



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 43/2016 Dezember 2016

#### Evaluierung des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken

##### Mitglieder des Ausschusses Gewerblicher Rechtsschutz

Rechtsanwältin Dr. Julia Blind  
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Götz  
Rechtsanwalt Dr. Mirko Möller, LL.M. (Berichterstatter)  
Rechtsanwältin Dr. Anke Nordemann-Schiffel  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Osterrieth, Vorsitzender  
Rechtsanwalt und Notar Christian Reinicke  
Rechtsanwalt Dr. Uwe Richter  
Rechtsanwalt Pascal Tavanti (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Eva Melina Bauer, Bundesrechtsanwaltskammer

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

##### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

##### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zu der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz initiierten Evaluierung des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken wie folgt Stellung:

### **1. Fragen zur Telefonwerbung (§ 20 Abs. 1 u. 2 UWG):**

Rückblick: Das UWG 2004 hatte von vornherein vorgesehen, dass Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern unlauter ist, wenn sie ohne deren Einwilligung erfolgt. Gegenüber sonstigen Marktteilnehmern war Telefonwerbung unlauter, wenn sie ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung erfolgt (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG 2004). Die entscheidende Änderung brachte dann das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung, das am 04.08.2009 in Kraft getreten ist (BGBl. I S. 2413): Wie bereits kurz zuvor auch in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zur E-Mail- und Telefaxwerbung, stellte der Gesetzgeber darin klar, dass es sich bei der Einwilligung um eine „vorherige“ Einwilligung handeln muss. Außerdem verschärfte der Gesetzgeber über diese Klarstellung hinaus die Anforderungen an die Einwilligung – die Einwilligung musste nun „ausdrücklich“ erteilt worden sein. Obgleich die Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung erklärtermaßen eines der Ziele des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken war, verschärfte oder änderte der Gesetzgeber § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG durch dieses Gesetz nicht mehr. Allerdings erweiterte der Gesetzgeber den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 20 OWiG – sowohl gegenständlich als auch hinsichtlich des Bußgeldrahmens. Unter § 20 OWiG fielen nunmehr auch Anrufe mittels automatischer Anrufmaschinen. Der Bußgeldrahmen wurde von 50.000 Euro auf 300.000 Euro erhöht. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat in ihren Stellungnahmen zum Referentenentwurf (Stellungnahme Nr. 27/2012 und Nr. 5/2013) angeregt, die häufig auftretenden Zweifelsfälle bei der Abgrenzung von „ausdrücklicher“ und „nicht ausdrücklicher“ Einwilligung zu klären. In der Literatur wurde die Auffassung vertreten, dass die Anforderungen an die „Ausdrücklichkeit“ der Einwilligungserklärung nicht zu hoch angesetzt werden dürfen; zuweilen gab es Stimmen in der Literatur, die sogar forderten, dass dieses Merkmal schlichtweg ignoriert werden müsse (vgl. Möller, WRP 2010, 321, 326 reSp). Problematisch war zudem, dass ein Unternehmen einen Verbraucher nicht zurückrufen dürfe, auch wenn dieser – erfolglos – versucht habe, seinerseits das Unternehmen zu erreichen. Darüber hinaus hatte die Bundesrechtsanwaltskammer auf die Unwägbarkeiten hingewiesen, die sich aus der wenig einheitlichen Rechtsprechung zur Gültigkeitsdauer von Einwilligungserklärungen ergaben.

**Zu den einzelnen Fragen:****1.1 Wie hat sich das Aufkommen unerlaubter Telefonwerbung nach Ihrer Einschätzung in den vergangenen fünf Jahren entwickelt?**

Der Bundesrechtsanwaltskammer liegen diesbezüglich keine objektiven Zahlen vor. Die – subjektiven – Eindrücke der Rechtsanwaltschaft speisen sich im Wesentlichen aus drei Erkenntnisquellen: (1) Aufkommen eigener (streitiger) Mandate aus diesem Bereich, (2) Wahrnehmung veröffentlichter Rechtsprechung und (3) Erkenntnisse aus Beratungen werbetreibender Unternehmen.

Einige Rechtsanwälte berichten davon, dass es zu einem Rückgang unerlaubter Telefonwerbung gekommen sei. Andere Rechtsanwälte berichten von einer „Verschiebung“ dergestalt, dass heute andere Branchen Telefonwerbung – auch unerlaubte Telefonwerbung – einsetzen als noch vor einigen Jahren. Berichte von einer signifikanten Steigerung des Aufkommens unerlaubter Telefonwerbung sind der Bundesrechtsanwaltskammer nicht zur Kenntnis gelangt.

**1.2 Gab es nach Ihrer Einschätzung durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 01.10.2013 Veränderungen im Werbeverhalten? Wenn ja, wie lassen sich diese beschreiben?**

Hier kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, wonach teilweise von einem Rückgang, teilweise von einer „Verlagerung“ unerlaubter Telefonwerbung berichtet wird. Nach Einschätzung der Bundesrechtsanwaltskammer sind etwaige Änderungen des Werbeverhaltens jedoch nicht auf das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken zurückzuführen, sondern allenfalls auf das bereits am 04.08.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung. Es ist aus der Anwaltschaft auch nicht davon berichtet worden, dass die Erhöhung des Bußgeldrahmens des § 20 Abs. 2 UWG zu einer derartigen Abschreckung geführt hätte, dass hierdurch das Werbeverhalten der Unternehmen beeinflusst worden wäre.

