



KURS-Kurs

Ein berufsbegleitendes Weiterbildungsangebot von KURS in Zusammenarbeit mit dem Finanzplan College in Berlin

Seit dem Heft 2/2001 macht **KURS** seine Leser mit dem Lehrstoff für die IHK-Prüfung zum „Fachberater/-in für Finanzdienstleistungen“ vertraut, und zwar stets mit aktuellen Themen. Damit ist auch die Einbindung in die Tagesarbeit gewährleistet; der Nachwuchs, an den sich der **KURS-Kurs** vornehmlich wendet, hat deshalb einen leichten Zugang.

Für unsere Abonnenten ist ein Dialog in **KURS Online** (<http://www.kursverlag.de>) eingerichtet; hier kann der Leser anhand eines Kataloges von Prüfungsfragen das Gelernte selbst überprüfen und auf Richtigkeit auswerten lassen. Die für den Zugang nötige Abonnements-Nummer steht auf der Rechnung und auf dem Versandaufkleber.

Finanzplan College (<http://www.finanzplan.de>) ist eine gemeinsame Tochter der Finanzplan Management GmbH und GOING PUBLIC! in Berlin. Diese Trainings- und Weiterbildungsgesellschaft ist spezialisiert auf unabhängige Finanzdienstleister und kann auf die ursprünglich vor allem im Bankensektor gesammelten Erfahrungen von GOING PUBLIC! zurückgreifen.

Finanzplan College bietet Seminare und Trainings im gesamten Bundesgebiet an. Auch sein zweibändiges Werk „Praxiswissen Finanzdienstleistungen“, Bildungsverlag EINS (www.bildungsverlageins.de) weist das Team Kuckertz, Perschke, Rottenbacher und Ziska als kompetent aus.

Den Kunden umwerben – was ist erlaubt ?

In der Marktwirtschaft ist ein funktionierender Wettbewerb von herausragender Bedeutung. Was aber ist nach dem Verständnis des Gesetzgebers noch mit den Regeln des geltenden Rechts als zulässiger Wettbewerb im Einklang, und was überschreitet möglicherweise die Schranken des Erlaubten. Fragen, auf die diese Folge von KURS-KURS Antworten gibt:

Vermittler Axel Schulze möchte das in letzter Zeit etwas brachliegende Geschäft für den Vertrieb von Investmentfonds wieder in Gang bekommen. Aus diesem Grund hat er sich überlegt, eine Telefonaktion zu starten, in der er potenzielle Kunden seiner Stadt anruft und über Chancen und Risiken einer solchen Anlage informiert. Namen und Adressen hat er sich aus dem örtlichen Telefonbuch herausgesucht.

Eine andere Variante seiner Überlegungen ist, zunächst diese Kunden mittels eines Werbefliefes anzuschreiben und ihnen die Vorteile einer solchen Investition darzulegen. Hierbei sollen



©PhotoDisc

Die Themen heute:

Wettbewerbsrecht

Prüfungsfächer:

Recht und Steuern

die Kunden eine Antwortpostkarte ausfüllen und dort u.a. ihre Telefonnummer angeben, wenn sie weitere Informationen wünschen. Weiterhin überlegt er, möglicherweise Werbebriefe per E-Mail zu versenden. Die Adressen hat er sich durch Gästebücher anderer Homepages aus dem Internet besorgt. Da Schulze gehört hat, dass es ein Gesetz geben soll, welches die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen regelt, ist er sich nicht sicher, ob diese Maßnahmen zulässig sind. Andererseits hat er davon gehört, dass Bewertungsmaßstab für die Zulässigkeit sein soll, dass diese nicht sittenwidrig sind. Da er aber keinen sittenwidrigen Inhalt vertreibt, sondern nachweislich seriöse Investmentfonds vermitteln will, meint er, dass kein Risiko bestehe. Hat Herr Schulze Recht?

In der Marktwirtschaft ist ein funktionierender Wettbewerb von herausragender Bedeutung. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber eine Vielzahl wettbewerbsrechtlicher Vorschriften erlassen, deren Aufgabe es ist, diesen Wettbewerb zu reglementieren und in geordnete Bahnen zu lenken. Während das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vornehmlich dem Schutz vor Beschränkungen des Wettbewerbs durch Absprachen zwischen Unternehmen (sog. Kartelle), Zusammenschlüssen von Unternehmen zwecks Erreichung einer marktbeherrschenden Stellung (Fusionskontrolle) und Ausnutzung einer solchen marktbeherrschenden Stellung (Diskriminierungsverbot) dient, hat das UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) seinen Sinn darin, die konkurrierenden Mitbewerber, die übrigen Marktteilnehmer (Lieferanten, Abnehmer und Verbraucher) sowie die Allgemeinheit vor unlauteren Wettbewerbshandlungen zu schützen.

