

von Fabian Karg

Better call Saul: Die FAQ zum Telefonmarketing B2C/B2B

Die Möglichkeiten mit Kunden oder potentiellen Kunden telefonisch in Kontakt zu treten wurden in den letzten Jahren drastisch eingeschränkt. Was aus Verbrauchersicht ein Gewinn ist, ist für den Gewerbetreibenden, der sein Produkt anbieten will natürlich ein Hemmschuh - denn der Grad der Legalität in der Telefonwerbung ist denkbar schmal. Es gilt: Mit Einwilligung ist alles denkbar - ohne fast nichts.

A. Grundlagen

Frage: Welche Gesetze regeln das Telefonmarketing?

Maßgeblich war das "Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen" aus dem August 2009, mit welchem zahlreiche Veränderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie dem Telekommunikationsgesetz (TKG) beschlossen wurden.

Frage: Was ist "Werbung mit einem Telefonanruf"?

- Neukundenaquise/Verkauf von Waren/Dienstleistungen durch Cold Calls
- Kundenrückgewinnung nach Kündigung
- Meinungsumfragen die mittelbar der Verkaufsförderung dienen

Frage: Was sind "Cold Calls" bzw. "Kaltaquise"?

Cold Calls oder auch Kaltanrufe sind Werbeanrufe, bei welchen die Initiative vom anrufenden Unternehmer ausgeht und bei dem eine Einwilligung des Angerufenen fehlt.

B. Rufnummernunterdrückung

Frage: Darf ich als Anrufer die Rufnummer unterdrücken?

Nein! Bei Werbeanrufen darf nach § 102 Abs. 2 TKG die Rufnummernanzeige nicht unterdrückt werden.

Frage: Welche Konsequenzen drohen mir bei einem Verstoß gegen das Rufnummern-Unterdrückungsverbot?

Nach § 149 TKG kann die widerrechtliche Unterdrückung der Rufnummer mit einem Bußgeld von bis zu 10.000 Euro belegt werden.

C. Anrufen von Verbrauchern

Frage: Was muss ich beachten, wenn ich Verbraucher kontaktieren möchte?

Bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die ausdrückliche Zustimmung des Angerufenen notwendig.

Frage: Reicht auch eine nachträgliche Zustimmung des Angerufenen?

Nein! Die Zustimmung des Angerufenen muss vor dem Anruf vorliegen. Nicht einmal die Einholung der Zustimmung zu Beginn des Gespräches ist möglich, da mit dem Anruf bereits die Störung eintritt (Urteil des BGH vom 24.01.1991, Az. I ZR 133/89).

Frage: Was versteht man unter einer ausdrücklichen Zustimmung?

Was als ausdrückliche Zustimmung anzusehen ist und vor allem wie diese im Detail auszusehen hat war vielfach Gegenstand von Gerichtsverhandlungen, ist aber immer noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls ist erforderlich, dass der Kunde seine Zustimmung ausdrücklich erklärt und der entsprechende Haken o.ä. nicht schon vorher gesetzt ist. Dieser Anforderung sollte genüge getan sein, wenn der Kunde ein extra Formular unterschreibt bzw. ausfüllt, welches nicht in einem langen Vertragstext versteckt ist. Der BGH (Urteil vom 25.10.2012 - I ZR 169/10) hat die Anforderungen an eine Einwilligung (hier im Rahmen von Gewinnspielen erlangte Telefonnummer) einmal so formuliert:

"Danach ist Einwilligung "jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt" (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 - I ZR 75/06, GRUR 2008, 923 Rn. 16 = WRP 2008, 1328 - Faxanfrage im Autohandel zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Eine Einwilligung wird "in Kenntnis der Sachlage" erteilt, wenn der Verbraucher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 149b). Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 149c). Eine wirksame Einwilligung kann danach auch durch Ankreuzen einer entsprechend konkret vorformulierten Erklärung erteilt werden, wenn sie in einem gesonderten Text oder Textabschnitt ohne anderen Inhalt enthalten ist. Liegt eine wirksame Einwilligung vor, ist unerheblich, ob das Unternehmen selbst oder von ihm eingeschaltete Beauftragte den Werbeanruf ausführen."