**1.3 Ist nach Ihrer Einschätzung die Abmahnung unerlaubter Telefonwerbung mittels anwaltlicher Hilfe verbreitet? Gab es hier eine Entwicklung innerhalb der letzten fünf Jahre? Kommt es in diesem Zusammenhang nach Ihrer Einschätzung häufig zu gerichtlichen Verfahren? Gibt es in diesem Zusammenhang typisierbare tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten?**

Die Abmahnung unerlaubter Telefonwerbung (wie auch die Abmahnung unerlaubter E-Mail-Werbung) kommt in der anwaltlichen Praxis immer mal wieder vor. Der Bundesrechtsanwaltskammer liegen keine Berichte vor, wonach es in den letzten fünf Jahren zu einer erheblichen Änderung des entsprechenden Abmahnaufkommens gekommen wäre. Ob dies zugleich bedeutet, dass das Abmahnaufkommen in dieser Zeit insgesamt stabil geblieben ist, lässt sich mangels objektiver Zahlen nicht mit Sicherheit sagen. Bei anwaltlichen Abmahnungen wegen unerlaubter Telefonwerbung ist zu differenzieren: Einerseits geht es um Abmahnungen, die im Namen des (unerlaubt) Angerufenen ausgesprochen werden, andererseits um solche, die im Namen eines Wettbewerbers des werbenden Unternehmens ausgesprochen werden. Bei den Abmahnungen der in den § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG genannten Verbänden bzw. Körperschaften handelt es sich hingegen in aller Regel nicht um

anwaltliche Abmahnungen, da diese in der Regel ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts selbst abmahnen. Da die von Mitbewerbern geltend gemachten Unterlassungsbegehren regelmäßig nicht auf den konkreten Werbeadressaten beschränkt sind, sind Unternehmen bei derartigen Abmahnungen selten dazu bereit, strafbewehrte Unterlassungserklärungen abzugeben. Die Folge ist, dass es hier immer wieder zu gerichtlichen Verfahren kommt. Abmahnungen, die im Namen des Angerufenen ausgesprochen werden (diese werden nicht auf § 7 UWG, sondern auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt), führen dagegen gelegentlich schon zu einer außergerichtlichen Streitbeilegung in Form einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Eine auf eine konkrete Telefonnummer bzw. einen konkreten Adressaten beschränkte Unterlassungserklärung belastet ein Unternehmen weniger als eine allgemeine Unterlassungserklärung. Bei einer auf eine bestimmte Telefonnummer beschränkten Unterlassungserklärung lässt sich die Telefonnummer in eine Sperrliste aufnehmen und auf diese Weise effektiv sicherstellen, dass es zu keinen weiteren Anrufen zu dieser Telefonnummer mehr kommt. Eine auf eine unbestimmte Vielzahl möglicher Adressaten bezogene Unterlassungserklärung führt indes zu dem Risiko, dass schon im Falle einer Fehleinschätzung der Reichweite einer vorliegenden Erklärung (dazu nachfolgend zu Frage 1.4) Vertragsstrafen verwirkt werden. Es ist auch zu beobachten, dass entsprechende Abmahnungen immer wieder auch durch Rechtsanwälte in eigenem Namen ausgesprochen werden.

Eine nicht unerhebliche Schwierigkeit bei der Verfolgung der unerlaubten Telefonwerbung ist der Umstand, dass die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, nach wie vor verschleiert oder verheimlicht wird. In diesen Fällen werden die Adressaten der unerlaubten Werbung nur selten tätig, weil sie davon ausgehen, dass der Verstoß aufgrund der fehlenden Kenntnis der Identität des Absenders nur schwer zu verfolgen sein wird.

#### **1.4 Sind Ihnen aus der anwaltlichen Praxis Schwierigkeiten hinsichtlich der Einschätzung, welche Anforderungen an erlaubte Telefonwerbung zu stellen sind, bekannt?**

Den Werbetreibenden ist regelmäßig bewusst, dass sogenannte „Cold Calls“ unzulässig sind. Hingegen haben die Unternehmen häufig Schwierigkeiten, einzuschätzen, inwieweit Telefonwerbung in laufenden Geschäftsbeziehungen oder auf Grundlage vorhandener Erklärungen von Verbrauchern zulässig ist. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte darauf bereits in ihren Stellungnahmen zum Referentenentwurf hingewiesen. Auch bereits bei der Anbahnung von Kundenbeziehungen können Schwierigkeiten bei der Einschätzung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Telefonwerbung auftreten. Hat beispielsweise ein Interessent angerufen und eine Nachricht auf dem Anrufbeantworter hinterlassen oder hat ein Kunde seine Visitenkarte übergeben, ohne gleichzeitig die ausdrückliche Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu erteilen, stellt sich aus Sicht des Unternehmens häufig die Frage, ob ein Rückruf bzw. Anruf zulässig ist. Ähnliche Schwierigkeiten stellen sich auch bei der Beendigung von Vertragsverhältnissen, etwa im Versicherungswesen und der Energieversorgung. Weit verbreitet sind hier vorformulierte Kündigungsschreiben mit der Aufforderung an den Adressaten, die Kündigung nur schriftlich zu bestätigen und von Telefonanrufen abzusehen. Dies kollidiert mit der im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Unternehmen bestehenden Verpflichtung, gekündigte oder in Stornierung geratene Verträge nachzuarbeiten, d.h. nach dem Grund der Kündigung zu fragen und einen Wechsel durch eine Verbesserung des Angebotes, etwa den Wechsel in einen anderen

Versicherungstarif oder eine vorübergehende Beitragsfreistellung, zu „retten“. Nach wie vor gibt es große Unsicherheiten auch bei seriös arbeitenden Unternehmen, die auch mit Hilfe anwaltlicher Beratung nicht beseitigt werden können. Einige Unternehmen haben sich vollständig aus dem Bereich der Telefonwerbung zurückgezogen.

