

WETTBEWERBSRECHT/DATENSCHUTZ

Telefon-, E-Mail-, Fax-, SMS- und Briefwerbung – Das ist erlaubt und das nicht!

| Das UWG und die DSGVO sollen verhindern, dass Kunden mit einer Flut von Werbemaßnahmen konfrontiert werden. Das gilt besonders in Bezug auf Verbraucher. Neukundenakquise, insbesondere mit elektronischen Hilfsmitteln, ist aber nach wie vor möglich. Allerdings sind dabei gesetzliche Hürden zu überwinden. Erfahren Sie nachfolgend, wie Sie bei der Telefon-, E-Mail-, Fax-, SMS- und Briefwerbung in Ihrer Agentur sicher vorgehen. |

Telefonwerbung

Telefonwerbung dringt in den privaten Lebensbereich des Betroffenen ein, noch dazu oft außerhalb der normalen Arbeits- und Geschäftszeiten. Dem zu entgehen, ist fast unmöglich, will man nicht gänzlich auf das Telefon als Kommunikationsmittel verzichten. Deshalb ist die zulässige Telefonwerbung an eine Einwilligung geknüpft (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

Vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers

Die Werbung mit einem Telefonanruf ist gegenüber Verbrauchern nur mit deren vorheriger ausdrücklicher Einwilligung zulässig. Die Einwilligung kann formlos, insbesondere (fern)mündlich, sie muss nicht schriftlich erfolgen.

Eine konkludente, also eine aus schlüssigem Verhalten abgeleitete Einwilligung, genügt nicht. Auch eine mutmaßliche Einwilligung reicht bei Verbrauchern nicht aus. Dass der Angerufene in einem Telefonbuch eingetragen ist, reicht für eine Einwilligung jeglicher Art nicht aus.

PRAXISTIPPS |

- Sie sollten es sich im Tagesgeschäft zur Gewohnheit machen, stets eine Einwilligungserklärung von Interessenten, Neu- und Bestandskunden einzuholen.
- Die Einwilligung zur Telefonwerbung sollte in Schriftform vorliegen und mit der Unterschrift des Kunden versehen sein, um sie im Streitfall dokumentieren zu können. Für die Einwilligung bieten sich an
 - eine gesonderte Einwilligungserklärung,
 - eine Einwilligungserklärung im Beratungsprotokoll, die drucktechnisch hervorgehoben wird,
 - ein anlassbezogenes Rundschreiben an die Kunden zur Einholung der schriftlichen Einwilligung (mit Freiumschlag/Refax) und
 - die Abfrage der Einwilligung, wenn der Kunde selbst anruft, in Kombination mit der Unterzeichnung der Telefonnotiz oder der Einwilligungserklärung beim nächsten persönlichen Termin.
- Nehmen Sie einen entsprechenden Sperrvermerk in Ihre Unterlagen bzw. in Ihr Agenturverwaltungssystem auf, solange der Verbraucher seine vorherige und ausdrückliche Einwilligung noch nicht erteilt hat.
- Archivieren Sie die Einwilligungserklärungen sorgfältig. Denn Sie als Werbender müssen im Streitfall beweisen, dass eine Einwilligungserklärung vorlag.

Einwilligung ist Voraussetzung für Telefonwerbung

Festes Prozedere für die Agentur festlegen

Mutmaßliche
Einwilligung setzt ...

... sachliches
Interesse
des Angerufenen
am Anruf voraus

Mit schriftlicher
Einwilligung auf
der sicheren Seite

Einwilligung
das A und O

Mutmaßliche Einwilligung bei „sonstigen Marktteilnehmern“

Bei sonstigen Marktteilnehmern (Nicht-Verbrauchern) – das sind in der Regel Unternehmer gemäß § 14 BGB – kann eine mutmaßliche Einwilligung für eine Werbung per Telefon ausreichen.

