

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Die unerlaubte Werbung und die Abmahnung

Viele Menschen werden täglich Opfer von unerwünschter Werbung. Malermeister ärgern sich über ständig ihr Papier und ihren Toner verbrauchenden Faxe, Jugendliche ertrinken in E-Mail-Spam oder werden per SMS heimgesucht, Hausfrauen lernen die Call Center hassen, die ihnen Gewinne versprechen oder Produkte verkaufen wollen.

Viele dieser Menschen wissen nicht, dass sie hier nicht wehrlos sind, und wie sie sich verteidigen können. Oftmals glauben sie, dass nur Verbraucherzentralen oder Konkurrenzunternehmen hier etwas tun könnten. Dies ist allerdings falsch, wie nachfolgend dargelegt wird.

Rechtliche Möglichkeiten gegen Werbung**Teil I: Werbung per Brief**

Nach geltendem Recht wird hinsichtlich Werbematerial im Briefkasten unterstellt, dass der Briefkasteninhaber mit der Zusendung einverstanden ist. Zumindest sofern kein Aufkleber wie zum Beispiel „Keine Werbung“ gut sichtbar an Briefkasten oder Haustür angebracht ist. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat schon vor längerer Zeit entschieden (Urteil vom 20.12.1988, AZ: VI ZR 182/88), dass werbende Unternehmen entsprechende Aufkleber beachten müssen, da ungewollte Werbung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sowie eine Eigentums- und Besitzstörung und sogar einen Wettbewerbsverstoß darstellt.

Nicht adressierte Werbesendungen, Flyer und Wurfsendungen

Wer trotz eines solchen Aufklebers Werberundsendungen in seinem Briefkasten findet, sollte die betreffenden Unternehmen unmissverständlich und nachweisbar auffordern zukünftig auf weitere Werbeeinwürfe zu verzichten.

Nicht genutztes Werbematerial, das in den Eingangsbereichen von Wohn- und Geschäftshäusern ausgelegt wird, kann ein großes Ärgernis für den Eigentümer und die Mieter darstellen. Diesem Problem hat sich der BGH mit Urteil vom 10.11.2007 (AZ: V ZR 46/06) angenommen und entschieden, dass solche Werbematerialien nach wenigen Tagen wieder vom Zusteller eingesammelt werden müssen.

Man kann die betreffende Firma aber auch direkt selbst darauf verklagen, es zukünftig zu unterlassen, Werbung in den eigenen Briefkasten einzuwerfen oder sich per Abmahnung außergerichtlich eine Vertragsstrafe versprechen lassen.

Postwurfsendungen

Sollten nicht adressierte Werbesendungen zugestellt werden, kann man auch hiergegen vorgehen. Jedes Postzustellungsunternehmen muss ebenso wie jeder andere Werbeverteiler einen Hinweis auf Ihrem Briefkasten beachten. Sollten dennoch nicht adressierte Postwurfsendungen eingeworfen werden, kann man sowohl gegen das werbende als auch gegen das zustellende Unternehmen vorgehen.

Gratis-Wochenblätter und Werbebeilagen in abonnierten Tageszeitungen

Wenn kostenlose Anzeigenblätter auch einen redaktionellen Teil enthalten, reicht der Hinweis „Keine Werbung“ auf dem Briefkasten allein nicht aus. Deshalb ist ein besonderer Hinweis

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

anzubringen, dass auch keine Anzeigenblätter gewünscht werden oder die jeweilige Redaktion ist in einem Schreiben darauf nachweisbar hinzuweisen.

Werbebeilagen von Zeitungen oder Zeitschriften sind jedoch deren Bestandteil und können somit nicht einzeln zurückgewiesen werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.07.1991, AZ: 15 U 76/91).