### **1.5 Lassen sich Ihnen aus der anwaltlichen Praxis bekannte Sachverhalte von unerlaubter oder grenzwertiger Telefonwerbung typisieren, z. B. nach Branchen oder besonderen Erscheinungsformen?**

Es lassen sich tatsächlich unterschiedliche Arten unerlaubter bzw. grenzwertiger Telefonwerbung unterscheiden:

- Die echte Kaltakquise („Coldcalling“): Hier geht es nur darum, in möglichst kurzer Zeit möglichst viele Personen zu kontaktieren und diese zum Vertragsschluss zu bewegen. Nicht selten werden vermeintliche Vertragsabschlüsse dann aufgezeichnet und später mittels sogenannten „Voicefiles“ unter Beweis gestellt. Es kommt allerdings immer wieder vor, dass entsprechende Aufnahmen kurzerhand „zusammengeschnitten“ werden und damit einen falschen Inhalt des Gesprächs wiedergeben. Die Fälle der echten Kaltakquise scheinen zurückgegangen zu sein, was wohl einerseits auf das damit verbundene rechtliche Risiko, andererseits aber auch auf die Kosten zurückzuführen sein dürfte, die mit der wahllosen Kontaktierung beliebiger Adressaten verbunden sind.
- Sehr viel verbreiteter sind die Fälle, in denen Personen kontaktiert werden, von denen zwar keine den rechtlichen Anforderungen genügende Einwilligungserklärungen vorliegen, aber zumindest irgendwelche hinter diesen Anforderungen zurückbleibende Erklärungen oder das mögliche Interesse der Angerufenen anderweitig identifiziert und dokumentiert ist. So gibt es vor allem in bestimmten Branchen einen lebhaften Handel mit sogenannten „Leads“. Hierbei handelt es sich um Datensätze, die nach bestimmten Kriterien selektiert werden (Beispiel: Ein auf die Optimierung von Versicherungstarifen spezialisierter Makler kauft Datensätze mit Telefonnummern von Personen, die eine private Krankenversicherung haben und kontaktiert diese sodann telefonisch).

Zu dieser Kategorie unzulässiger Telefonwerbung lassen sich auch die meisten Fälle der Kundenrückgewinnung zählen. Derartige Fälle stehen der echten Kaltakquise von der Belästigungsintensität her in nichts nach, übersteigen diese zuweilen sogar. So sind etwa Fälle bekannt, in denen Verlage ehemalige Abonnenten von Zeitschriften auch noch deutlich über ein Jahr nach Beendigung des Abonnements anrufen, um diese zum Abschluss eines neuen Abonnements zu bewegen und zwar auch dann, wenn der Angerufene längst eindeutig erklärt hat, keine weiteren Anrufe mehr zu wünschen.

- Schließlich kann man die Fälle der „sozial akzeptierten“ Telefonwerbung als eigenen Typus von Telefonwerbung ansehen. Hierbei handelt es sich um Telefonwerbung, deren Belästigungsintensität gering und deren Informationswert mitunter durchaus gegeben ist. So werden selbst Rechtsanwaltskanzleien von Fachbuchhändlern angerufen und über bestimmte Neuerscheinungen informiert, ohne dass insofern ausdrückliche Einwilligungserklärungen

vorliegen. Im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen wird eine solche Art der Werbung jedoch für gewöhnlich akzeptiert und nicht abgemahnt oder anderweitig verfolgt.

- Die Fallgruppe „Vorgeschobene Umfrage“: Nach wie vor kommen Fälle von Telefonwerbung vor, bei denen der Werbecharakter des Anrufes (zunächst) verschleiert wird, etwa indem eine Umfrage oder Ähnliches vorgeschoben wird.

Allgemein lässt sich sagen, dass Telefonwerbung vor allem in bestimmten Branchen verbreitet ist. Das betrifft etwa Telekommunikationsanbieter (einschließlich Mobilfunknetzbetreiber und deren Vertriebspartner), Zeitschriftenverlage bzw. Abonnementdienste, Versicherungsmakler/Tarifoptimierer, Betreiber von Vermittlungsdiensten aller Art und Anbieter von Suchmaschinenoptimierung (SEO).

#### **1.6 Wirken Sie unmittelbar oder mittelbar bei der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung mit? Falls ja, wie?**

Die Anwaltschaft wirkt bei der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung mit, indem sie für Unternehmen und Verbraucher Abmahnungen ausspricht und für sie und klagebefugte Verbände die gerichtlichen Streitigkeiten führt.

#### **1.7 Durch die Gesetzesänderung wurde der Bußgeldrahmen erhöht, innerhalb dessen die Bundesnetzagentur unerlaubte Telefonwerbung sanktionieren kann. Wie beurteilen Sie die Praxis der Bundesnetzagentur, soweit Sie diese verfolgen?**

Im Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit fällt häufig auf, dass den werbenden Unternehmen weder der Bußgeldrahmen noch das Tätigwerden der Bundesnetzagentur bekannt ist. Während beispielsweise das Bundeskartellamt für das breite Publikum wahrnehmbar in Erscheinung tritt, scheint es der Bundesnetzagentur im Bereich der unerlaubten Telefonwerbung an einer entsprechenden Präsenz zu fehlen.