■■■ Vorsicht vor Abmahnungen ■■■

Jeder Unternehmer sollte, wenn er eine Marketingmaßnahme vornimmt, die grundsätzlichen Regelungen des UWG kennen. Denn oft genug verstößt eine Werbemaßnahme gegen die Regelungen des Gesetzes oder deren Ausgestaltung durch die Rechtsprechung. In diesem Fall drohen dem Unternehmer Ab-

mahnungen durch die Konkurrenz, aber auch durch Verbände, IHK oder Verbraucherschutzorganisationen.

Diese Abmahnungen sind zumindest mit Kostennoten (unter Umständen von Rechtsanwälten) verbunden, die der Unternehmer zahlen muss, sofern seine Werbung wirklich gegen das UWG verstößt; in Extremfällen können aber auch Schadensersatzanforderungen auf den Unternehmer zukommen. Weiterhin muss er sich im Regelfall verpflichten, solche Handlungen unter Androhung einer Geldstrafe (sog. Strafversprechen) in Zukunft zu unterlassen. Werden diese Unterlassungserklärungen nicht abgegeben, so ist der Abmahnende berechtigt, ein Gericht anzurufen, welches dann in einem Urteil feststellt, ob die Wettbewerbshandlung zulässig war oder nicht. Gleichzeitig spricht es dann (im Fall der Unzulässigkeit) eine Unterlassungsverpflichtung des Werbenden aus.

■■■ Wer verfolgt die Einhaltung des UWG? ■■■

Im Gegensatz zum GWB (hier wird das Bundeskartellamt tätig) wird die Einhaltung der Vorschriften des UWG nicht durch den Staat kontrolliert. Der Gesetzgeber hat sich beim UWG dafür entschieden, dass Verstöße durch die Wettbewerber selbst geahndet werden können. Allerdings besitzt dieses Recht nicht jeder, der durch eine unzulässige Maßnahme beeinträchtigt wird. In Paragraph 13 UWG ist geregelt, dass grundsätzlich nur Mitkonkurrenten (also der Gewerbetreibende, der Waren oder gewerbliche Leistungen vergleichbarer Art anbietet), Verbände solcher Mitkonkurrenten, die Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern oder anerkannte Verbraucherorganisationen Verletzungen des UWG geltend machen können.

■■■ Welche Regelungen enthält das UWG? ■■■

Das UWG ist nicht so aufgebaut, dass jegliche wettbewerbsrechtlich denkbare Handlung normiert ist. Dann würde das UWG aus einer Unsumme von Vorschriften bestehen, die zudem ständig aktualisiert werden müssten. Aus die-

sem Grund hat sich auch der Gesetzgeber dazu entschieden, zunächst eine Generalklausel zu schaffen, an der sich jede wettbewerbsrechtlich relevante Handlung zu orientieren hat. Daneben regelt das Gesetz verschiedene, besonders häufig vorkommende, spezielle Wettbewerbshandlungen, wie etwa das Verbot der irreführenden und strafbaren Werbung (§§ 3, 4 UWG) oder die Voraussetzungen unter denen z.B. ein Räumungsverkauf zulässig ist (§ 8 UWG). Diese speziellen Vorschriften gehen der Generalklausel vor, d.h. Paragraph 1 UWG erlangt erst Bedeutung, wenn die zu untersuchende Wettbewerbshandlung nach keiner dieser Spezialvorschriften einschlägig ist.

Während die Spezialvorschriften in ihren Voraussetzungen relativ klar gefasst sind, ist dies bei der Generalklausel nicht so. Nur damit ist der Zweck der Vorschrift zu erreichen, nämlich alle nicht unter die übrigen Regelungen (des UWG) fallenden Wettbewerbshandlungen zu erfassen. Genau aus diesem Grund ist jedoch diese Vorschrift der hauptsächliche Anlass für Streitigkeiten und birgt auch die größten Unsicherheiten für den werbenden Unternehmer. Aus diesem Grund soll sie auch Hauptgegenstand dieses Aufsatzes sein.

