

# Wettbewerbsrecht und Digitale Medien

## Episode 2: Blick in die Praxis

**Prof. Dr. Iris Kirchner-Freis, LL.M.Eur.**

Direktorin, Institut für IT-, Medien- und Immaterialgüterrecht (MLS LEGAL),  
Bremen

Professorin für Deutsches und Europäisches IT-, Medien- und  
Immaterialgüterrecht am Fachbereich 3 – Informatik, Universität Bremen

# Übersicht der Lerneinheit

Episode 1:  
Einführung

**Episode 2:**  
**Blick in die Praxis**

Episode 3:  
Interview

## Lernziele der Episode

### **Lernziel 1:**

Sie kennen die Anforderungen an die Einwilligungsklauseln für Telefon-, Telefax-, E-Mail-, SMS- und MMS-Werbung.

### **Lernziel 2:**

Sie kennen die Rechtsprechung zu Einwilligungsklauseln im Direktmarketing.

### **Lernziel 3:**

Sie kennen die Anforderungen des AGB-Rechts an die Einwilligungsklauseln im Direktmarketing.

# Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

- Regelungen für unzumutbare Belästigung trifft [§ 7 UWG](#):
  - Gemäß [§ 7 Absatz 1 Satz 1 UWG](#) ist es unzulässig, geschäftliche Handlungen vorzunehmen, durch die ein Marktteilnehmer in unzulässiger Weise belästigt wird.
  - Generalklausel des [§ 7 Absatz 1 UWG](#) wird in Absatz 2 durch nicht abschließende Fallgruppen konkretisiert.
- Telefonmarketing
  - Nach [§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG](#) ist Telefonwerbung ggü. Verbrauchern ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung unzulässig.
  - Im geschäftlichen Bereich sind werbende Telefonanrufe zulässig, wenn Interesse des Angerufenen vermutet werden kann.
- Telefaxwerbung
  - Werbung durch Telefax ist gemäß [§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG](#) sowohl im geschäftlichen als auch im privaten Bereich ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung unzulässig.

# Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

- E-Mail-Werbung
  - Werbung durch E-Mail ist gemäß [§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG](#) sowohl im geschäftlichen als auch im privaten Bereich ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung unzulässig.
  - Dies gilt auch dann, wenn die Werbe-E-Mail schon im Betreff als Werbung gekennzeichnet ist.
- Ausnahme für E-Mail-Werbung in [§ 7 Abs. 3 UWG](#):
  - Ein Unternehmer erhält die elektronische Postadresse von dem Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung (Nr. 1) und
    - verwendet diese Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen (Nr. 2),
    - der Kunde hat der Verwendung nicht widersprochen (Nr. 3) und
    - der Kunde kann bei der Adressenerhebung und Verwendung jederzeit widersprechen (Nr. 4).

# Begriff der Werbung

- Das Vorliegen einer Einwilligung gilt nach § 7 Absatz 2 Nr. 2 und 3 UWG für Nachrichten die Werbung sind.
  - Werbung ist gegeben, wenn der Telefonanruf, das Telefax oder die E-Mail darauf abzielen, Waren oder Dienstleistungen abzusetzen bzw. Waren und Dienstleistungen nachzufragen:
    - Werbung liegt z.B. vor, wenn einem Empfänger Anfragen zugehen, in denen Immobilien oder Antiquitäten nachgefragt werden (BGH, Urteil vom 17.7.2008, Az.: I ZR 75/06).
    - Werbung stellt auch die Umfrage eines Marktforschungsunternehmens dar, wenn es dabei ausschließlich um Kundenzufriedenheit geht und das Ziel verfolgt wird, Serviceleistungen eines Unternehmens zu verbessern und den eigenen Kundenstamm zu erhalten. (OLG Köln, Urteil vom 12.12.2008, Az.: 6 U 41/08).
    - Werbung ist auch gegeben, wenn eine Nachricht neben Informationen auch Werbung enthält (OLG Hamm, Urteil vom 14.5.2009, Az.: 4 U 192/08).

# Begriff der Werbung

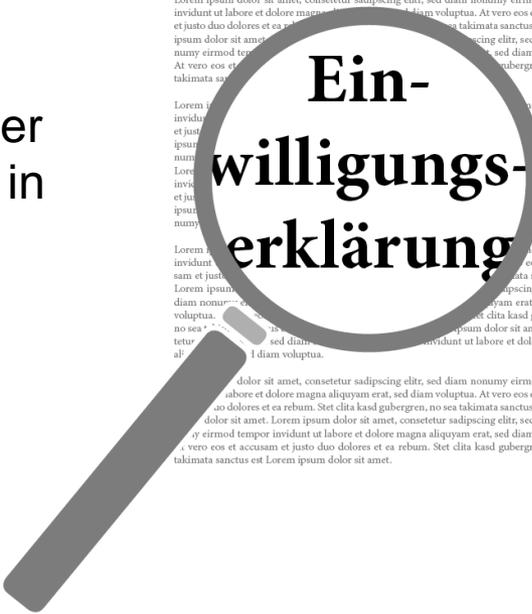
- Das Vorliegen einer Einwilligung gilt nach § 7 Absatz 2 Nr. 2 und 3 UWG für Nachrichten, die Werbung sind.
  - Werbung ist gegeben, wenn der Telefonanruf, das Telefax oder die E-Mail darauf abzielen, Waren oder Dienstleistungen abzusetzen bzw. Waren und Dienstleistungen nachzufragen:
    - Werbung liegt z.B. nicht vor, wenn eine E-Mail die Aufforderung enthält für ein Projekt aus dem Geschäftsbereich des Empfängers ein Angebot abzugeben (OLG Naumburg, Urteil vom 30.9.2005, Az.: 10 U 33/05).
    - Werbung liegt z.B. nicht vor, wenn die E-Mail einer Nachrichtenredaktion ausschließlich der Nachrichtenbeschaffung dient (LG München I, Urteil vom 15.11.2006, Az.: 33 O 11693/06).