#### **1.8 Wie beurteilen Sie die institutionelle Ausgestaltung der gerichtlichen Überprüfung von Bußgeldentscheidungen der BNetzA, soweit Sie deren Praxis verfolgen?**

Hierzu kann die Bundesrechtsanwaltskammer nichts sagen, da nicht klar ist, was mit „institutioneller Ausgestaltung“ gemeint ist.

#### **1.9 Wie stehen Sie grundsätzlich zu den Neuregelungen? Haben Sie politische Handlungsempfehlungen für die künftige Regulierung unerlaubter Telefonwerbung?**

Die Bundesrechtsanwaltskammer empfiehlt nach wie vor, eine differenziertere gesetzliche Regelung betreffend der Voraussetzungen der erforderlichen Einwilligung vorzusehen. Richtig ist dabei, dass eine „vorherige“ Einwilligung zu fordern ist. Aufgegeben werden sollte hingegen die – in der Praxis ohnehin weitgehend ignorierte – Forderung nach einer „ausdrücklichen“ Einwilligung. Auch ohne ausdrückliche Erklärung kann die Einwilligung hinreichend und unzweifelhaft erklärt werden. Hier wäre der Wirtschaft – und mittelbar auch den Verbrauchern – sehr geholfen, wenn man klarere Regelungen schaffen könnte. Immer wieder problematisch ist die Frage, inwiefern Einwilligungserklärungen einer „Verfallzeit“ unterliegen und wie diese gegebenenfalls zu bemessen ist. Problematisch ist auch die Frage, wer eigentlich konkret einwilligen muss. Häufig wird hier auf den „Inhaber“ des Telefonanschlusses verwiesen. Dieser Begriff ist jedoch in keiner Weise abgegrenzt. Wer ist etwa

Inhaber, wenn es um einen Telefonanschluss in einem Unternehmen, einem Hotel, einem Krankenhaus, einer Wohngemeinschaft usw. geht? Inwiefern erlaubt gegebenenfalls die Einwilligung des „Inhabers“ auch eine Werbung gegenüber Personen, die diesen Anschluss mit benutzen? Auf jeden Fall sollte von einer Verschärfung der gesetzlichen Bestimmungen betreffend die unerlaubte Telefonwerbung, etwa der Einführung eines Formerfordernisses für die Einwilligungserklärung, abgesehen werden. Der Bundesrat hatte noch im Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung die Einführung eines Textformerfordernisses gefordert. Dem hat die Bundesregierung seinerzeit widersprochen und die Auffassung vertreten, dass ein solches Textformerfordernis für die Einwilligung in Telefonwerbung jedenfalls dann zu hohe Hürden für die Wirtschaft aufstelle, wenn den Unternehmen nicht gleichzeitig eine praktikable und rechtsbeständige Möglichkeit eröffnet wird, die erforderlichen Einwilligungen im Massenverkehr mit vertretbarem Aufwand einzuholen (BT-Drs. 16/10734, S. 23 f.). Dies ist damals wie heute zutreffend.

## **2. Fragen zur transparenten Ausgestaltung von Werbung mittels E-Mails und SMS-Diensten:**

**Gem. § 7 Abs. 2 Nr. 4 b) UWG stellt es eine unzulässige Belästigung dar, wenn mittels E-Mails, SMS oder MMS geworben wird, deren Ausgestaltung gemessen an § 6 Abs. 1 TMG intransparent ist. Im Einzelnen bedeutet dies, dass**

- **kommerzielle Kommunikation klar als solche zu erkennen sein muss;**
- **die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikation erfolgt, klar identifizierbar sein muss;**
- **Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke klar als solche erkennbar sein müssen, und die Bedingungen ihre Inanspruchnahme leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden müssen;**
- **Preisausschreiben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter klar als solche erkennbar sein müssen und die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden müssen.**

**2.1 Sind Ihnen rechtliche Auseinandersetzungen um intransparente Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 b) UWG bekannt? Bitte benennen Sie ggf. auch Auseinandersetzungen, die vor Erreichen des gerichtlichen Stadiums abgeschlossen werden konnten.**

Der Bundesrechtsanwaltskammer sind rechtliche Auseinandersetzungen um intransparente Werbung unter den spezifischen Aspekten der Neuregelung des § 7 Abs. 2 Nr. 4 b) UWG nicht bekannt. Zu den weitgehend inhaltsgleichen Anforderungen aus § 4 Nr. 3, 4 und 5 UWG a.F. liegt umfangreiche Rechtsprechung vor.

**2.2 Ist nach Ihrer Einschätzung die Abmahnung intransparenter Werbung mittels E-Mails oder SMS-Diensten mittels anwaltlicher Hilfe verbreitet? Gab es hier eine Entwicklung innerhalb der letzten fünf Jahre? Kommt es in diesem Zusammenhang nach Ihrer Einschätzung häufig zu gerichtlichen Verfahren? Gibt es in diesem Zusammenhang typisierbare tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten, die Ihnen bekannt sind?**



Nach Einschätzung der Bundesrechtsanwaltskammer ist die Abmahnung intransparenter Werbung mittels E-Mails oder SMS-Diensten mittels anwaltlicher Hilfe nicht verbreitet. Eine Zunahme der entsprechenden Abmahntätigkeit kann insofern nicht festgestellt werden. Auch gerichtliche Verfahren sind hier nicht bekannt. Im weitesten Sinne zur intransparenten E-Mail-Werbung kann auch die „Tell-a-friend“-Funktion verschiedener Online-Shops angesehen werden, die Gegenstand der Rechtsprechung, bis hin zum BGH (BGH GRUR 2013, 1259 – Empfehlungs-E-Mail) war. Ähnliches gilt für die Funktion sozialer Netzwerke, die es Mitgliedern ermöglicht, unbeteiligten Dritten Einladungs-E-Mails zukommen zu lassen (BGH NJW 2016, 3445 – Freunde finden).