Paragraf 1 UWG ist wie folgt formuliert:

„Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden“.

Unter geschäftlichem Verkehr wird dabei jede wirtschaftliche Betätigung verstanden, die Außenwirkung erlangt (also keine rein innerbetrieblichen Vorgänge).

Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs liegen vor, wenn die in Rede stehende Maßnahme geeignet ist, den eigenen Absatz zu Lasten eines anderen zu fördern. Nicht erforderlich ist hierbei, dass es sich um gleiche Branchen und Kundengruppen handelt, allerdings muss es sich zumindest um einen potenziellen Mitkonkurrenten handeln.

Durch den Begriff der guten Sitten ist das UWG in der Lage, den Tatbestand des wettbewerbswidrigen Handelns an

die jeweiligen Verhältnisse der Zeit anzupassen. Denn was gegen die guten Sitten verstößt, kann im Jahr 1952 anders gesehen werden, als im Jahr 2002. Welche konkrete Wettbewerbshandlung nunmehr nach dem UWG unlauter ist und daher unter Umständen zu einer Abmahnung führen kann, ist damit aber nicht zu klären. Entscheidend ist letztlich der Einzelfall.

■■■ Vielzahl von Fallgruppen ■■■

Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Fallgruppen gebildet, um eine Prognose für den einzelnen Unternehmer, ob eine Werbemaßnahme erlaubt ist oder nicht, zu ermöglichen. Anhand dieser Fallgruppen orientiert sich dann auch der einzelne Richter, wenn Streit über die Zulässigkeit einer konkreten Wettbewerbshandlung besteht. Eine vollständige Darstellung dieser Fallgruppen würde den Rahmen des Aufsatzes sprengen. Deshalb sollen sie hier nur unter den zwei Oberbegriffen „Unlautere Beeinflussung des Kunden“ und „Behinderung von Mitbewerbern“ behandelt werden.

● Unlautere Beeinflussung des Kunden

Unter dem Begriff der unlauteren Beeinflussung des Kunden ist zunächst die Täuschung des Kunden verboten, die dessen Entscheidung für oder gegen das konkrete Angebot beeinflussen könnte. Täuschungshandlungen mit dem Zweck, Mitbewerber zu verleumden ist im Übrigen als Verstoß sowohl gegen Paragraph 1 UWG, als auch ausdrücklich über Paragraph 14 UWG verboten. Eine unlautere Beeinflussung kann weiterhin dann vorliegen, wenn der Kunde durch Werbemittel genötigt wird, in dem er etwa in eine mittelbare Zwangslage versetzt wird. Hierzu zählt u.a. das unvermittelte Ansprechen auf offener Straße, die Teilnahme an Preisausschreiben, mit der Bedingung, den Teilnahmecoupon in der Geschäftsstelle des werbenden Unternehmens abzugeben, Werbung über das Telefon (dazu später mehr), Zusendung unbestellter Waren oder etwa der Einsatz von Laienwerbern (Kunden erhalten Bonusgeschenke, wenn sie die betreffende Leistung im Bekanntenkreis weitervermitteln).

● Behinderung von Mitbewerbern

Unter dem Begriff der Behinderung von Mitbewerbern ist zunächst die Fallgruppe des Vernichtungswettbewerbes zu nennen. Grundsätzlich können Angebote zwar unter dem Selbstkostenpreis abgegeben werden, dies wird jedoch dann zu einer sittenwidrigen Werbemaßnahme, wenn ein derartiges Preisdumping allein dazu dient, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Weiterhin ist es nicht verboten, Kunden der Konkurrenz abzugeben, sittenwidrig wird dies jedoch dann, wenn der po-



© PhotoDisc

tenzielle Kunde dazu verleitet wird, seine vertraglichen Pflichten zu verletzen. Weiterhin ist es verboten, dass ein Unternehmer den Ruf eines Mitkonkurrenten ausbeutet, ohne dass tatsächlich ein Bezug zu diesem Mitkonkurrenten besteht (Vertrieb einer Parfumarke mit dem Hinweis „riecht wie cool-water“, bei cool-water handelt es sich um eine erfolgreiche Marke eines Mitkonkurrenten).

