

Aktuelle Rechtsfragen rund ums Callcenter

von

Dr. Udo von Fragstein

Rechtsanwalt und Partner

bei

FRANZ Rechtsanwälte

Holzstraße 2, 40221 Düsseldorf

Tel.: 0211-157676-0 Fax: 0211-157676-76

Fragstein@franzlegal.com

Themenübersicht

- A. Neuregelungen zur Telefonwerbung
- B. Datenschutzrechtsnovellen
- C. Auswirkungen auf Callcenter-Verträge

Standort

- A. Neuregelungen zur Telefonwerbung
- B. Datenschutzrechtsnovellen
- C. Auswirkungen auf Callcenter-Verträge

Neuregelungen zur Telefonwerbung

- Am 04.08.2009 in Kraft getreten.
- Ziel: Besserer Schutz der Verbraucher gegen Telefonwerbung

§ 7 Unzumutbare Belästigungen

- (1) *Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.*
- (2) *Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen*
 1. (...)
 2. *bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung;*
 3. (...)
 4. *bei Werbung mit einer Nachricht, 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.*

§ 7 Abs. 2 UWG; Direktmarketing

- Zwei wichtige Unterscheidungen sind zu treffen:
 - (1) Opt-In-Lösung ↔ Opt-Out-Lösung
 - (2) Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ↔ Gewerbetreibenden
- Opt-Out-Lösung: Derjenige, der nicht angerufen werden möchte, tut dies im Laufe des Telefonats kund und darf dann in der Folge nicht mehr angerufen werden.
- Opt-In-Lösung: Telefonanrufe sind nur zulässig, wenn der Angerufene vorher sein Einverständnis hierzu erklärt hat.

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Werbeanrufe bei Verbrauchern

- Es gilt Opt-In → Die Einwilligung muss erteilt sein, bevor der Verbraucher angerufen wird. Eine nachträgliche Einwilligung reicht nicht aus!
- Der Angerufene muss sein Einverständnis **vorher ausdrücklich** erteilt haben. **NEU** seit 04.08.2009: Bis dahin reichte auch ein konkludentes Einverständnis aus.

Beachte: Nur im *geschäftlichen*, nicht im privaten Bereich kann ein mutmaßliches Einverständnis des Angerufenen ausreichen.

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Werbeanrufe bei Verbrauchern

- Anrufer muss das Vorliegen der Einwilligung beweisen.
- Anforderungen an die Einwilligungserklärung:
 - (1) „**Opt-In**“-Erklärung ist **erforderlich** (*Payback-Urteil*).
 - (2) Erklärung muss auf Werbung durch den Verwender beschränkt sein.
 - (3) Möglicher Inhalt der Werbung muss hinreichend konkretisiert sein.
- Kein Schriftlichkeitserfordernis (anders als im Datenschutz), aber empfehlenswert wegen Beweislast
- Vorformulierte Einwilligungserklärungen unterliegen AGB-Kontrolle

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Werbeanrufe bei Verbrauchern

Beispiele:

- Ein vom Kunden anlässlich der Kontoeröffnung gegenüber dem Kreditinstitut erklärtes *vorformuliertes Einverständnis mit Telefonwerbung*, z. B. mit telefonischer Beratung, ist wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam.
- Klausel in AGB:
„Ja, ich bin mit telefonischer Werbung einverstanden ... Bitte streichen, falls nicht gewünscht.“
Unwirksam, weil Verstoß gegen die Opt-In-Anforderung
- Klausel:
„Ich bin mit jeglicher telefonischer Werbung durch jegliche Unternehmen einverstanden.“
Unwirksam, weil unbestimmt.

§ 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG Werbeanrufe bei Gewerbetreibenden

- Anders als gegenüber Verbrauchern gilt im gewerblichen Bereich (auch selbständige Berufe), dass Telefonwerbung bereits bei vermutetem Einverständnis zulässig ist.
- Allerdings **enge** Grenzen: Zur Rechtfertigung des Anrufs reicht die bloße *Sachbezogenheit* zum Geschäftsbetrieb des Angerufenen nicht aus. Vielmehr muss der Anruf im konkreten Interessenbereich des Angerufenen liegen. Das ist der Fall, wenn
 - (1) der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder
 - (2) der Werbende aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen vermuten konnte.