### **2.3 Sind Ihnen aus der anwaltlichen Praxis Schwierigkeiten hinsichtlich der Einschätzung, welche Anforderungen an transparente Werbung mittels E-Mails oder SMS-Diensten zu stellen sind, bekannt?**

Nach Einschätzung der Bundesrechtsanwaltskammer können die werbenden Marktteilnehmer durchaus erkennen, welche Anforderungen an transparente Werbung mittels E-Mails oder SMS-Diensten eingehalten werden müssen (vgl. bereits § 4 Nr. 3, 4 und 5 UWG a.F.). Schwieriger als die Einschätzung hinsichtlich der Transparenz ist hier – ebenso wie bei der Telefonwerbung (dazu vorstehend unter 1.9 – die Einschätzung der Wirksamkeit und Reichweite der Einwilligungserklärungen.

### **2.4 Wie stehen Sie grundsätzlich zu der Neuregelung? Haben Sie politische Handlungsempfehlungen für Werbung mit E-Mails und SMS-Diensten?**

Die Neuregelung ist aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer nicht geeignet, unerlaubte Werbung mittels E-Mail- und SMS-Diensten einzudämmen, denn bereits aus den allgemeinen Bestimmungen ergeben sich weitgehend inhaltsgleiche Handlungsgebote. Es wäre aber auch im Bereich der E-Mail-Werbung sehr wichtig, klare gesetzliche Regelungen zur Einwilligungserklärung zu schaffen, die den Werbetreibenden eine zuverlässige Einschätzung erlaubt. In Literatur und Rechtsprechung ist derzeit umstritten, ob das sogenannte „Double-opt-in-Verfahren“ (auch: „Confirmed-opt-in-Verfahren“) lauterkeitsrechtlich zulässig ist, um Einwilligungserklärungen einzuholen. Bei diesem Verfahren bekommt der Adressat nach entsprechender Registrierung (etwa für einen Newsletter) zunächst eine Bestätigungs-E-Mail übersandt. Diese Bestätigungs-E-Mail enthält in der Regel einen Link, den der Adressat anklicken muss, um den Versand damit endgültig freizuschalten. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens steht und fällt mit der Beantwortung der Frage, ob bereits die erste (Bestätigungs-) E-Mail Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 UWG ist oder nicht. Hier wäre eine gesetzliche Regelung dringend zu empfehlen. Allerdings darf eine solche Regelung wiederum nicht dazu verleiten, dass zukünftig Bestätigungs-E-Mails aktiv als Werbeinstrument eingesetzt werden, etwa indem vorsätzlich auch solche Empfänger kontaktiert werden, zu denen keine vorherige Registrierung vorgenommen wurde. Es würde allerdings zu weit führen, die Zulässigkeit der Bestätigungs-E-Mail davon abhängig zu machen, dass sich der Adressat selbst registriert hat, weil es ja bei der Bestätigungs-E-Mail gerade darum geht, dies zu überprüfen. Denkbar erscheint indes, den Versand von Bestätigungs-E-Mails unter bestimmten, gesetzlich zu definierenden, Voraussetzungen von dem Verbot des § 7 UWG auszunehmen. Zu diesen Voraussetzungen könnte etwa gehören,



- dass der Bestätigungs-E-Mail eine Registrierung dieser E-Mail-Adresse vorausgegangen ist,
- dass der Absender ein System eingerichtet hat, um missbräuchliche Registrierungen, etwa mittels sogenannte Robots, zu vermeiden,
- dass bereits „gesperrte“ E-Mail-Adressen, für die bereits ausdrückliche Erklärungen vorliegen, von der Registrierbarkeit ausgenommen werden
- und schließlich, dass die Bestätigungs-E-Mail selbst neutral gestaltet ist und keinerlei Werbung im engeren Sinne (Anpreisungen, Produktangebote, Gutscheine etc.) enthält.

### **3. Fragen zur Einführung des Textformerfordernisses bei Gewinnspieldienstverträgen (§ 675 Abs. 3 BGB):**

Rückblick: Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte seinerzeit vorgeschlagen, auf die Einführung des § 675 Abs. 2 BGB zu verzichten, weil damit eine grundsätzliche Anerkennung des „Gewinnspieleintragungsvertrages“ als eigener Unterfall des Geschäftsbesorgungsvertrages einhergeht (vgl. Ziff. 4 der Stellungnahme Nr. 2/2012 und Ziff. 3 der Stellungnahme Nr. 5/2013).

#### **3.1 Liegen Informationen über Mandate vor, bei denen es um Forderungen aus Gewinnspieldienstverträgen geht? Wenn ja: Liegen Informationen über die anwaltliche Geltendmachung von Forderungen aus Gewinnspieldienstverträgen vor?**

Der Bundesrechtsanwaltskammer liegen keine entsprechenden Informationen vor.