■■■ Vergleichende Werbung erlaubt ■■■

Nicht mehr verboten ist nunmehr die vergleichende Werbung. In Umsetzung einer EG-Richtlinie hat der BGH seine Rechtsprechung geändert und lässt sie nunmehr zu, wenn sie

- nicht irreführend ist,
- sich auf eine vergleichbare Leistung bezieht,
- objektive, vergleichbare Eigenschaften verglichen werden,
- und die Konkurrenz nicht verunglimpft wird.

Selbstverständlich müssen die hierin enthaltenen Werbeaussagen der Wahrheit entsprechen.

■■■ Zulässigkeit von Telefonwerbung ■■■

Zurück zur Ausgangsfragestellung und der Problematik, ob Telefonwerbung überhaupt zulässig sein kann. Nach dem eben Gesagten könnte ein Verstoß gegen die guten Sitten unter dem Oberbegriff der unlauteren Beeinflussung des Kunden gesehen werden.

■■■ Telefonwerbung unter Berücksichtigung des Europarechts ■■■

Der Europäische Gerichtshof hatte im Jahr 1995 („Alpine Investments“) festgestellt, dass die unaufgeforderte Telefonakquise (sog. „cold calling“) als Mittel des freien Dienstleistungsverkehrs grundsätzlich erlaubt ist. Zwar wurde im konkreten Fall die Telefonwerbung dennoch für unzulässig erachtet, da dort Warentermingeschäfte vertrieben wurden, die ein hohes Risiko für den Verbraucher beinhalteten, dennoch hat der Gerichtshof diese Form der Werbung im zwischenstaatlichen Bereich für zulässig gehalten. Zwischenzeitlich wurde jedoch die EG-Richtlinie 97/66 vom 15. Dezember 1997 erlassen. In dieser ist in Artikel 12 II vorgeschrieben, dass die nationalen Gesetzgeber sicherzustellen haben, dass unerbetene Anrufe zum Zwecke des Direktmarketings unterbleiben. Da diese Richtlinie nur eine Bestätigung der bisherigen

Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu Paragraph 1 UWG beinhaltet, bedurfte es einer ausdrücklichen Schutzvorschrift im deutschen Recht nicht.

■■■ Die Grundsätze der deutschen Rechtsprechung ■■■

Begründung für die ablehnende Haltung der deutschen Gerichte ist, dass diese Telefonanrufe einen unzulässigen Eingriff in die Individualsphäre des Anschlussinhabers darstellen, da er in Ungewissheit über den Zweck des Anrufes genötigt wird, den Anruf entgegenzunehmen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn zu dem Angerufenen bereits geschäftliche Verbindungen bestehen, so etwa der Anruf bei einem privaten Versicherungsnehmer, um ihn zur Versicherung eines weiteren Risikos zu veranlassen. Eine Wettbewerbswidrigkeit ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Angerufene vorher ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erteilt hat. Hierfür genügt jedoch nicht eine vorformulierte Einverständniserklärung im Rahmen eines anderen Vertragsabschlusses. So hat der BGH in seinem Urteil vom 24. März 1999 (Az.: IV ZR 90/98) die Klausel eines Versicherungsunternehmens für ungültig erklärt, nach der sich der Versicherungsnehmer bis auf Widerruf einverstanden erklärt hatte, im Rahmen des Versicherungsverhältnisses sowie in Bezug auf künftige weitere Versicherungs- und Finanzdienstleistungen der Versicherungsgruppe auch telefonisch informieren und beraten zu lassen. Die hierauf folgende Telefonakquise wurde daher (aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel) als Verstoß gegen Paragraph 1 UWG gewertet.

Es wäre also nicht ausreichend, wenn sich Schulze ein solches Einverständnis etwa vorab bei Abschluss eines anderen Vertrages im Rahmen des Vertragstextes erteilen lässt.

Ebenfalls nicht ausreichend ist es,

- wenn der Vermittler vorher seinen Anruf schriftlich ankündigt oder etwa,
- wenn der Kunde im Rahmen eines Werbeschreibens auf einer Antwortpostkarte, mit der er weitere Informationen anfordern kann, seine Telefonnummer angibt.

Notwendig wäre vielmehr, dass er

ausdrücklich (zusätzlich) um einen Telefonanruf bittet.