P.S.: Wenngleich in der konkreten Fallkonstellation des BGH eine Einverständniserklärung in AGB eine unangemessene Benachteiligung darstellte, so hat der BGH doch klar gestellt, dass grds. eine solche Erklärung auch in den AGB verortet werden kann. Dann allerdings muss sie in einem gesonderten Textabschnitt ohne anderen Inhalt enthalten sein. Hier kommt es einmal mehr auf den konkreten Fall an

Frage: Ist die bloße Angabe der Telefonnummer für eine ausdrückliche Zustimmung ausreichend?

Nein! Es wurde nicht als ausreichend angesehen, wenn der Kunde bei Abschluss eines (Versicherungs-) Vertrages seine Telefonnummer angibt (**Urteil des OLG Frankfurt vom 21.7.2005, Az. 6 U 175/04**). Er gebe in diesem Falle nur sein Einverständnis zu einer Kontaktaufnahme die das konkrete Versicherungsverhältnis betrifft (z.B.: Bearbeitung eines Schadensfalles).

Frage: Darf ich Kunden anrufen, deren Telefonnummer ich per Double-Opt-In verifiziert habe?

Im E-Mail-Marketing ist die Verifizierung der Daten per Double-Opt-In das standardmäßige Verfahren um zu überprüfen, ob der Absender auch der Inhaber der E-Mailadresse ist. Der Kunde muss in einer an ihn gesendeten Mail einen Link mit einem Bestätigungscode anklicken um so zu bestätigen, dass er auch der Inhaber der E-Mailadresse ist.

Der BGH hat nun entschieden, dass auf diese Weise erlangte und "überprüfte" Telefonnummern nicht für Werbeanrufe verwendet werden dürfen. Ein entsprechendes Einverständnis können dadurch nicht belegt werden. Grund: Es sei keineswegs sicher dass Mailaccount-Inhaber und Telefon-Anschlussinhaber identisch sind. Denn es sei gut denkbar, dass versehentlich oder absichtlich eine falsche Telefonnummer angegeben wurde. (**Urteil des BGH vom 10. Februar 2011, Az. I ZR 164/09**)

Frage: Was gilt wenn ich einen Bestandskunden anrufen möchte?

Auch hier gilt: Eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers ist notwendig. So stufte das **OLG Frankfurt (Urteil vom 21.7.2005, Az. 6 U 175/04)** Anrufe eines Versicherungsmaklers bei seinen Bestandskunden als unerwünschte Werbung ein. In diesen hatte er Änderungen, Ergänzungen oder Ausweitungen zu bestehenden Verträgen angesprochen oder ein neues Angebot bzw. die Verlängerung eines bestehenden Vertrages angeboten.

Frage: Darf ich Kunden nach Kündigung anrufen?

Nein! Es liegt unerlaubte Telefonwerbung vor, wenn ein Kunde nach Kündigung ohne Einwilligung angerufen wird um diesen zur Rückgängigmachung der Kündigung zu bewegen. (**Urteil des OLG Köln vom 05.06.2009, Az. 6 U 1/09**)

Frage: Was gilt bei Meinungsumfragen?

Reine Meinungsumfragen sind keine Telefonwerbung. Anders stellt sich dies jedoch dar, wenn ein beauftragtes Marktforschungsinstitut oder gar das Unternehmen selbst unter dem Deckmantel einer Meinungsumfrage Waren verkaufen möchten (vgl. **Urteil des OLG Stuttgart vom 17.01.2002, Az. 2 U 95/01**).

Frage: Was passiert wenn ich trotzdem einfach eine telefonische Werbekampagne starte?

Bei Werbeanrufen ohne Zustimmung des Verbrauchers droht ein Bußgeld von bis zu 300.000 ? (§ 20 Abs. 1 und Abs. 2 UWG).

D. Anrufen von Geschäftskunden

Frage: Was muss ich beachten, wenn ich Gewerbetreibende kontaktieren möchte?

Cold Calls sind auch gegenüber Gewerbetreibenden grundsätzlich unzulässig. Für das Anrufen von Marktteilnehmern die nicht Verbraucher sind ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zumindest deren mutmaßliche Zustimmung erforderlich. Das mutmaßliche Einverständnis muss sich dabei nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art und Weise der Werbung erstrecken, das heißt der angerufene Gewerbetreibende muss gerade auch mit telefonischer Werbung einverstanden sein. Ferner ist die mutmaßliche Einwilligung nur dann anzunehmen, wenn sich die Anrufe auf die eigentliche geschäftliche Tätigkeit beziehen (Urteil des BGH vom 24.01.1991, Az. I ZR 133/89).