- Erforderlich ist hier, dass aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann. Nur ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund kann eine mutmaßliche Einwilligung begründen (BGH, Urteil vom 11.3.2010, Az. I ZR 27/08, Abruf-Nr. 102873). Dies ist etwa anzunehmen im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung.
- Ein lediglich allgemeiner Sachbezug mit den von dem angerufenen Unternehmen angebotenen Dienstleistungen reicht für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nicht aus (BGH, Urteil vom 16.11.2006, Az. I ZR 191/03, Abruf-Nr. 071740).
- Erforderlich ist es auch, dass sich die mutmaßliche Einwilligung auf die Art und Weise der Werbung erstreckt, sprich mit welchem Mittel – Telefon oder E-Mail – geworben werden darf (BGH, Urteil vom 05.02.2004, Az. I ZR 87/02, Abruf-Nr. 040982).

PRAXISTIPP | Holen Sie auch gegenüber „sonstigen Marktteilnehmern“ eine schriftliche Einwilligung ein. So sind Sie im Streitfall auf der sicheren Seite.

Aufklärungsanruf beim ehemaligen Kunden

Bei einer nicht mehr bestehenden Kundenbeziehung wird eine unzumutbare Belästigung stets vorliegen, wenn der Agenturinhaber den ehemaligen Kunden kontaktiert, obwohl sich dieser nach Vertragsende ausdrücklich gegen eine weitere Kontaktaufnahme verwehrt hat.

Hat der ehemalige Kunde dies nicht ausdrücklich erklärt, muss ihn der Agenturinhaber per Brief fragen, ob er ihn per Telefon oder auf sonstigem Weg kontaktieren darf. Antwortet der ehemalige Kunde nicht, darf ihn der Agenturinhaber nur noch per Brief kontaktieren, sofern ersterer sich nicht auch dagegen verwehrt hat. Anders wäre es nur zu werten bei Gefahr in Verzug, wenn der Anruf das einzige Mittel wäre, etwaige Schäden vom ehemaligen Kunden abzuwenden.

Bestandskunden: Keine Service Calls

Ein Agenturinhaber muss auch von seinen Bestandskunden eine ausdrückliche Einwilligung einholen, wenn er sie aufgrund sog. Service Calls kontaktieren möchte. Denn Service Calls bzw. Serviceanrufe gelten als Telefonwerbung. Sie dienen (auch) der Überprüfung einer Wechselwilligkeit des Kunden; in deren Rahmen wird bei Bedarf ein neues Angebot unterbreitet.

Ohne ausdrückliche Einwilligung verstoßen Serviceanrufe gegen das UWG. Fehlt die Einwilligung, sind Serviceanrufe, insbesondere bei Verbrauchern, als unzumutbare Belästigung zu werten (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.09.2019, Az. 15 U 37/19, Abruf-Nr. 211818).



Bestandskunden: Kein spartenübergreifender Kontakt

Bestandskunden, die ausdrücklich nur spartenbezogen betreut werden wollen, darf der Agenturinhaber ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung ebenfalls nicht in Bezug auf andere Sparten telefonisch kontaktieren.

Nur bei einer allumfassenden bzw. spartenübergreifend vereinbarten Betreuung der Bestandskunden ist dies erlaubt, sofern die Kunden hierfür in die telefonische Kontaktaufnahme zuvor ausdrücklich eingewilligt haben.

E-Mail-Werbung

Die Werbung per E-Mail bedarf grundsätzlich der ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Hier gilt das zur Telefonwerbung Gesagte. In Ausnahmefällen ist die E-Mail-Werbung auch ohne ausdrückliche Einwilligung unter den vier Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG erlaubt.

§ 7 Abs. 3 UWG privilegiert eine bestehende Kundenbeziehung: Der Unternehmer, der die E-Mail-Adresse des Betroffenen im Zusammenhang mit einem Warenverkauf oder einer Dienstleistung selbst erhoben hat, darf diese Adresse zur Werbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwenden. Das gilt, solange der Kunde dieser Werbung nicht widerspricht und er auf die Möglichkeit des Widerspruchs klar und deutlich hingewiesen wurde.