Somit stellt auch die von Schulze ins Auge gefasste Variante, die betreffenden Personen vorher anzuschreiben und seinen Anruf anzukündigen, einen Verstoß gegen das UWG dar. Auch eine Aktion mittels Rücksendung einer Postkarte unter Angabe der Telefonnummer durch den Kunden reicht nicht aus.

Im Bereich der gewerblichen Kunden kann sich eine Zulässigkeit der Telefonwerbung dann ergeben, wenn eine ständige Geschäftsverbindung zu dem Gewerbetreibenden besteht und die angebotenen Produkte mit der Tätigkeit des Gewerbetreibenden etwas zu tun haben. Im Regelfall wird dann ein Einverständnis vermutet.

■■■ Zulässigkeit von E-Mail-Werbung ■■■

Auch in der Zusendung einer konkreten Einzelwerbung an einen privaten E-Mail-Anschluss kann ein Verstoß gegen Paragraph 1 UWG gesehen werden, wenn kein ausdrückliches oder mutmaßliches Einverständnis vorliegt. Grund hierfür ist nach Meinung der Gerichte, dass der Kunde die E-Mail nur online abrufen kann und für diese Zeit auch Gebühren an seinen Provider zahlen muss – und dies, obwohl er unter Umständen gar kein Interesse an dem Inhalt hat. Weiterhin könne er nicht, wie beim Briefkasten, seine E-Mail-Adresse ohne weiteres durch Kennzeichnung gegen unerwünschte Werbung sperren. Die einzige Möglichkeit, die zur Zeit besteht, ist die Aufnahme des Kunden in so genannte Negativlisten, was aber nach der Rechtsprechung keinen ausreichenden Schutz darstellt.

Nach dem Landgericht Augsburg soll eine E-Mail-Werbung jedoch dann zulässig sein, wenn der Adressat zuvor mit der Datenbank des Werbenden Kontakt aufnimmt und hierfür ein besonderes Entgelt entrichtet, da der Werbende dann auf ein fortbestehendes Interesse des Adressaten vertrauen darf.

Nicht ausreichend für das vermutete Einverständnis ist, dass der Kunde seine E-Mail-Adresse auf einer Visitenkarte, in einem Verzeichnis oder auf einer Gästeseite in einer anderen Homepage hinterlässt.

Wenn Schulze also eine konkrete

Werbung per Mail versenden will, so muss er zumindest in der Betreffzeile eine ausdrückliche Kennzeichnung erfolgen (ACHTUNG! Diese Rechtsansicht ist noch nicht durch ein Gericht bestätigt worden. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung dürfte auch ein solches Vorgehen wettbewerbswidrig sein).

■■■ Zulässigkeit von Briefwerbung ■■■

Die Werbung durch Briefe und Wurfungen ist grundsätzlich zulässig, weil allgemein üblich. Der Adressat solcher Sendungen kann sich jedoch zukünftige Werbesendungen ausdrücklich verbitten, sei es durch Aufdrucke auf dem Briefkasten („Keine Werbung“) oder durch ausdrückliche Weisungen gegenüber dem Unternehmen.

Eine Werbeaktion, in der Schulze die entsprechenden Kunden anspricht, wäre somit möglich.

■■■ Fazit

Die aufgeführten Beispiele zeigen, dass das Wettbewerbsrecht dem Unternehmen enge Grenzen setzt. Dennoch sind in der täglichen Praxis derartige Werbemaßnahmen an der Tagesordnung und werden keineswegs immer verfolgt. Dies liegt zum einen daran, dass diese Maßnahmen oftmals unbemerkt von Wettbewerbern, Verbraucherschutzorganisationen oder anderen „Hütern des Wettbewerbes“ durchgeführt werden. Gerade bei Werbung im privaten Bereich sind diese Organisationen auf Hinweise der Verbraucher angewiesen. Das Risiko derartiger Maßnahmen sollte jedoch nicht unterschätzt werden, denn gerade bei breit gestreuten Werbeaktionen besteht eine nicht unerhebliche Gefahr, dass solche Praktiken abgemahnt werden. Das Argument, dass auch die Konkurrenz so verfährt, schützt dann keinesfalls.



Autor: Ansgar Hain
Der Autor ist selbständiger Rechtsanwalt in Berlin und beschäftigt sich hierbei mit den speziellen rechtlichen Fragestellungen der Finanzdienstleistungsbranche. Darüber hinaus ist er Dozent am Finanzplan College. eMail: college@finanzplan.de