# Einwilligungsklauseln

- Einwilligungsklauseln für Werbung sind in der Regel für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, mit der Folge das AGB-Recht gemäß §§ 305 ff. BGB zur Anwendung kommt:
  - Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des anderen Teils, die im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis steht, das AGB-Recht gemäß §§ 305 ff. BGB anzuwenden (BGH, Urteil vom 27.1.2000, Az.: I ZR 241/97).
  - Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des BGH, dass der Kunde auf den Inhalt der Erklärung keinen Einfluss hat und nur entscheiden kann, ob er die Erklärung abgeben möchte.

# Überraschende Klauseln

- Wird eine Einwilligungserklärung in den AGB des Verwenders „versteckt“, handelt es sich gemäß § 305 c Absatz 1 BGB um eine überraschende Klausel, die nicht Vertragsbestandteil wird.
  - § 305 c Absatz 1 BGB ist einschlägig, wenn die Einwilligung eine Zustimmung zur Weitergabe der Daten an Dritte enthält und unter „Datenschutz“ in den Allgemeinen Nutzungsbedingungen einer Plattform „versteckt“ ist (LG Berlin, Urteil vom 14.1.2003, Az.: 15 O 420/02).



Ein-  
willigungs-  
erklärung

# Einwilligungsklauseln zur Telefonwerbung

- Nach der „Telefonwerbung VI“-Entscheidung des BGH halten Standard-Einwilligungsklauseln zur Telefonwerbung bei Privatkunden nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Absatz 1 BGB stand (Urteil vom 27.1.2000, Az.: I ZR 241/97):
  - Es sei unangemessen, wenn Formularverträge eine vorformulierte Einwilligungserklärung des Kunden enthalten, die eine telefonische Werbung für anderweitige Vertragsabschlüsse ermöglichen soll.
  - Schutz der Individualsphäre vor dem Gewinnstreben von Wettbewerbern: die Vielfalt der Werbemethoden erfordert es nicht, mit der Werbung auch in den privaten Bereich des Verbrauchers einzudringen.

# Einwilligungsklauseln zur Telefonwerbung

- Bei der Telefonwerbung gegenüber Unternehmen ist gemäß § 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG die mutmaßliche Einwilligung ausreichend.
- Standard-Einwilligungsklauseln zur Telefonwerbung bei Unternehmen halten der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Absatz 1 BGB dann stand, wenn sich nachvollziehbare Gründe für die Nutzung von Telefonwerbung finden lassen.



# Einwilligungsklauseln zur E-Mail-, SMS-, MMS-Werbung

- Werbung durch E-Mail, SMS, MMS und Telefax ist gemäß [§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG](#) sowohl im geschäftlichen als auch im privaten Bereich ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung unzulässig.
  - Nach der „Payback“-Entscheidung des BGH halten Standard-Einwilligungsklauseln der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Absatz 1 BGB stand, soweit es sich um eine „gesonderte Erklärung“ des Kunden handelt. Hieran fehle es, wenn die Einwilligung in Textpassagen aufgenommen werde, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalte. Dem Nutzer müsse die Möglichkeit zustehen, ein bestimmtes Kästchen anzukreuzen oder sonst eine vergleichbare eindeutige Erklärung seiner Zustimmung abzugeben. (Urteil vom 16.7.2008, Az.: VIII ZR 348/06).

# Einwilligungsklauseln zur E-Mail-, SMS-, MMS-Werbung

- An einer den Anforderungen des BGH genügenden „gesonderten Erklärung“ fehlt es,
  - wenn die Einwilligungsklausel drucktechnisch hervorgehoben ist, sich im laufenden Text befindet und eine gesonderte Einwilligung nicht vorgesehen ist (LG Magdeburg, Urteil vom 18.8.2010, Az.: 7 O 456/10).
  - wenn für die gesonderte Erklärung ein Anklickfeld benutzt wird, welches als Voreinstellung ein Häkchen enthält, das vom Nutzer entfernt werden muss, wenn er die Einwilligung verweigern will (OLG Jena, Urteil vom 21.4.2010, Az.: 2 U 88/10).
  - wenn die Erklärung nicht deutlich formuliert ist und nicht transparent sei (OLG Köln, Urteil vom 29.4.2006, Az.: 6 U 218/08).
  - wenn sich die Erklärung als Generaleinwilligung auf jegliche Verwendung der Daten zu Werbezwecke und zur Weitergabe an Dritte beziehe (LG Stuttgart, Urteil vom 15.5.2007, Az.: 17 O 490/06).

## Aufgaben für das Selbststudium

1. Fassen Sie noch einmal in eigenen Worten zusammen, welche rechtlichen Anforderungen an Einwilligungsklauseln zum Versand von Telefon-, Telefax-, E-Mail-, SMS-, MMS-Werbung im Bereich des Direktmarketings einzuhalten sind.

Berücksichtigen Sie dabei insbesondere die „Telefonwerbung VI“-Entscheidung sowie das „Payback“-Urteil des BGH.



# Literatur und weiterführende Quellen

- *Jestaedt*, Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., Köln 2008.
- *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 4. Aufl., München 2016.

# ENDE

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Weitere Informationen:

[www.mls-legal.de/eGeneralStudies](http://www.mls-legal.de/eGeneralStudies)