
RECHTSANWALT

DR. MARTIN BAHR

Reform des Wettbewerbs- rechts: Neues zum Marketing via E-Mail, Telefon und Fax

*IT- Mittelstandstage Hamburg 2004
Vortrag 17. September 2004*



**Kanzlei Heyms & Dr. Bahr
Sierichstr. 35, 22301 Hamburg**

Tel.: 040 – 35 01 77 60

Fax: 040 – 35 01 77 61

E-Mail: Bahr@Heyms-DrBahr.de

<http://www.Heyms-DrBahr.de>

A. Die Rechtslage vor der Reform

- keine gesetzliche Fixierung, lediglich Richterrecht
- Rechtsprechung differenzierte klar zwischen **Verbrauchern** und **Unternehmern**
- bei **Verbrauchern**: jede Form der Werbung ohne ausdrückliche oder konkludente Einwilligung des Verbrauchers ist wettbewerbswidrig

keine Einwilligung

- bei schriftlicher Bitte um Zusendung von Info-Material
(BGH, GRUR 90, 280 - Telefonwerbung III)
 - bei Bestehen eines Sparkontos für generelle Beratung in Geldangelegenheiten
(BGH, GRUR 91, 764 - Telefonwerbung IV)
 - im Rahmen einer Kontoeröffnung erklärte Pauschal-Einwilligung mittels AGB
(BGH, WRP 1999, 841)
-
- bei **Unternehmern**: mutmaßliche Einwilligung ausreichend
Dabei reichte die bloße Sachbezogenheit zum Geschäftsbereich des Angerufenen nicht aus. Es kam vielmehr darauf an, ob der Anruf in seinem konkreten Interessensbereich lag.
-
- insgesamt: klares und eindeutiges Opt-Out
 - Ausnahme: Briefkasten-Werbung
-

B. Die Rechtslage nach der Reform

1. Grundsätzliches zur UWG-Reform

- **Die Reform ist zum 8. Juli 2004 in Kraft getreten; keine Übergangsvorschriften**
- **Struktur: Generalklausel bleibt erhalten, jetzt in § 3 UWG:**

§ 3 UWG Verbot unlauteren Wettbewerbs

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

- **ergänzt durch zahlreiche Beispiele:**

§ 4 UWG Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

1. Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen;
2. ...

- **Verbraucher zum 1. Mal im UWG erwähnt: § 1 UWG**

§ 1 UWG Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

- **jedoch erhält Verbraucher kein eigenes Klagerecht**
- **praktische Bedeutung des § 1 UWG**
 - **Gesetzes-Entwurf: Keine Änderung der Rechtslage**
 - **Kritik: Dennoch Verschiebung, weg vom kfm. Deliktsrecht hin zu mehr Verbraucherschutz**

▪ **Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG**

§ 10 UWG Gewinnabschöpfung

(1) Wer dem § 3 vorsätzlich zuwiderhandelt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

- **Problem: Durchsetzungsdefizite bei sog. „Streuschäden“**
- **Prinzip: “Verbrechen darf sich nicht lohnen“**
- **viele Punkte unklar bzw. ungenau**
- **zahnloser Tiger oder die eierlegende Wollmilchsau?**
- **Rechtsentwicklung im Auge behalten**

2. Neues beim Telefon-Marketing

▪ § 7 Abs.2 Nr.2 UWG enthält nun ausdrückliche Regelung

§ 7 UWG Unzumutbare Belästigungen

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

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen (...)

2. bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung

▪ zwischen Bundesrat und Bundesregierung wurde kontrovers diskutiert

▪ Bundesrat favorisierte Opt-Out

"Wer nicht angerufen werden will, kann dies im Verlauf des Telefonates kundtun, und wird in der Folge nicht mehr angerufen (...). In Zeiten, in denen der Verbraucher nur zögerlich zum Konsum bereit ist, sollten der deutschen Wirtschaft nicht von vornherein Wege zur gezielten Kundenwerbung versperrt werden, die in der restlichen EU zur Praxis gehören." (BT-Drs. 301/03, S. 8)

▪ Bundesregierung hielt dagegen an Opt-In fest

neuer Wettbewerbsnachteil nicht erkennbar, da nur Status Quo der bisherigen Rechtsprechung

▪ Differenzierung zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern

▪ Verbraucher: „Einwilligung“ erforderlich

▪ sonstige Marktteilnehmer: „mutmaßliche Einwilligung“

▪ Praktische Bedeutung: kaum / keine Änderungen

3. Neues beim Telefax-Marketing

- **§ 7 Abs.2 Nr.3 und 4 UWG enthalten nun ausdrückliche Regelungen**

§ 7 UWG Unzumutbare Belästigungen

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

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen (...)