Persönlich adressierte Werbesendungen per Post

Werbung in persönlich adressierten Werbeschreiben ist grundsätzlich zulässig. Anders ist es, wenn der Empfänger seinen entgegenstehenden Willen geäußert hat. Der Werbeadressat muss dem Absender zu erkennen gegeben haben, dass er derartige Werbung nicht wünscht, z. B. durch eine schriftliche oder telefonische Mitteilung (BGH, Urteil vom 16.02.1973, AZ: I ZR 160/71).

Postzustellungsunternehmen sind verpflichtet, persönlich adressierte Briefe - hierunter fallen auch Werbebriefe - auszuliefern. Die Postzustellungsunternehmen sind zu einer Inhaltskontrolle weder berechtigt noch verpflichtet. Wenn man auch die Zusendung solcher Werbung verhindern möchte, hat man folgende Möglichkeiten:

Man kann sich auf die sogenannte Robinsonliste setzen lassen. Man wird dann (hoffentlich) von den Adressenlisten aller Werbeunternehmen gestrichen, die Mitglied im Deutschen Direktmarketing Verband e.V. (DDV) sind. Der Formularantrag für die Aufnahme in die Robinsonliste ist direkt beim DDV erhältlich. Eine Zusendung ist dann unlauter, unabhängig von einem etwaigen mit der Beachtung verbundenen Aufwand für den Versender (u.a. AG Heidelberg, Urteil vom 03.08.2010, 30 C 426/09; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 7 UWG, Rdnr. 30). Die herrschende Meinung (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O.) davon aus, dass eine Eintragung auch dann beachtlich ist, wenn das werbende Unternehmen nicht DDV Mitglied ist. Dem hat sich das AG Heidelberg in der vorbezeichneten Entscheidung angeschlossen.

Persönlich adressierte Werbesendungen kann man übrigens schon vorbeugend dadurch verhindern, dass man der Nutzung und Übermittlung der eigenen Daten zu Werbezwecken oder für die Markt- und Meinungsforschung widerspricht bzw. solche Daten nur sparsam herausgibt. Nach § 28 Absatz 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) muss sich jedes Unternehmen, aber auch Behörden, an dieses Nutzungsverbot halten, da ansonsten ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,00 € droht. Man kann den Widerspruch einlegen, sobald die eigenen persönlichen Daten erstmals bekannt gegeben werden, z. B. bei der Anforderung eines Katalogs oder bei einer Quizteilnahme. Dies lässt sich aber auch noch jederzeit nachtragen. Es empfiehlt sich folgende Formulierung: „Ich widerspreche der Nutzung, Verarbeitung und/oder Übermittlung meiner Daten zu Werbezwecken oder für die Markt- und Meinungsforschung gem. § 28 Absatz 4 Bundesdatenschutzgesetz“.

Zusendung unbestellter Ware

Durch die Lieferung einer unbestellten Ware an einen Verbraucher wird ein Anspruch gegen diesen nicht begründet. Gleichwohl kann der Empfänger der Auffassung sein, ihn träfen Zahlungs-, Aufbewahrungs- oder Rückgabepflichten. Die Zusendung unbestellter Ware stellt deshalb eine Belästigung dar, wenn der Empfänger nicht darauf hingewiesen wird, dass ihn weder Zahlungs-, noch Aufbewahrungs- oder Rückgabepflichten treffen (BGH, Urteil vom 11.11.1958, AZ: I ZR 179/57).

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Haustürwerbung

Das Aufsuchen potentieller Kunden zu Werbezwecken in deren Wohnung ist grundsätzlich zulässig. Ein entgegenstehender Wille des Haus- oder Wohnungsinhabers muss jedoch beachtet werden. Anderenfalls ist die Haustürwerbung wettbewerbswidrig (BGH, Urteil vom 16.12.1993, AZ: I ZR 285/91; BGH, Urteil vom 05.05.1994, AZ: I ZR 168/92). Vertreterbesuche sind auch dann wettbewerbswidrig, ohne dass der Umworbene seinen entgegenstehenden Willen geäußert hat, wenn ein derartiges Werbeverhalten die Pietät verletzt, z. B. bei einer Haustürwerbung für Grabsteine bei den Hinterbliebenen eines Verstorbenen (BGH, Urteil vom 12.03.1971, AZ: I ZR 119/69).