§ 7 Abs. 3 UWG
privilegiert
bestehende
Kundenbeziehung

PRAXISTIPP | Der Werbende muss die Einwilligung des Empfängers der Werbe-E-Mail bzw. das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG darlegen und ggf. beweisen können. Das Risiko, dass eine der vier Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG nicht erfüllt ist, ist groß. Deshalb sollten Sie den Kunden um die Einwilligung bitten, seine E-Mail-Adresse zu Werbezwecken verwenden zu dürfen. Bei der E-Mail-Werbung haben zwischenzeitlich mehrere Gerichte entschieden, dass nur das Double-Opt-In-Verfahren tauglich ist, um eine Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails nachzuweisen.

Einwilligung das
Mittel der Wahl

Fax- oder SMS-Werbung

Auch die Fax- oder SMS-Werbung ist nur mit einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung zulässig (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Das gilt unabhängig davon, ob es sich um Werbung gegenüber Verbrauchern oder um Werbung gegenüber Gewerbetreibenden handelt. Die Ausnahme für die E-Mail-Werbung in § 7 Abs. 3 UWG gilt nicht für die Fax- oder SMS-Werbung.

Einwilligung in Telefon-, E-Mail-, Fax- und SMS-Werbung

- Die Einwilligungserklärung in die Telefon-, E-Mail-, Fax- und SMS-Werbung sollte zum Zwecke des Beweises in Schriftform vorliegen und mit der Unterschrift des Kunden versehen sein.
- Sie sollte transparent und bestimmt sein, nicht nur bei Verwendung gegenüber Verbraucher-Kunden. Der Kunde muss erkennen können, für welche zu bewerbende Produktgattung er seine Einwilligung erteilt. Hierfür eignen sich Felder zum Markieren und Ankreuzen.

Anforderungen
an die Einwilligung

DOWNLOAD
Musterschreiben
auf www.iww.de



- In der Einwilligungserklärung muss auch auf die Möglichkeit des jederzeitigen und formfreien Widerrufs hingewiesen werden.
- Zudem muss eine Kontaktmöglichkeit für den Widerruf genannt sein.

Nachfolgend finden Sie ein Muster für eine Einwilligungserklärung für Verbraucher.

MUSTERSCHREIBEN / Einwilligungserklärung für Verbraucher

Ich ... (*Name des Kunden, Anschrift*) willige ausdrücklich ein, durch die Versicherungsagentur ... (*Name der Versicherungsagentur, Anschrift*) künftig zu Versicherungs- sowie Finanzdienstleistungsprodukten kontaktiert zu werden, und zwar (*bitte ankreuzen*):

- per E-Mail unter der E-Mail-Adresse: ...
- per Telefon unter der Telefon-Nummer: ...
- per Fax unter der Fax-Nummer: ...
- per SMS unter der Mobilfunk-Nummer: ...

Ich wurde darauf hingewiesen, dass ich dieser Einwilligung ohne Angabe von Gründen jederzeit widersprechen kann. Der Widerspruch kann formlos erfolgen,

- per E-Mail unter der E-Mail-Adresse ...
- per Telefon unter der Telefon-Nummer ...
- per Fax unter der Fax-Nummer ...

Hierfür entstehen keine anderen als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen.

Meine Einwilligung zur entsprechenden Speicherung und Verwendung meiner angegebenen personenbezogenen Daten ist freiwillig und kann von mir jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber ... (*Name der Versicherungsagentur, Anschrift, Tel.: ..., Fax: ..., E-Mail: ...*) widerrufen werden. Eine weitergehende Nutzung oder Weitergabe meiner Daten findet nicht statt. Weitere Informationen enthält die Datenschutzerklärung.