§ 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG Werbeanrufe bei Gewerbetreibenden

- Grundsatz: Bei bestehenden Geschäftsverbindungen liegt ein vermutetes Einverständnis vor. Daraus folgt andererseits, dass die Grenzen für ein mutmaßliches Einverständnis außerhalb bestehender Geschäftsverbindungen relativ hoch sind.

Beispiele:

- Telefonische Kontaktaufnahme mit Gewerbetreibenden ohne deren vorheriges Einverständnis zur Erlangung entgeltlicher Aufträge für die Eintragung in ein bundesweites Branchenbuch sind unzulässig.
- Die Eintragung eines Gewerbetreibenden in die Gelben Seiten ist keine Geschäftsverbindung, die die telefonische Kontaktaufnahme wegen der Eintragung rechtfertigen könnte.

NEU: seit 04.08.2009: Bußgeld

1. Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf wirbt.
2. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden.
3. Zuständig für Verhängung von Bußgeldern ist die Bundesnetzagentur.

NEU: seit 04.08.2009: Bußgeld

- Vorherige Abmahnung nicht erforderlich → Bundesnetzagentur kann nach ihrem Ermessen sofort ein Bußgeld verhängen
- Problem: Nachweis von Vorsatz oder Fahrlässigkeit
 - (1) Werbender Unternehmer muss
 - Auswahl der Anzurufenden selbst treffen
 - dafür Sorge tragen, dass vorherige ausdrückliche Einwilligung besteht
 - sich vergewissern, dass Einwilligung vorliegt, noch besteht und beabsichtigte Werbung deckt
 - (2) Callcenter
 - darf sich nicht blind darauf verlassen, dass die vom Unternehmer zur Verfügung gestellte Liste den gesetzlichen Anforderungen entspricht
 - teilweise wird empfohlen: Vertragsstrafe zulasten des Unternehmers vereinbaren

Bußgeld bei Rufnummernunterdrückung

1. Seit dem 04.08.2009 ist – im Telekommunikationsgesetz – geregelt, dass die Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufen verboten ist.
2. Adressat ist hierbei (anders als bei § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG) der **Anrufer**.
3. Bei Verstößen droht eine Geldbuße bis zu 10.000 €