Ansprechen in der Öffentlichkeit

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Ansprechens zu Werbezwecken im öffentlichen Raum ist davon abhängig, ob der Werber als solcher zu erkennen ist. Unzulässig ist die Werbung in der Öffentlichkeit, wenn der Angesprochene die ihn ansprechende Person als Werber nicht erkennen kann (BGH, Urteil vom 01.04.2004, AZ: I ZR 227/01; BGH, Urteil vom 09.09.2004, AZ: I ZR 93/02). Ist der Werber erkennbar, ist das Ansprechen von Passanten zu Werbezwecken nur dann wettbewerbswidrig, wenn deren entgegenstehender Wille missachtet wird, Passanten etwa am Weitergehen gehindert werden oder ihnen gefolgt wird. Wettbewerbswidrig ist das Ansprechen auch dann, wenn der Passant aufgrund der räumlichen Verhältnisse der Ansprache nicht entgegen kann, z. B. in engen Einkaufspassagen oder in öffentlichen Verkehrsmitteln (BGH, Urteil vom 09.09.2004, AZ: I ZR 93/02). Unzulässig ist auch das Ansprechen von Unfallbeteiligten am Unfallort zwecks Erteilung von Abschlepp- oder Reparaturaufträgen oder zwecks Abschlusses eines Kfz-Mietvertrages (BGH, Urteil vom 08.07.1999, AZ: I ZR 118/97).

Teil II: Werbung per Fax, E-Mail, Anruf oder SMS

Seit das Internet und E-Mail sich etabliert haben, hat auch die Werbung diesen Bereich für sich entdeckt. Immer öfter wird Werbung per E-Mail, sowohl individuell als auch massenhaft, versandt. Leider handelt es sich in den meisten Fällen um unerwünschte Nachrichten.

Zunächst ist zu beachten, dass das deutsche Werberecht auch für ausländischer Absender gilt, selbst wenn diese ihren Sitz außerhalb der EU haben. Man sollte aber nicht versuchen, gegen diese ausländische Absender rechtlich vorzugehen – es ist sinnlos. Denn eine deutsche Entscheidung, die man gegen ausländische Absender durchaus erwirken könnte, wäre im außereuropäischen Ausland kaum vollstreckbar. Im Übrigen ist schon die Vollstreckung innerhalb der EU ein wahres Trauerspiel.

Nach ständiger Rechtsprechung ist auch die unverlangte Werbung mittels E-Mail, Telefax, SMS oder Werbeanruf sowohl an Privatpersonen als auch an Unternehmen unzulässig, und zwar auch und gerade dann, wenn sie zur Aufnahme eines erstmaligen geschäftlichen Kontaktes dient. Dies gilt nach Auffassung des BGH bereits für die erste Zusendung.

Handelt es sich beim Empfänger einer unaufgeforderten Werbe-E-Mail jeweils um einen Gewerbetreibenden, ist zudem ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu bejahen. Der Gewerbetreibende hat dann einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB gegen den Absender. Ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG muss nicht zugleich gegeben sein, wenn Absender und Empfänger in völlig verschiedenen Branchen

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

tätig sind, so dass jeglicher Wettbewerb fehlt. Eine Eigentumsverletzung aus § 823 Abs. 1 BGB lehnt selbst das strenge LG Berlin in diesem Fall mit der Begründung ab, der Empfang einer unerwünschten E-Mail beeinträchtigt keine materiellen Güter, sondern lediglich Zeit, Arbeitsaufwand und Speicherplatz des betroffenen Empfängers bzw. Computers. Diese Aspekte würden als Vermögensbestandteile jedoch, anders als bei der Telefaxwerbung, bei der das Eigentum an Papier und Toner regelmäßig betroffen sei, nicht dem Eigentumsschutz unterfallen. Für Privatpersonen folgt der gleiche Anspruch aus ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