Ort, Datum ...

(Unterschrift Kunde/-in) ...

Briefwerbung

Bei der Briefwerbung werden die Werbemittel an den Empfänger persönlich adressiert. Grundsätzlich ist die Briefwerbung auch ohne eine vorherige Einwilligung des Empfängers zulässig.

Aber: Auch Briefwerbung ist nicht erlaubt, wenn der Empfänger dies erkennbar ablehnt. Der Empfänger kann seine Ablehnung direkt gegenüber dem Agenturinhaber zum Ausdruck gebracht haben, z. B. durch eine schriftliche oder telefonische Mitteilung gegenüber dem Agenturinhaber. Er kann sich aber auch auf der Robinsonliste (<https://www.robinsonliste.de/>) eingetragen haben, um sich vor Werbesendungen und Telefonanrufen zu schützen.

PRAXISTIPP | Gleichen Sie Ihre Adressen mit der Robinsonliste ab, bevor Sie Ihre Werbung versenden. Achten Sie bei der Werbung mit persönlich adressiertem Brief darauf, dass diese als „Werbung“ klar erkennbar ist, um den Empfänger nicht irreführen zu können.

Mailings sind
grundsätzlich
gestattet

Briefkastenwerbung/Postwurfsendungen

Der Einwurf von nicht adressiertem Werbematerial (z. B. Prospekte, Handzettel von lokalen Anbietern) in den Briefkasten ist grundsätzlich zulässig (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Dies führt bei Verbrauchern nur zu einer geringen (und daher zumutbaren) Belästigung der Privatsphäre.

Briefkastenwerbung/Postwurfsendungen sind gegenüber einem Verbraucher nur dann unzulässig, wenn sie hartnäckig, d. h. wiederholt erfolgen, und er dies erkennbar nicht wünscht, etwa durch Sperrvermerk/Aufkleber am Briefkasten („Keine Werbung“, „keine Reklame“). Ein Sperrvermerk ist auch gegenüber Nicht-Verbrauchern zu beachten.

Scheibenwischerwerbung

Die sog. Scheibenwischerwerbung an Pkw, also das Anhaften von Werbematerial, z. B. in Form einer Visitenkarte, ist stets als unzumutbare Belästigung zu werten, da ein Sperrvermerk/Aufkleber wie an Briefkästen hier nicht möglich ist.

Rechtsfolgen eines Wettbewerbsverstößes und Haftung

Ein Anruf beim Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung kann mit einem Bußgeld von bis zu 300.000 Euro geahndet werden (§ 20 Abs. 1 und 2 UWG). Neben dem Bußgeld kommen als Rechtsfolgen eines Wettbewerbsverstößes u. a. in Betracht: Ansprüche auf Unterlassung oder Beseitigung (§ 8 Abs. 1 UWG), auf Auskunft, Schadenersatz (§ 9 UWG) oder Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG) sowie strafrechtliche Sanktionen (§ 16 UWG). Hinzu kommen die Kosten für das Verfahren (Abmahn-, Anwalts- und Gerichtskosten).

Wichtig | Der werbetreibende Agenturinhaber haftet nicht nur für eigene Wettbewerbsverstöße, sondern auch für die seiner Angestellten und selbstständigen Untervermittler, und zwar kenntnisunabhängig (§ 8 Abs. 2 UWG).

Datenschutz

Bei der elektronischen Kontaktaufnahme, insbesondere durch Telefonanrufe, handelt es sich regelmäßig um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Deshalb sind auch die Regelungen der DSGVO anwendbar. Die Einwilligungserklärung stellt wie beim UWG die Rechtsgrundlage dar, um mit neuen Kunden datenschutzrechtlich in Kontakt treten zu dürfen (Art. 6 und 7 DSGVO). Ferner müssen Informationspflichten bezüglich der Datenerhebung erfüllt werden (Art. 12 ff. DSGVO).