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.

- **keine Differenzierung zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern**

- **§ 7 Abs.2 Nr.3 UWG spricht nur von „Einwilligung“**

- was ist hierunter genau zu verstehen?
- nur die ausdrückliche Einwilligung? Oder auch die mutmaßliche?
- Gesetzesbegründung spricht von Beibehaltung der bisherigen Grundsätze, demnach wahrscheinlich, dass hier auch weiterhin Differenzierung zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern

- **keine Verschleierung der Absender-Identität (§ 7 Abs.2 Nr.4 UWG)**

- **kostenneutrale Widerrufsmöglichkeit (§ 7 Abs.2 Nr.4 UWG)**

- **Praktische Bedeutung: kaum Änderungen**

4. Neues zum beim E-Mail-Marketing

- **Grundsatz: Gleiche Prinzipien wie beim Telefax-Marketing, d.h. § 7 Abs.2 Nr.3 und 4 UWG**

§ 7 UWG Unzumutbare Belästigungen

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

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen (...)

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.

- **wichtige Ausnahme ist § 7 Abs.3 UWG:**

§ 7 UWG Unzumutbare Belästigungen

(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

- **wichtigste Ausnahme im Direktmarketing**

- **statuiert ein Opt-Out**

▪ **Anwendungsbereich: „elektronische Post“ = E-Mail, SMS, MMS usw.**

▪ **Voraussetzungen:**

1. genutzte Adresse im Zusammenhang mit Warenverkauf oder Dienstleistung vom Adressaten selber erhalten

Juristisch unklar ist aber, was unter "im Zusammenhang mit dem Verkauf..." genau gemeint ist: Nur bei Vertragabschluss? Oder auch bei bloßen Vertragsanbahnungs- oder Informationsgesprächen?

2. Werbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen

Juristisch unklar: Was sind "ähnliche Waren oder Dienstleistungen"?

Beispiel: Kauft z.B. Herr X ein Auto, darf der Unternehmer ihn dann nur über weitere PKW-Modelle informieren? Oder aber auch über besondere Service-Leistungen wie verbesserte Klimaanlage, neue Reifen, spezielle Wartungsverträge mit Werkstätten, günstige Versicherungen usw.?

3. Kunde hat nicht widersprochen

4. Belehrung des Adressaten über Widerspruchsrecht

Die Belehrung muss klar und eindeutig sein. Widerspruch darf keine erhöhten Kosten auslösen (z.B. wäre eine 0900-Rufnummer verboten).

Problem:

Muss die Belehrung zum Zeitpunkt der Datenerhebung erfolgen? Wenn nicht, kann oder muss diese nachgeholt werden?

Beispiel: Herr B trifft Herrn X auf einer Visitenkartenparty. Beide tauschen ihre Visitenkarten aus. Herr B will nun Herrn X in aller Regelmäßigkeit über seine Produkte informieren. Muss hier eine Belehrung durch Herrn B erfolgen? Und wenn ja, wann?

5. Neues zur Mitstörerhaftung

- **nicht Teil der UWG-Reform**

- **bislang: Mitstörerhaftung bei E-Cards, Newslettern verschuldenslos**

Da die eigentlichen Spammer oftmals nicht identifizierbar oder greifbar sind, nimmt die Rechtsprechung zunehmend eine Mitstörerhaftung eines beteiligten Dritten an. Dabei verschwimmen häufig die einzelnen Grenzen und die exakten rechtlichen Voraussetzungen.

Allgemein formuliert haftet ein Dritter immer dann mit für die rechtswidrige Handlung einer anderen Person (= sog. Mitstörerhaftung), wenn der Dritte die tatsächliche Möglichkeit hatte, den Spam-Versand zu verhindern (z.B. Überlassen eines Fax-Gerätes). Die Mitstörerhaftung ist verschuldenslos, d.h. es bedarf keiner Fahrlässigkeit des Dritten. Auch braucht der Dritte nach st. Rspr. keine Kenntnis von den rechtswidrigen Handlungen zu haben. Letzteres gilt für den Bereich der Neuen Medien aber nur eingeschränkt, da hier z.T. spezielle Gesetze (Teledienstegesetz, Telekommunikationsverordnung) etwas anderes vorschreiben.

Haftung insbesondere bejaht bei E-Cards, Newsletter-Check-Mails usw.

