

Dr. Stefan Engels / Dr. Michael Stulz-Herrnstadt
Rechtsanwälte, Hamburg¹⁾

Aktuelle Rechtsfragen des Direktmarketings nach der UWG-Reform

INHALT

- A. Problemstellung und Gang der Untersuchung
- B. Begriff der „Wettbewerbshandlung“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG
 - I. Alte Rechtslage
 - II. Neue Rechtslage
 - 1. Definition und Gesetzesbegründung
 - 2. Zur „engen“ Auslegung des Begriffs „Wettbewerbshandlung“
- C. Einholung von vorformulierten Einwilligungen
 - I. Rechtsprechung
 - II. Differenzierung im Einzelfall ist rechtlich geboten
 - III. AGB-Kontrolle von Telefonklauseln
 - 1. „Ob“ der Kontrolle
 - 2. „Wie“ der Kontrolle
- D. Mutmaßliche Einwilligung bei Unternehmen
 - I. Bisherige Rechtsprechung
 - II. Bewertung
 - Generelle und typisierende Betrachtungsweise
- E. Fazit

A. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Leitmotiv der UWG-Reform sollte die Modernisierung des deutschen Wettbewerbsrechts sein, „weil das deutsche Lauterkeitsrecht (...) in vielen Beschränkungen nicht mehr zeitgemäß und im internationalen Vergleich in einzelnen Bereichen besonders restriktiv“²⁾ war. Analyse und Vorgabe stimmen, woran es letztlich fehlt, ist die konsequente Umsetzung.

Das selbst gesetzte Ziel der Liberalisierung hat die UWG-Reform nämlich nicht ganz erreicht, weil insbesondere die vorgenommene Kodifizierung – nicht zuletzt im europäischen Vergleich – eher zu einer Erstarrung, denn zu einer Flexibilisierung des Wettbewerbsrechtes führen dürfte.³⁾ Signifikantes Beispiel dafür ist die Entscheidung des Gesetzgebers für eine

1) Lovells Rechtsanwälte. Der Aufsatz geht auf ein Gutachten zurück, das die Autoren für einen Verband erstellt haben. Er gibt allein die Meinung der Autoren wieder.

2) So die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drucksache 15/1487, S. 12 (abrufbar unter www.bmj.de).

3) Allgemein zu den Auswirkungen der UWG-Reform Engels, AfP 2004, S. 316 ff.; ders./Salomon, WRP 2004, S. 32 ff.

sehr weitgehende Beschränkung des Direktmarketings und anderer (moderner) Vertriebsformen. Denn in § 7 UWG wurde eine restriktive Regulierung des Direktmarketings im Fernabsatz gewählt, wobei der Gesetzgeber die bei der Umsetzung europäischer Richtlinien vorgesehenen Spielräume – immerhin im Gegensatz zur Mehrheit der EU-Staaten – nicht genutzt hat.

Allerdings: Die UWG-Reform hat auch Spielräume eröffnet, die von der Rechtsprechung bereits genutzt werden.⁴⁾ Insbesondere mit den zum Teil enger gefassten Begrifflichkeiten gilt es jetzt, das Gesamtsystem neu zu justieren und im europäischen Kontext zu stabilisieren. Das folgende Gutachten untersucht vor diesem Hintergrund die rechtlichen Rahmenbedingungen des Direktmarketings im Fernabsatz, insbesondere des Telefonmarketings. Dabei wird zunächst der zentrale und neue Begriff des UWG – der Begriff der Wettbewerbshandlung – beleuchtet (B.). Denn nur Wettbewerbshandlungen werden von den (restriktiven) Normen des UWG erfasst.