#### **3.2 Liegen Informationen darüber vor, ob die Kammern die Geltendmachung von Forderungen aus Gewinnspieldienstverträgen, ohne dass der Anwalt sich vergewissert, ob das Textformerfordernis eingehalten wurde, als standeswidrig ansehen?**

Nachdem das Bundesverfassungsgericht 1987 die sogenannten Standesrichtlinien für unwirksam erklärt hat, verfügt die Rechtsanwaltschaft nunmehr über ein ausdifferenziertes Berufsrecht. Den regionalen Rechtsanwaltskammern obliegt nur die Überwachung der Einhaltung des spezifischen Berufsrechts. Ihnen steht hingegen nicht zu, das Verhalten von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten im Übrigen zu überwachen und dieses gegebenenfalls für „standeswidrig“ zu erklären. Insofern verwundert es nicht, dass der Bundesrechtsanwaltskammer diesbezüglich keine entsprechenden Informationen vorliegen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an rechtswidrigen Geschäftsmodellen beteiligen dürften, ohne hier irgendwelche Sanktionen fürchten zu müssen. Aus der Rechtsprechung des BGH ist sogar ein Fall bekannt, in der ein Rechtsanwalt, der Ansprüche aus Gewinnspieleintragungsverträgen geltend gemacht hat, wegen Nötigung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde (BGH NJW 2014, 401). Hierbei spielte indes die Formvorschrift des § 675 Abs. 3 BGB keine Rolle. Die entsprechenden Verträge sind vielmehr von vornherein in betrügerischer Absicht geschlossen worden und eine Eintragung in Gewinnspiele ist niemals erfolgt und war auch nicht beabsichtigt.

### **3.3 Liegen Informationen darüber vor, ob die Kammern Anwälte auf das Textformerfordernis hingewiesen haben?**

Die Belehrung der Anwaltschaft über das materielle (Zivil-) Recht ist nicht Aufgabe der Rechtsanwaltskammern.

### **3.4 Wie stehen Sie grundsätzlich zu der Neuregelung? Haben Sie politische Handlungsempfehlungen für die künftige Regulierung von telefonischen Vertragsschlüssen?**

Die Bundesrechtsanwaltskammer bleibt bei ihrer kritischen Haltung. Durch die Einführung von § 675 Abs. 3 BGB wird der Gewinnspieleintragungsvertrag als solcher anerkannt und nur einer bestimmten Form unterworfen. Damit wird es den Gerichten deutlich erschwert, entsprechende – in Textform abgeschlossene – Verträge dem Verdikt der Unwirksamkeit nach § 138 BGB zu unterwerfen. Wie der vorstehend erwähnte Fall des BGH zeigt, besteht das Problem hier nicht in der Form bzw. Formfreiheit entsprechender Verträge.

### **4. Fragen zur Einführung des § 104a UrhG (Gerichtsstand) und zur Änderung von § 97a Abs. 2 – 4 UrhG (Abmahnungen) im Urheberrecht:**

Rückblick: Die Bundesrechtsanwaltskammer hat sich gegen das Konzept des § 97a Abs. 2 bis 4 UrhG zur Missbrauchsbekämpfung ausgesprochen (vgl. insbesondere die Stellungnahme Nr. 5/2013). Die Bundesrechtsanwaltskammer hat insbesondere die Vorgaben der § 97a Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 4 UrhG für nicht zielführend, teilweise sogar für kontraproduktiv erachtet. Soweit die Bundesrechtsanwaltskammer zudem die noch im Referentenentwurf vorgesehene Regelung, wonach § 174 BGB auf die Abmahnung entsprechend Anwendung findet, kritisiert hat, so wurde dieser Kritik im Gesetzgebungsverfahren Rechnung getragen; der Gesetzgeber setzte die entsprechende Regelung nicht um. Dasselbe gilt für die ursprünglich vorgesehene Regelung, wonach eine aufgrund einer nicht den inhaltlichen Anforderungen des § 97a Abs. 2 UrhG genügende Abmahnung abgegebene Unterlassungserklärung ebenfalls unwirksam sein sollte. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte seinerzeit umfassend dargelegt, warum es für den Unterlassungsschuldner/Abmahnungsempfänger nicht stets von Vorteil ist, einer von ihm abgegebenen Unterlassungserklärung die Wirksamkeit abzuspochen. Darüber hinaus wurde auch das Konzept zur Begrenzung („Deckelung“) der vom Verletzer zu erstattenden Abmahnkosten noch einmal gegenüber dem Referentenentwurf geändert, wodurch der Kritik der Bundesrechtsanwaltskammer allerdings nur teilweise Rechnung getragen wurde. Während der Referentenentwurf noch die Einführung einer Streitwertvorschrift in § 49 GKG vorgesehen hat, wonach in bestimmten Fällen der Streitwert urheberrechtlicher Streitigkeiten auf 500 Euro bzw. – später – 1.000 Euro bestimmt werden sollte, sieht das Gesetz nunmehr in § 97a Abs. 3 Satz 2 UrhG nur noch eine Begrenzung des Aufwendungsersatzanspruches vor. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte seinerzeit ein anderes Modell zur Missbrauchsbekämpfung vorgestellt, welches vor allem auf einer Nachweispflicht der entstandenen Aufwendungen beruht.