Von einem stillschweigenden Einverständnis kann hier – anders als bei Werbung per Post – grundsätzlich nicht ausgegangen werden, insbesondere dann nicht, wenn keine besonderen, aus der Sphäre des Adressaten stammenden Umstände vorliegen, die es für den Adressaten erwünscht erscheinen lassen, die Werbung gerade per E-Mail anstatt per normalem Brief zu erhalten. An einem E-Mail-Postfach bzw. Telefon oder Faxgerät kann man eben keinen Hinweis anbringen. Bei Unternehmen können solche besonderen Umstände vorliegen, sofern der Werbende die begründete Vermutung haben darf, sein Angebot sei für das Unternehmen von Interesse.

Das LG Heidelberg hat mit Urteil vom 10.07.2008 (AZ: 3 O 142/08) entschieden, dass eine zu vermutende Einwilligung eines Unternehmers in Telefonwerbung dann vorliegt, wenn auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann. Hierbei kommt es nicht auf die subjektive Wertung des Anrufers an, sondern darauf, ob er davon ausgehen darf, dass der Anzurufende einen solchen Anruf erwartet oder ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenübersteht. Es genügt hierbei nicht, dass der Anrufer von einem aktuellen oder konkreten Bedarf für die angebotenen Waren oder Dienstleistungen ausgehen darf; vielmehr muss hinzukommen, dass der Angerufene mutmaßlich gerade auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein wird. Selbst bei derartigen Waren oder Dienstleistungen, mit denen der Unternehmer handelt oder die er für seine Produktion laufend benötigt, ist zwar meist von einem Interesse des Unternehmers auch am Angebot von neu auf dem Markt auftretenden Anbietern auszugehen; jedoch spielt es auch hierbei eine Rolle, ob die Angelegenheit so eilig ist, dass sie eines Telefonanrufs bedarf.

Mit einem am 16.07.2008 verkündeten Urteil (AZ: VIII ZR 348/06) hat der BGH klargestellt, dass Einwilligungen in den Empfang von Werbung via E-Mail oder SMS nur dann wirksam sind, wenn sie entweder individuell erteilt werden oder auf Formularvordrucken aktiv angekreuzt werden.

Vereinzelt wird allerdings angenommen, dass die bloß einmalige Zusendung einer Werbe-E-Mail nicht den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt, der Betroffene folglich ein Hauptsacheverfahren einleiten muss. Hier schwanken insbesondere die überlasteten Amtsgerichte noch bedauerlich stark.

Werbung per Newsletter oder anderen Varianten ist ebenfalls grundsätzlich verboten, solange der Empfänger nicht sein Einverständnis erklärt hat. Einverständnisse in AGB sind nach herrschender Rechtsprechung unwirksam. Aber auch ein einmal wirksam erklärtes Einverständnis gilt nicht bis in alle Ewigkeit.

Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Zusendung der unverlangten Werbung per E-Mail ist jedoch immer, dass der Empfänger mit der Zusendung nicht einverstanden ist. Dabei trägt der

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Absender die Beweislast für das Bestehen eines Einverständnisses. Die Tatsache, dass ein Nutzer seine E-Mail-Adresse freiwillig in ein für jedermann zugängliches E-Mail-Verzeichnis hat eintragen lassen, führt aber auf keinen Fall zu der Vermutung, er sei mit der Zusendung von Werbung per E-Mail einverstanden.

Die Betroffenen können sich mit der vollen Härte des Gesetzes gegen die Absender wehren. Sofern die Betroffenen Anwälte sind oder Anwälte einschalten, können diese Abmahnungen teuer werden. Ferner besteht nach deutschem Datenschutzrecht ein Auskunftsanspruch des Betroffenen; der Absender muss offen legen, woher er die E-Mail-Adresse hat und an wen er sie weitergegeben hat.