Die Einwilligung muss vor der elektronischen Kontaktaufnahme eingeholt werden. In welcher Form ist nicht entscheidend. Entscheidend ist, dass der Verantwortliche letztlich nachweisen können muss, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat; das dürfte bei lediglich mündlicher Einwilligung ggf. schwierig sein.

Einwurf von
nicht adressiertem
Werbematerial

Verstöße sind teuer

Einwilligung vor
der elektronischen
Kontaktaufnahme

Konsequenzen aus datenschutzrechtlichem Verstoß

U. E. kann bei fehlender Einwilligung allein das berechtigte Interesse des Werbetreibenden nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DSGVO nicht als Rechtsgrundlage für die Werbemaßnahme herhalten. In Satz 7 des Erwägungsgrundes 47 zur DSGVO ist zwar erwähnt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann. Zu beachten ist aber, dass neben dem berechtigten Interesse in diesem Sinn aufgrund von Art. 95 DSGVO in Verbindung mit der Richtlinie 2002/58/EG kumulativ auch die Voraussetzungen des § 7 UWG vorliegen müssen (s. o.).

Datenschutzrechtliche Verstöße gehen meist einher mit Verstößen gegen das UWG. Neben den Rechtsfolgen nach dem UWG gelten die Rechtsfolgen nach der DSGVO. Bei Verstößen gegen die DSGVO der vorgenannten Art drohen gar Bußgelder von bis zu 20 Mio. Euro oder im Fall eines Unternehmens von bis zu vier Prozent seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs, je nachdem, welcher der Beträge höher ist (Art. 83 Abs. 4 und Abs. 5 DSGVO).

Exkurs: Besuch und Kundenakquise durch Vorträge

Rund um das Thema Werbung stellt sich auch die Frage, wie der unangekündigte Besuch durch den Agenturinhaber und die Kundenakquise durch Vorträge zu bewerten ist.

Besuch durch den Agenturinhaber

Der persönliche Besuch beim Kunden ist weiter zulässig – auch der unangekündigte. Etwas anderes gilt nur, wenn ein entgegenstehender Wille erkennbar ist. Hier genügt das Schild am Gartenzaun „Keine Vertreter-/Maklerbesuche erwünscht“ als Hinweis auf den entgegenstehenden Willen.

LG Rostock sieht unzumutbare Belästigung

Enger sieht es das LG Rostock. Es hat schon die schriftliche Ankündigung eines Hausbesuchs als unzulässige geschäftliche Handlung einstuft (LG Rostock, Urteil vom 12.11.2011, Az. 3 O 227/10, Abruf-Nr. 130965; rechtskräftig).

Kundenakquise durch Vorträge

Agenturinhaber können mit Blick auf potenzielle Neukunden Vorträge halten, z. B. im Bereich bAV. Sofern im Rahmen ihrer Vorträge keine individuellen, konkreten Beratungen oder Berechnungen stattfinden, sondern nur Informationen mit Beispielsberechnungen mitgeteilt werden, handelt es sich nicht um eine Vermittlungsleistung inkl. vorheriger Beratung nach § 34d Abs. 1 S 1 GewO. Insofern handelt es sich um Informationsveranstaltungen, für die § 34d GewO nicht einschlägig ist. Derartige Informationsveranstaltungen sind nicht wettbewerbswidrig und verstoßen daher nicht gegen das UWG oder die DSGVO.

WEITERFÜHRENDE HINWEISE

- Beitrag „Service Calls ohne ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers sind wettbewerbswidrig“, WVV 1/2020, Seite 4 → Abruf-Nr. 46264647
- Musterschreiben „Einwilligungserklärung für Verbraucher in die Telefon-, E-Mail, Fax- und SMS-Werbung“ auf www.iww.de → Abruf-Nr. 46566560

IHR PLUS IM NETZ

Mehr zum Thema auf www.iww.de