Anonyme Werbung; § 7 II Nr. 4 UWG

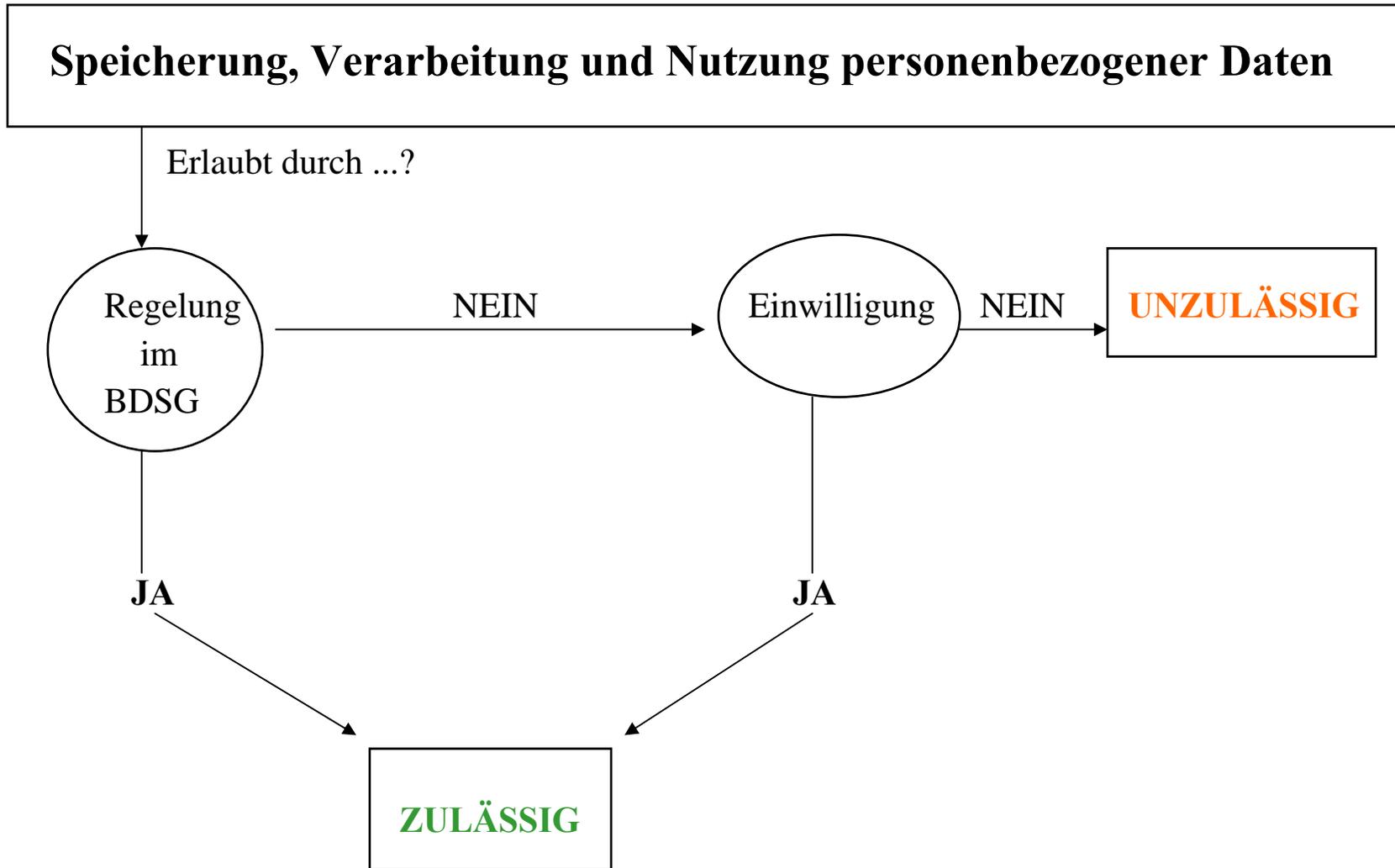
- Werbung mit „Nachrichten“
 - darunter fallen Telefonanrufe, Faxe, E-Mails, SMS
- Verschleierung oder Verheimlichung der Identität des **Werbenden**
 - ⊕ wenn kein Name angegeben wird, oder bei Schein- oder Tarnadressen
- Mitteilungen dürfen nicht teurer als Basistarif sein

Standort

- A. Neuregelungen zur Telefonwerbung
- B. Datenschutzrechtsnovellen
- C. Auswirkungen auf Callcenter-Verträge

Datenschutznovellen 2009

1. Datenschutznovelle II (Datenhandel) ist am 1. September 2009 in Kraft getreten.
2. Datenschutznovelle I (Scoring) soll am 1. August 2010 in Kraft treten.



Datenschutz

Frage: Ist es erlaubt, Kundendaten zu speichern und zu verarbeiten?

➔ Prüfungsschema

1. Schritt: **Gesetzliche Erlaubnis** (§ 28 BDSG)

Nur falls keine gesetzliche Erlaubnis besteht.

2. Schritt: **Einwilligung** des Kunden (§ 4 BDSG)

§ 28 Abs. 1 BDSG neu

„Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig

- 1. wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist,*
- 2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder*
- 3. wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt.*

Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen.

§ 28 Abs. 3 BDSG neu

„Die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung ist zulässig, soweit der Betroffene eingewilligt hat (...).