Der betroffene Access Provider kann technisch und rechtlich reagieren. Zu beachten ist aber, dass er zwar für Wettbewerbsverstöße via Internet meist nicht haftet, aber zur Sperrung der Nutzung im Rahmen technischer Möglichkeiten verpflichtet ist.

Sogar politische Parteien oder gemeinnützige Vereine müssen sich an die oben genannten Grundsätze halten – auch wenn keine kommerziellen Absichten verfolgt werden. Sollten Sie trotzdem Material von solchen Vereinigungen erhalten, ist es angezeigt, zumindest den jeweiligen Vorstand anzuschreiben und unmissverständlich aufzufordern, zukünftig weitere Werbung zu unterlassen. Die rechtlichen Möglichkeiten gegen E-Mail-Sendungen politischer Parteien sind aber dadurch nicht eingeschränkt. So haften diese auch dann, als mittelbare Störer, wenn sie auf ihrer Homepage E-Cards mit werbendem Inhalt bereitstellen, die dann an jeden beliebigen Dritten weitergeleitet werden können.

Auch reine Informationsnewsletter werden von den meisten Gerichten wie Werbe-E-Mails behandelt.

Es reicht nicht aus, dass der Angerufene während des Telefonates den Werbezwecken dienenden Anruf billigt (BGH, Urteil vom 20.12.2001, AZ: I ZR 227/99).

Diese Werbungsformen sind trotz bestehender Einwilligung wettbewerbswidrig, wenn der Absender seine Identität nicht klar und eindeutig offenbart (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG).

Teil III: Was kann ich tun?

Neben den Möglichkeiten, Belästigungen vorzubeugen, wie der zurückhaltenden Herausgabe eigener Daten und dem Eintrag in die Robinsonliste, möchte dieser Beitrag nun darauf eingehen, was man tun sollte, wenn man sich gegen eine Werbebelästigung zur Wehr setzen möchte.

Postsendung:

Bringen Sie den Brief und ein Foto Ihres Briefkastens mit dem „Keine Werbung“ Hinweis zu dem Anwalt Ihres Vertrauens. Zudem benötigen Sie Beweise (z.B. Zeugen), dass der Hinweis zum fraglichen Zeitpunkt am Briefkasten angebracht war und im Idealfall auch dafür, dass die Werbung sich in Ihrem Briefkasten befand – dies insb. dann, wenn die Werbung bspw. auch als Zeitungsbeilage verwendet wird oder die Verteilung einige Tage her ist/sein kann, z.B. während Ihres Urlaubes. Hilfreich kann hier auch eine Videoüberwachung sein, die gem. § 6b BDSG zulässig ist, wenn auf sie hingewiesen wird.

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Fax:

Bringen Sie das Fax zu dem Anwalt Ihres Vertrauens. Zudem sollten Sie die Bundesnetzagentur informieren, damit diese ordnungsrechtliche Schritte einleiten kann.

E-Mail:

Bringen Sie den E-Mail-Ausdruck samt Ausdruck des Headers (im Outlook unter Eigenschaften der jeweiligen E-Mail, zu erreichen durch einen Rechtsklick auf die E-Mail, dort dann unter Details) zu dem Anwalt Ihres Vertrauens. Zudem sollten Sie die Bundesnetzagentur informieren, damit diese ordnungsrechtliche Schritte einleiten kann.

Anruf:

Hier ist es etwas komplizierter, da es keinen Beleg für den Anruf gibt. Notieren Sie sich Datum und Anrufzeit, sowie alle Informationen, die der Anrufer preisgibt. Täuschen Sie Interesse vor, bedauern Sie aber, dass Sie gerade keine Zeit haben und daher um ein Fax oder eine Brief bitten, kurz: Versuchen Sie, den Anrufer zu einer Informationszusendung zu bewegen oder lassen Sie sich eine Internetadresse geben. So kann dann ermittelt werden, wer Sie angerufen hat. Zudem sollten Sie die Bundesnetzagentur informieren, damit diese ordnungsrechtliche Schritte einleiten kann.