#### **4.1 Wie stehen Sie grundsätzlich zu den Neuregelungen? Haben Sie politische Handlungsempfehlungen für die künftige Regulierung von Abmahnungen im Urheberrecht?**

1. Die Bundesrechtsanwaltskammer geht – ohne dass ihr diesbezüglich verlässliche objektive Zahlen vorliegen würden – davon aus, dass das Abmahnaufkommen bei sogenannten Filesharing-Abmahnungen in den letzten Jahren zurückgegangen ist. Gleichwohl spricht sich die Bundesrechtsanwaltskammer nach wie vor gegen die Regelungen der § 97a Abs. 2 bis 4 UrhG aus und empfiehlt, diese wieder aufzuheben und einen anderen Ansatz zur Missbrauchsbekämpfung zu verfolgen. Auch wenn es zu begrüßen ist, dass hier nicht – wie ursprünglich vorgesehen – eine generelle Begrenzung des Streitwerts bei bestimmten urheberrechtlichen Streitigkeiten im GKG vorgesehen ist, bleibt es doch dabei, dass die „Deckelung“ des Abmahnkostenersatzanspruches nach § 97a Abs. 3 UrhG zu unangemessenen Ergebnissen führt: Die Deckelung führt in der Praxis zu einer Bestimmung des den Erstattungsansprüchen zu Grunde gelegten Streitwerts. Der Bundesrechtsanwaltskammer sind jedenfalls keine Fälle bekannt, in denen ein Unterlassungsgläubiger hinsichtlich seiner Forderungen hinter dem Betrag zurückgeblieben wäre, der sich bei Zugrundelegung des in § 97a Abs. 3 UrhG bestimmten Gegenstandswertes ergibt. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte seinerzeit darauf hingewiesen, dass je nach Fallkonstellation auch ein Gegenstandswert von 500 Euro noch zu hoch sein kann, in anderen Fällen aber natürlich auch um ein Vielfaches zu gering (vgl. unter 7. lit. b der Stellungnahme 27/2012). Diese Kritik hat die Bundesrechtsanwaltskammer auch aufrechterhalten, nachdem sich der ursprünglich diskutierte Betrag von 500 Euro im abgestimmten Referentenentwurf auf 1.000 Euro erhöhte (vgl. unter 6. II. 7. der Stellungnahme Nr. 5/2013). Zielte die seinerzeit diskutierte Regelung noch auf eine Bestimmung des – für die Rechtsanwalts- und Gerichtsgebühren maßgeblichen – Gegenstandswertes ab, betrifft § 97a Abs. 3 UrhG nur noch den Aufwendungsersatzanspruch des Abmahnenden. Die entsprechende Kritik gilt hier indes gleichermaßen. Der sich unter Zugrundelegung des dort vorgesehenen Gegenstandswertes errechnete Erstattungsanspruch kann deutlich über das hinausgehen, was dem Unterlassungsgläubiger tatsächlich an Kosten entstanden ist. Wie vorstehend bereits ausgeführt, wird die Regelung in der Abmahnpraxis auch nicht als Kappungsgrenze verstanden, sondern letztlich als gesetzliche Definition der Anspruchshöhe.

Außerhalb der Fälle der Massenabmahnung, in denen die zu bekämpfenden Missbräuche zu beobachten sind, ist aber festzustellen, dass der sich nach § 97a Abs. 3 UrhG „ergebende“ Anspruch deutlich hinter dem zurückbleiben kann, was einem Rechteinhaber an Kosten für eine anwaltliche Abmahnung entstehen würde. Dies führt dazu, dass Rechteinhaber davon absehen, Rechtsanwälte zu konsultieren oder – häufiger –, dass Rechtsanwälte davon abraten müssen, bestimmte Ansprüche im Rahmen einer Abmahnung zu verfolgen. Der Rechtsanwalt muss im Rahmen seiner Beratung nämlich darauf hinweisen, dass dem Unterlassungsgläubiger durch seine Tätigkeit Kosten entstehen werden, für die der Unterlassungsgläubiger selbst dann keinen Ersatz verlangen kann, wenn eine vorsätzliche Urheberrechtsverletzung vorliegt. Dies stellt sich vor allem vor dem Hintergrund als problematisch dar, dass § 97a Abs. 1 UrhG dem Verletzten ausdrücklich aufgibt, den Verletzer vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abzumahnern.

Die Billigkeitsklausel des § 97a Abs. 3 Satz 4 UrhG, wonach die Deckelung des Aufwendungsersatzanspruches dann nicht gilt, wenn der Wert nach den „besonderen Umständen des Einzelfalles“ unbillig ist, spielt in der Praxis keine Rolle und ist nicht dazu geeignet, die vorstehende grundsätzliche Kritik an dem Regelungskonzept zu entkräften. Ausnahmevorschriften sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich eng auszulegen. Wer sich auf eine Ausnahmevorschrift beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen. Es ist zudem völlig offen, welche „besonderen Umstände“ eine Außerkraftsetzung der „Deckelung“ rechtfertigen können. Eine gefestigte Rechtsprechung hierzu hat sich nicht entwickelt (das OLG Düsseldorf ist etwa davon ausgegangen, dass die Billigkeitsregelung bereits dann anwendbar ist, wenn sich ein Verletzer über einen Copyright-Vermerk hinweggesetzt hat, OLG Düsseldorf, Urt. vom 29.08.2014, I-20 U 114/13).

Im Ergebnis wird sich jedenfalls kein Unterlassungsgläubiger darauf verlassen können, dass die Voraussetzungen der Billigkeitsklausel in seinem konkreten Fall vorliegen und er vollständige Erstattung der ihm entstandenen Kosten verlangen kann. Noch weniger wird ein abgemahnter Verbraucher einschätzen können, wann die Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung vorliegen. Nach den Angaben des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen wird immerhin in mehr als jeder dritten Abmahnung auf diese Unbilligkeitsregelung Bezug genommen (vzbv - Pressemitteilung vom 06.10.2016, abrufbar unter <http://www.vzbv.de/pressemitteilung/urheberrechtliche-verstoesse-abmahngebuehren-bleiben-hoch>).

