ?

Mutmaßliche Einwilligung - Rechtsprechung

- Unzulässig
  - Aus der Tatsache, dass das kontaktierte Unternehmen Dienstleistungen erbringt, deren Vermittlung Gegenstand des telefonischen Angebots ist, folgt kein hinreichender Sachbezug (BGH, GRUR 2007, 607 - Telefonwerbung für Individualverträge)
  - Angebot von Weinlieferungen für ein Blumengeschäft (OLG Köln, NJW 2005, 685)
  - Anbieten von Büromaterial (OLG Köln, WRP 1991, 836)
  - Einladung von Rechtsanwälten zu einer Probefahrt (BGH, GRUR 1991, 764) Aber: Bloße Hilfsmittelfunktion des beworbenen Gegenstandes für die gewerbliche Tätigkeit zumindest kein generelles Ausschlusskriterium
- Zulässig
  - Angebot eines Hochgeschwindigkeitsinternetzugangs bei einem Unternehmensberater, der seinen Kunden Dateien zum Download anbietet (OLG Frankfurt, K&R 2002, 252)
  - Berücksichtigung anerkennenswerter sozialer Zwecke der telefonischen Absatzwerbung und Branchenüblichkeit zur Bemessung der „Aufgeschlossenheit“ des Kontaktierten (BGH, GRUR 2001, 1181 - Telefonwerbung für Blindenwaren)

Rechtsfolgen

Verteidigungsmittel der Mitbewerber

- Unterlassung (Kostenexplosion wg. Streitwerthöhe bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten)
- Schadensersatz

Beachte: Nach dem UWG sind auch aktivlegitimiert

- **Interessenverbände,** soweit die Belange ihrer Mitglieder berührt sind

Fassung von Unterlassungserklärungen

- Gegenstand und Umfang müssen so bestimmt gefasst sein, dass
  - Gericht und Schuldner das zulässige vom zu unterlassenden Verhalten ohne Weiteres abgrenzen können.

- Nicht bloß Übernahme des Gesetzeswortlauts in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG,
  - Umfang des Gesetzeswortlautes selbst nicht eindeutig und konkret gefasst!

Umsetzung der UCP-Richtlinie

Diskussionsentwurf zum UWG

- Belästigende Werbung
  - Beibehaltung des „Opt-in“-Prinzips, obgleich Anhang I Nr. 26 der RL nur ein *hartnäckiges* und *unerwünschtes* Ansprechen per Telefon explizit verbietet
- Informationspflichten
  - § 5 Abs. 4 UWG-E: Irreführung auch durch eine Unterlassung
  - Klarstellung, dass wesentlich nur Merkmale der Ware oder Dienstleistung in **einem angemessenen, dem verwendeten Kommunikationsmittel entsprechenden Umfang** sind
  - (Neue) **besondere Informationspflichten** in § 5 Abs. 5 UWG-E für Angebote von Waren oder Dienstleistungen
  - **Aber:** Verstoß gg. Informationspflichten ist schon bisher unter dem Gesichtspunkt des „Vorsprungs durch Rechtsbruch“ nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter

Neue Regeln für das Telefonmarketing?

- Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung (März 2008)
  - Bußgeldbewehrtes Verbot von **Cold Calling** (bis zu 50.000 €)
  - Werbeanruf nur zulässig, wenn der Angerufene vorher **ausdrücklich** seine Einwilligung erklärt hat
  - Besonderes **Rücktritts- oder Widerrufrecht**, dass auch bisher ausgenommene Verträge umfasst (z.B. Lotteriedienstleistungen und Abos)
  - **Verbot der Rufnummernunterdrückung** bei kommerzieller Kommunikation
    - Callcenter kann eigene oder Rufnummer des Auftraggebers anzeigen
  - Regelungen zum Schutz vor sog. **Slamming** bei TK-Dienstleistungen erst im Entwurf zur TKG-Novelle
  - **Aber:** Betrifft hauptsächlich TM ggü. Verbraucher

Fazit

- Derzeitige Gesetzgebungsvorhaben zielen vor allem auf die Stärkung des Verbraucherschutzes ab
- TM ggü. gewerblichen Zielgruppen davon nur teilweise tangiert

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Stefan Engels
Partner Lovells LLP

Alstertor 21
20095 Hamburg
Tel.: +49 (0)40 419 93-0
stefan.engels@lovells.com