Frage: Was heißt mutmaßliche Einwilligung konkret?

Der Bundesgerichtshof (**Urteil vom 05.02.2001, Az. I ZR 87/02**) hat entschieden, dass ein Gewerbetreibender Telefonwerbung akzeptieren muss, wenn sie "seinen Interessen noch in einem solchen Maße entspricht, das die damit verbundenen Belästigungen als hinnehmbar erscheinen". Im Urteil wurde dies für den Fall bejaht, dass ein Telefonbuchverlag im Rahmen eines Datenabgleichs für den kostenlosen Basiseintrag auf kostenpflichtige Erweiterungsoptionen hinweist. Einen Allgemeinsatz hieraus zu bilden fällt schwer - das LG Hannover (Urt. v. 03.11.2009 - Az.: 18 O 113/09). hat das ganz gut formuliert und festgehalten, dass es notwendig sei, dass für den Anruf ein konkreter und aus dem Interessensbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegen würde. Der werbende Anrufer müsse also daher von einem konkreten Bedarf der beworbenen Mittel ausgehen können.

E. Nach dem Telefonat

Frage: Ist der Verbraucher an seinen per Telefon geschlossenen Vertrag gebunden?

Grundsätzlich sind natürlich überall dort, wo kein Schriftformerfordernis besteht, auch per Telefon abgeschlossene Verträge wirksam und für beide Seiten verbindlich. Allerdings gibt es hier einige **Besonderheiten** bzgl. der Informationspflichten sofern es sich um Verbraucherverträge handelt. Wie dem auch sei: Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht zur Verfügung. Die Widerrufsfrist beträgt mindestens 14 Tage. Die Frist beginnt grds. mit Vertragsschluss, jedoch nicht bevor über das Widerrufsrecht informiert wurde (Vorhalten der Erklärung und Übermittlung in Textform)

Frage: Wie lange darf der Verbraucher den per Telefon geschlossenen Vertrag widerrufen?

Es gilt die Standard-Widerrufsfrist von mindestens 14 Tagen (§ 355 BGB).

F. Warteschleifen & Kundenhotlines

Frage: Muss die Warteschleife bei einer Kundenhotline kostenlos sein?

Seit dem 01.06.2013 müssen Warteschleifen bei bestimmten Rufnummernkreisen kostenfrei sein! Im Zuge der Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG) bereits im Jahre 2012 wurde die Vorschrift des § 66g TKG eingefügt, mittels derer sichergestellt werden soll, dass der Anruf, wenn er nicht

- zu einer entgeltfreien Nummer (z.B. Rufnummerngasse 0800),
- zu einer ortsgebundenen Nummer (z.B. 089) oder einer Nummer, die einer ortsgebundenen Nummer gleichgestellt ist (vgl. § 66g Abs. 3 TKG) ,
- zu einer Nummer der mobilen Dienste (Rufnummerngassen 015x, 016x, 017x)

erfolgt und nicht mit einem Festpreis pro Verbindung abgerechnet für den Anrufer für die Dauer der Warteschleife kostenfrei ist.

G. Ausblick

Die Werbemöglichkeit ggü. Verbrauchern per Telefon sind mittlerweile doch sehr eingeschränkt. Ohne ausdrückliche Einwilligung geht so gut wie nichts. Nur geringfügig besser sieht es aus Werbersicht ggü. Gewerbetreibenden aus - hier reicht zumindest eine mutmaßliche Einwilligung, die aber auch nicht ohne weiteres bejaht wird. Und auch von Seiten des Datenschutzes wird es nicht leichter werden für die Werbenden - nach Umsetzung der DSGVO zum 25.05.2018 wird sich der Umgang mit personenbezogenen Daten nochmals ändern. Die Auswirkungen der neuen datenschutzrechtlichen Regelungen etwa auf das E-Mail-Marketing wurden in diesem **Beitrag** ausführlich besprochen. Durch die geplante e-Privacy-Verordnung wird dann in die Onlinewerbung dann vermutlich nochmal korrigierend eingegriffen. Wie auch immer: Werben will auch in Zukunft gelernt sein!

Autor:

Fabian Karg

(jur. Mitarbeiter der IT-Recht Kanzlei)