Darüber hinaus ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken, und die Verarbeitung oder Nutzung erforderlich ist

- 1. für Zwecke der Werbung für eigene Angebote der verantwortlichen Stelle, die diese Daten mit Ausnahme der Angaben zur Gruppenzugehörigkeit beim Betroffenen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen erhoben hat,*
- 2. für Zwecke der Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und unter seiner beruflichen Anschrift oder*
- 3. für Zwecke der Werbung für Spenden, die nach § 10b Absatz 1 und § 34g des Einkommensteuergesetzes steuerbegünstigt sind.*

§ 28 Abs. 3 BDSG neu

Für Zwecke nach Satz 2 Nummer 1 darf die verantwortliche Stelle zu den dort genannten Daten weitere Daten hinzuspeichern. Zusammengefasste personenbezogene Daten nach Satz 2 dürfen auch dann für Zwecke der Werbung übermittelt werden, wenn die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Absatz 1a Satz 1 gespeichert wird; in diesem Fall muss die Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat, aus der Werbung eindeutig hervorgehen. Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 2 dürfen personenbezogene Daten für Zwecke der Werbung für fremde Angebote genutzt werden, wenn für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist. Eine Verarbeitung oder Nutzung nach den Sätzen 2 bis 4 ist nur zulässig, soweit schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. Nach den Sätzen 1, 2 und 4 übermittelte Daten dürfen nur für den Zweck verarbeitet oder genutzt werden, für den sie übermittelt worden sind. “

Anforderungen an die Einwilligungserklärung

- **Schriftlich** oder auch elektronisch (§ 3 Absatz (7) TDDSG).
- Rechtsprechung verlangt, dass die Einwilligungserklärung **im äußeren Erscheinungsbild der Gesamterklärung hervorgehoben** ist; auf keinen Fall reicht es aus, in den AGB auf die Einwilligung hinzuweisen!
- Anders als bei der wettbewerbsrechtlichen Einwilligung zur Telefonwerbung ist aber **kein „Opt-In“** erforderlich (*Payback-Entscheidung*).

Standort

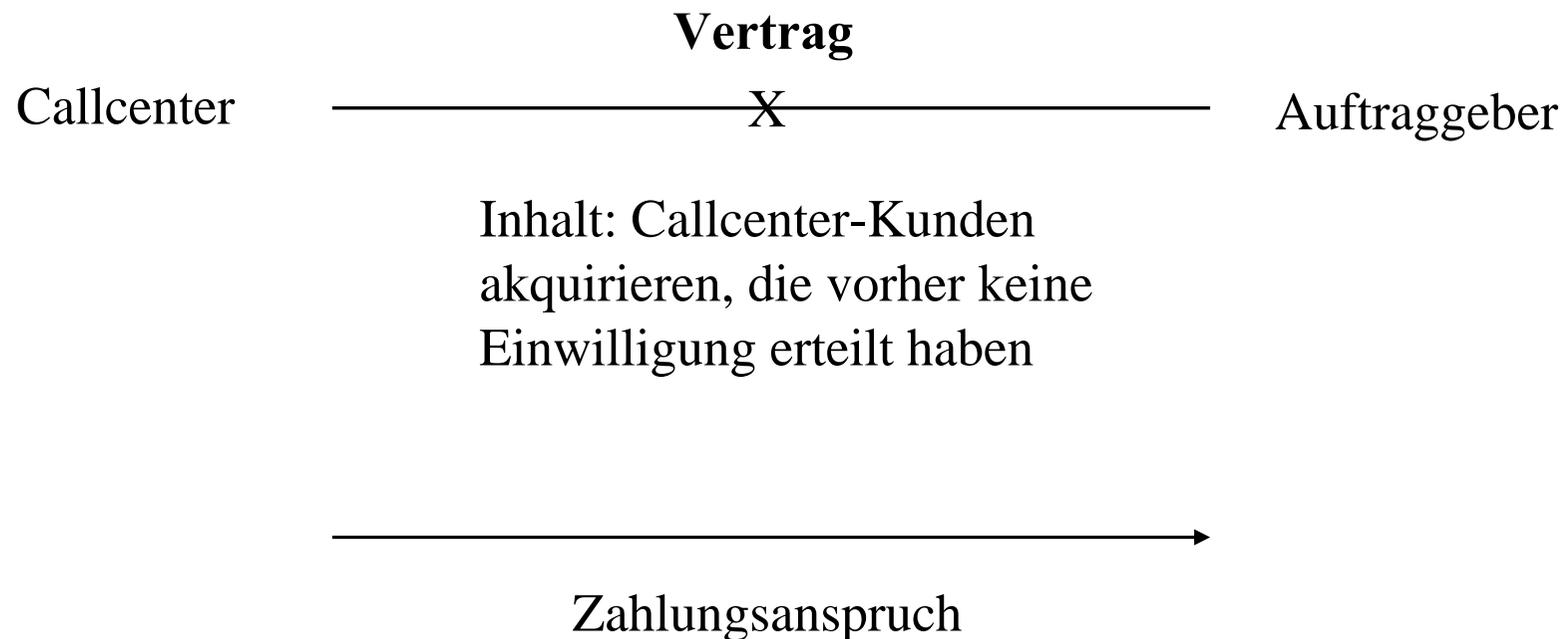
- A. Neuregelungen zur Telefonwerbung
- B. Datenschutzrechtsnovellen
- C. Auswirkungen auf Callcenter-Verträge