Ihr Anwalt wird dann den Störer kontaktieren und zum Unterlassen auffordern. Die Kosten hierfür muss der Störer tragen. Regelmäßig wird eine vorformulierte, strafbewehrte Unterlassungserklärung beigefügt, die zu unterzeichnen ist.

Wenn die strafbewehrte Unterlassungserklärung unterschrieben wird, kommt ein wirksamer Vertrag zwischen Abmahnendem und Abgemahntem zu Stande, aus dem der Abgemahnte nicht mehr so leicht herauskommen.

Lediglich bei einer nicht unerheblichen, nachträglichen Änderung der Rechtslage kann man die Abänderung des Vertrages verlangen oder bei Vorliegen eines Irrtums den Vertrag anfechten. Der Vertrag ist daher auch wirksam und verbindlich, wenn die Unterlassungserklärung nur unterschrieben wurde, um einem teuren Streit aus dem Weg zu gehen, ein Rechtsverstoß aber gar nicht vorliegt.

Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über Wett- und Lotteriedienstleistungen können wie andere Verträge, die Verbraucher im Wege des sogenannten Fernabsatzes über das Telefon geschlossen haben, widerrufen werden. Durch den fristgerechten Widerruf ist der Verbraucher an seine Vertragserklärung nicht mehr gebunden, braucht den Vertrag also nicht zu erfüllen. Die Widerrufsfrist beträgt abhängig von den Umständen des Einzelfalles zwei Wochen oder einen Monat und beginnt nicht, bevor der Verbraucher eine Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform erhalten hat.

Bei Werbeanrufen darf der Anrufer künftig seine Rufnummer nicht mehr unterdrücken, um seine Identität zu verschleiern. Viele unerwünschte Werbeanrufe werden nicht verfolgt, weil sich nicht feststellen lässt, wer angerufen hat. Denn die Unternehmen machen in der Regel von der Möglichkeit Gebrauch, ihre Rufnummer zu unterdrücken. Ein entsprechendes bußgeldbewehrtes Verbot ist im Telekommunikationsgesetz vorgesehen.

Teil IV: Warum soll ich mich denn überhaupt wehren?

FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Zunächst kann es ja sein, dass die Belästigung überhand nimmt. So kann man versuchen, einzelne Störer ruhig zu stellen, ihnen den Spaß an den Belästigungen durch die Kosten für die Abmahnung bzw. den Prozess zu nehmen und zudem hoffen, dass sich dies herumspricht und man unter Werbern als Person bekannt wird, die sich wehrt und nur Kosten verursacht, anstatt Gewinne zu liefern. Hat ein Störer eine Unterlassungserklärung abgegeben, erhält man obendrein für jede weitere Störung Geld – die vereinbarte Vertragsstrafe nämlich.

Eine Rechtsschutzversicherung kann die Prozessrisiken abfedern. Denn auch der Prozessgewinner kann auf beträchtlichen Kosten sitzen bleiben, wenn der Schuldner nicht liquide ist.

Hinweis: Sie dürfen diesen Artikel ohne Veränderungen zum Privatgebrauch oder zum internen Gebrauch unter Nennung dieses Hinweises und der Adressangaben gerne frei kopieren und weitergeben. Für die kommerzielle Nutzung ist das vorherige Einverständnis des Autors einzuholen. Bitte übersenden Sie ein Belegexemplar oder den direkten Link.

Fragen zu diesem Beitrag beantwortet der Verfasser nur im Rahmen eines Mandates oder in sonst berufsrechtlich zulässiger Weise.

Frank Richter
Rechtsanwalt und Mediator

Kastanienweg 75a
69221 Dossenheim
Telefonnummer 06221/727-4619
Faxnummer 06221/727-6510
www.richterrecht.com