- **neuere Rechtsprechung des BGH:**

- „Kleidersack“-Entscheidung¹
- „Buchpreisbindung“-Entscheidung²
- „Internet-Versteigerung“-Entscheidung³

- **neues Kriterium der „Teilnahme“**

- **Mitstörerhaftung nur noch unter besonderen Voraussetzungen?**

- **weitere Rechtsentwicklung abwarten**

¹ BGH, GRUR 2003, 624 = online unter <http://snipurl.com/92uv>

² BGH, GRUR 2004, 807 = <http://snipurl.com/92uw>

³ BGH, Urt. v. 01.03.2004 – Az.: I ZR 304/01 = <http://snipurl.com/8vgx>



Kanzlei Heyms & Dr. Bahr

Rechtsanwalt Dr. Martin Bahr

Zur Person:

Jahrgang 1971, Geburtsort: Stade. Nach der dreijährigen praktischen Diplom-Ausbildung bei der Deutschen Telekom AG in den Jahren 1991 bis 1994 in Hamburg folgte der Zivildienst im umweltpädagogischen Bereich beim Bund für Umwelt und Naturschutz (Hamburg).



In den Jahren 1996 bis 1999 studierte der Anwalt an der Universität Göttingen und schloss dort mit dem 1. Staatsexamen ab. Er absolvierte zusätzlich den Rechtsstudiengang "Einführung in das japanische Zivilrecht" an der FernUniversität Hagen.

Von Anfang 2000 bis zum Sommer 2002 promovierte er am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Abbo Junker* mit dem Titel "Missbrauch der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung im Bereich des Internet".

Seine Referendarausbildung erhielt er am LG Paderborn von 2000 bis Ende Oktober 2002. Schon früh spezialisierte sich der Anwalt auf den Bereich des Rechts der Neuen Medien und des Gewerblichen Rechtsschutz. So konnte er eine Vielzahl von praktischen juristischen Erfahrungen sammeln. Er arbeitete schon vor Beginn seines Studiums in den Jahren 1995/1996 in der renommierten Hamburger Anwaltskanzlei *Wiegel & Ihde*.

Nach dem Wechsel nach Göttingen ging er zwischen 1996 und 1999 einer juristischen Mitarbeit bei der Kanzlei *Zacharias & Rinnewitz & Partner* nach. Seit dem Jahr 2001 bis zur Kanzleigründung Anfang 2003 war er juristischer Mitarbeiter der Kanzlei *Kröger & Rehmann*, dort schwerpunktmäßig in den Gebieten Online-Recht, Wettbewerbs- und Urheberrecht. In seiner Wahlstation war er beim Internet-Carrier *mediaways / Telefonica* tätig. Seit Anfang 2003 ist er zugelassener Rechtsanwalt in Hamburg mit den Interessenschwerpunkten Recht der Neuen Medien, Gewerblicher Rechtsschutz und Gewinn- und Glücksspielrecht. Daneben ist er für mehrere Hamburger Bildungsträger als Dozent tätig. Herr Dr. Bahr spricht Englisch, Spanisch und Japanisch.

Fähigkeiten / Aktivitäten:

Neben der reinen juristischen Befähigung besitzt der Anwalt vor allem auf dem Gebiet der Soft- und Hardware sehr gute Kenntnisse. So ist er seit 1997 als freiberuflicher Rechts- und EDV-Dozent für das Internet, Office-Anwendungen und Programmiersprachen tätig (u.a. Stiftung Berufliche Bildung, Universität Göttingen, zahlreiche VHS). Im gleichen Zeitraum war er als freiberuflicher Programmierer und Web-Designer tätig. Zudem kennt er sich mit den gängigen Betriebssystemen und Internet-"Programmiersprachen" (Java Script, PERL, PHP usw.) sehr gut aus.

Seit Januar 2002 ist er Redakteur bei dem juristischen Online-Portal *Jurawelt.com* für die Bereiche Gewerblicher Rechtsschutz, Neue Medien und Anwaltsrecht. Daneben ist er Autor zahlreicher fachbezogener Offline- und Online-Aufsätze und Webmaster weiterer juristischer Online-Portale (z.B. *DialerundRecht.de*, *AffiliateundRecht.de*) und Mitglied diverser Vereinigungen (u.a. Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik, Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht). Seit Dezember 2003 ist er zudem Geschäftsführer des Verbandes Deutscher Mobilfunk Content Anbieter.

Kontakt: Kanzlei Heyms & Dr. Bahr, Sierichstr. 35, 22301 Hamburg

Fon: 040 - 35 01 77 60 , Fax: 040 - 35 01 77 61

E-Mail: Bahr@Heyms-DrBahr.de, <http://www.Heyms-DrBahr.de>