Checkliste: Die wichtigsten Inhalte bei Callcenter-Verträgen

1. **Richtiger Vertragstyp:** Einzelauftrag ↔ Rahmenvertrag
2. **Was ist zu regeln?**
 - Vertragsgegenstand
 - Pflichten des Callcenters
 - Pflichten des Auftraggebers
 - Gewährleistung und Mängelansprüche
 - Preis und Zahlungsbedingungen
 - Geheimhaltung
 - Anwendbares Recht, Gerichtsstand
 - Bei Rahmenverträgen außerdem noch Laufzeit und Kündigung

Callcenter-Verträge über unerlaubte Telefonwerbung

Beispiel



Callcenter-Verträge über unerlaubte Telefonwerbung

Lösung:

- OLG Stuttgart 26.08.2008
- Callcenter-Vertrag ist nichtig (gemäß § 134 BGB)
- Ständige Rechtsprechung: Verträge, die zu Wettbewerbsverstößen verpflichten, sind immer nichtig
- Folge: kein Zahlungsanspruch des Callcenters

Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Udo von Fragstein
Rechtanwalt und Partner



Holzstraße 2
40221 Düsseldorf
Tel.: 0211-157676-0 Fax: 0211-157676-76
Mobil: 0173-2976655
Fragstein@franzlegal.com

Zum Referenten



Persönliches Profil

Dr. Udo von Fragstein ist Rechtsanwalt und Partner bei der Sozietät FRANZ Rechtsanwälte, Düsseldorf. Er hat ein Zusatzstudium zum japanischen Wirtschaftsrecht absolviert und war für eine große amerikanische Wirtschaftskanzlei in London als Rechtsanwalt tätig.

Zu den Tätigkeitsschwerpunkten von Dr. von Fragstein gehören das Vertriebs- und Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz, das Datenschutzrecht sowie das IT-Recht. Auf diesen Gebieten berät Dr. von Fragstein mittelständische Unternehmen und Großunternehmen im In- und Ausland. Außerdem hat Dr. von Fragstein bei der rechtlichen Gestaltung zahlreicher Vertriebssysteme und Kundenbindungssysteme mitgewirkt und berät diese laufend im Zusammenhang mit CRM- und Direktmarketing-Maßnahmen.

Darüber hinaus hat er zu wettbewerbsrechtlichen und wirtschaftsrechtlichen Themen verschiedene Beiträge veröffentlicht, unter anderem in dem Handbuch für Direktmarketing des Gabler-Verlages sowie zuletzt einen Beitrag zu dem Thema „Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht“ in dem Handbuch der Telekommunikation.