Die Bundesrechtsanwaltskammer regt auch nach wie vor an, den im Zusammenhang mit Abmahnungen auftretenden Missbrauch dort zu bekämpfen, wo dieser seinen Ausgang nimmt: Das entscheidende Merkmal derartigen Missbrauches liegt nämlich darin, dass im Zusammenhang mit der Abmahnung Aufwendungsersatzansprüche geltend gemacht werden, denen gar kein entsprechender Aufwand zu Grunde liegt und die somit gar nicht – jedenfalls nicht in der geltend gemachten Höhe – bestehen. Ein solches Vorgehen wird – wenn auch in einem beschränkten Umfang – durch die jetzige Regelung noch gefördert, weil § 97a Abs. 2 UrhG mehr als Bestimmung der Anspruchshöhe denn als „Deckelung“ verstanden wird (dazu vorstehend unter 4.1). Nach wie vor ist zu beobachten, dass die geltend gemachten Zahlungsansprüche auf erste telefonische Rückmeldung hin reduziert werden, wenn zugleich die kurzfristige Zahlung und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung in Aussicht gestellt werden. Die zeigt deutlich, dass entsprechende Aufwendungen gar nicht entstanden sein können, denn anderenfalls würden die Abmahner erhebliche Verluste erleiden und das „Abmahngeschäft“ wäre wirtschaftlich völlig uninteressant, wenn nicht sogar ruinös. Zwischenzeitlich liegen durchaus auch Erkenntnisse vor, wonach das (Massen-) Abmahngeschäft auf Grundlage von Erfolgs- oder Pauschalhonoraren betrieben wird: So wurde etwa auf der Enthüllungsplattform Wikileaks ein Schreiben eines Frankfurter „Abmahnanwalts“ von März 2008 veröffentlicht, in welchem davon die Rede war, dass das vorgestellte (Abmahn-) Projekt ein „no cost-project“ für den Rechteinhaber sei. Im Jahr 2013 wurde von der Piratenpartei die Vorlage einer Mandatsvereinbarung einer (zwischenzeitlich nicht mehr existierenden) Abmahnkanzlei offengelegt, die lediglich eine Pauschalzahlung für eine unbestimmte Vielzahl von Abmahnungen vorgesehen hat sowie eine Aufteilung des mit den Abmahnungen erzielten „Gewinns“ zwischen Kanzlei und Rechteinhaber. Aktuell gewährt ein Urteil des Landgerichts Berlin aufschlussreiche Einblicke in die

Mandatsbeziehungen zwischen Abmahnern und „Abmahnkanzleien“ (LG Berlin, Urt. vom 29.04.2014, 3 O 102/13). Hier kam es zu einer Auseinandersetzung zwischen einer „Abmahnkanzlei“ und ihrem Auftraggeber. Der Auftraggeber hat in diesem Verfahren vorgetragen, dass das Mandat im Hinblick auf das „Kostenrisiko bei Massenverfahren“ niemals zu den gesetzlichen Gebühren erteilt worden wäre. Das Landgericht Berlin ist nach Beweisaufnahme ebenfalls davon überzeugt gewesen, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Teilung beigetriebener Zahlungen an Stelle der gesetzlichen Gebühren vereinbart haben.

Einige Gerichte zeigen, dass man diesen Missbräuchen durchaus mit den allgemeinen prozessrechtlichen Mitteln beikommen kann. So hat das AG Hamburg Klagen von Rechteinhabern mit der Begründung abgewiesen, es sei nicht dargetan, dass den Klägern unabhängig vom Prozess Erfolg tatsächlich die geltend gemachten Rechtsanwaltskosten nach RVG entstanden sind (AG Hamburg, Urt. vom 06.05.2015, 31c C 423/14 m.w.N.). Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits seinerzeit empfohlen, eine – deklaratorische – Regelung in § 97a UrhG aufzunehmen, wonach Abmahnkostenersatz nur dann gefordert werden kann, wenn der Anspruchsgläubiger die tatsächliche Zahlung bzw. Verpflichtung zur Zahlung der entsprechenden Kosten hinreichend belegt und – im Falle eines gerichtlichen Verfahrens – nachweist (vgl. unter 6. III. der Stellungnahme Nr. 5/2013). Flankierend könnte auch klargestellt werden, dass die vorsätzliche Geltendmachung nicht bestehender Aufwendungsersatzansprüche als (versuchter) Betrug zu bestrafen ist. Eine entsprechende Regelung könnte entweder als § 108c in das UrhG eingefügt werden oder als neuer Absatz 1a in § 263 StGB. Letzteres hätte den Vorteil, dass eine entsprechende Klarstellung nicht auf den Bereich der Geltendmachung angeblicher Ansprüche nach dem Urhebergesetz beschränkt wäre.

2. Was die Abschaffung des sogenannten „fliegenden Gerichtsstandes“ für bestimmte gegen Verbraucher gerichtete Klagen durch § 104a Abs. 1 UrhG betrifft, so spricht aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer nichts gegen die Beibehaltung dieser Regelung.

#### **4.2 Wie beurteilen Sie heute insbesondere die Deckelung der Rechtsanwaltskosten in 97a Abs. 3 UrhG?**

Diesbezüglich wird auf die vorstehenden Ausführungen zu 4.1 verwiesen.

\*\*\*