Im Anschluß wird – mit besonderem Augenmerk auf das Telefonmarketing – den Fragen nachgegangen, ob Einwilligungen zum Direktmarketing vorformuliert erteilt werden können (C.) und wann im Verhältnis von Unternehmen untereinander ein mutmaßliches Einverständnis vorliegt (D.). Diese Fragen sind bedeutsam, da sich der Gesetzgeber im Bereich des Telefonmarketings für ein „opt-in“-Modell entschieden hat und somit Marketingmaßnahmen, die als Wettbewerbshandlung zu qualifizieren sind, grundsätzlich die Einwilligung des Verbrauchers bzw. die (zumindest) mutmaßliche Einwilligung sonstiger Marktteilnehmer erfordern.

B. Begriff der „Wettbewerbshandlung“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

Neben dem Begriff der Unlauterkeit ist der Begriff der Wettbewerbshandlung der **zentrale Anknüpfungspunkt des UWG**.⁵⁾ Denn die Tatbestände des UWG – auch § 7 UWG – setzen alleamt das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung voraus. Mit anderen Worten: Der Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten lauter oder unlauter ist, ist stets die Frage logisch vorgeordnet, ob überhaupt eine Wettbewerbshandlung vorliegt.⁶⁾

I. Alte Rechtslage

Das frühere Wettbewerbsrecht erfasste – von der Rechtsprechung **sehr weitgehend interpretiert** – bekanntlich alle „Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§ 1 UWG a. F.). Diesen beiden Tatbestandsmerkmalen kam dabei eine Doppelfunktion zu. Zum einen grenzten sie das UWG vom Deliktsrecht ab. Zum anderen dienten sie der Bestimmung der Anspruchsberechtigung des „unmittelbar verletzten Mitbewerbers“.

Beide Merkmale wurden – wie eingangs gesagt – in einem weiten Sinne verstanden. Ein Wettbewerbsverhältnis wurde bereits bejaht, wenn ein Mitbewerber durch die beanstandete Wettbewerbshandlung beeinträchtigt, d.h. im Absatz behindert oder gestört werden konnte.⁷⁾ Bei einem sich um denselben Kundenkreis bemühenden Mitbewerber war dies natürlich stets der Fall. Aber auch der bloße *mittelbare Wettbewerb* – d.h. der Wettbewerb zwischen Anbietern und Nachfragern verschiedener Waren oder Leistungen – konnte wettbewerbsrechtlich unterbunden werden, wenn durch die beeinträchtigende Wettbewerbshandlung ein konkretes Wettbewerbsverhältnis „ad hoc“ erst geschaffen wurde.⁸⁾

Schließlich wurden auch Formen unternehmerischen Handelns erfasst, die nicht zur traditionellen Werbung gehören. Die großzügige Handhabung führte nämlich dazu, dass sich den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben nicht nur die Unternehmenskommunikation (z. B. in Imagebroschüren, Kundenmagazinen), sondern auch Maßnahmen der Kundenpflege („Customer Care“ durch Qualitätskontrollen, Zufriedenheitsabfragen u. Ä.) stellen mussten.

II. Neue Rechtslage

1. Definition und Gesetzesbegründung

Die Begrifflichkeit des „Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ ist durch den Begriff der „Wettbewerbshandlung“ ersetzt worden. Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG findet das Wettbewerbsrecht Anwendung auf

„jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zu Gunsten des eigenen oder fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.“

Aus dieser Definition ergibt sich zunächst **dreierlei**:

- Erstens kann eine Wettbewerbshandlung – entsprechend bisheriger Rechtsprechung⁹⁾ – auch bei der **Förderung eines fremden Unternehmens** vorliegen.
- Zweitens wird klargestellt,¹⁰⁾ dass auch Maßnahmen des **Nachfragewettbewerbs** (d.h. der Einkauf) Wettbewerbshandlungen sein können.
- Schließlich soll das (neue) Wettbewerbsrecht nur bei **zielgerichteten Maßnahmen** der Absatz-/Bezugsförderung greifen.

In der Gesetzesbegründung wird dies bestätigt. Danach soll die Wettbewerbshandlung „...nicht nur die eigene Absatzförderung, sondern auch das Handeln von Personen, die den Wettbewerb

4) Aktuell z.B.: BGH, Urteil vom 3. November 2004, VIII ZR 375/03 zum sog. Couponverbot.

5) BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

6) BT-Drucks. 15/1487, S. 16; Engels, AfP 2004, S. 316, 324; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 1. Aufl. 2004, § 7, Rn. 18.

7) BGH, GRUR 1998, 1039, 1040 – Fotovergrößerungen.

8) Bsp.: ein Champagner unter den Mineralwässern: BGH, GRUR 1988, 453; Statt Blumen ONKO-Kaffee: BGH, GRUR 1972, 553.

9) BGH, GRUR 1964, 210, 212 – Landwirtschaftsausstellung.

10) Bereits früher bejahend BGH, GRUR 1958, 544 – Colonia; kritisch Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002, § 13 a.F., Rn. 12.

eines fremden Unternehmens fördern wollen, sowie Handlungen im Nachfragewettbewerb“ umfassen.

Allerdings ergänzt die Begründung sodann: „Nicht erforderlich ist das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses, so dass auch Unternehmen mit Monopolstellung erfasst werden.“

Damit stellt die Gesetzesbegründung – der Wortlaut des Gesetzes gibt diese Vorgabe nicht her – das Erfordernis eines „**konkreten Wettbewerbsverhältnisses**“ zwischen dem geförderten und dem benachteiligten Unternehmen in Frage, um auch Monopolunternehmen – die naturbedingt keinem Wettbewerb ausgesetzt sind – vom Anwendungsbereich zu erfassen. Ob letztere Ansicht sich dogmatisch durchsetzen kann, ist zu bezweifeln, auch wenn das Ziel nicht unplausibel ist. Denn der Begriff der Wettbewerbshandlung erfordert eine „Wettbewerbsabsicht“,¹¹⁾ die ohne Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses schwer denkbar ist. In jedem Fall erfordert nach aktueller Rechtsprechung¹²⁾ aber die Aktivlegitimation des (klagenden) Mitbewerbers nach wie vor ein konkretes Wettbewerbsverhältnis (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), weswegen dieses Erfordernis jedenfalls in diesem Streitverhältnis keinesfalls obsolet ist. Im Gegenteil: Mit Blick auf die gewollte Liberalisierung des deutschen Wettbewerbsrechts wird man auch in allen anderen Fällen eine enge Auslegung zu wählen haben.¹³⁾ Dies wird im Folgenden erläutert:

2. Zur „engen“ Auslegung des Begriffs „Wettbewerbshandlung“

a) Der neue Begriff der „Wettbewerbshandlung“ ist mit dem Begriff des „Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ zwar weitgehend, nicht aber vollständig identisch. Nicht ohne Grund: Der Entwurf zum UWG¹⁴⁾ – auf den der spätere Gesetzestext zurückgeht – nimmt nämlich diesbezüglich weitgehend Bezug auf den Begriff der Werbung, wie er in Art. 2 der „Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung“ (sog. Irreführungsrichtlinie)¹⁵⁾ definiert ist. Damit wird aber zunächst **nur** die **traditionelle unmittelbare Werbung** zum (eigentlichen) Regelungsgegenstand des UWG gemacht. Insbesondere kann aus dieser Bezugnahme **nicht** der Schluss gezogen werden, der Begriff der Wettbewerbshandlung umfasse – anders als bekanntlich das alte Recht¹⁶⁾ – zweifellos auch **mittelbare** Maßnahmen der Absatzförderung,¹⁷⁾ wie etwa echte Imagewerbung bzw. reine Unternehmenskommunikation (PR) und die bloße Kundenpflege (Serviceanrufe, Qualitätskontrollen, Feststellung von Mängeln etc.). Denn soweit der Begriff der Werbung in Art. 2 Abs. 1 der Irreführungsrichtlinie „jede

Äußerung (...) mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“ umfasst, ist von einer mittelbaren Förderung gerade nicht die Rede. Eine Bezugnahme auf mittelbare Handlungen – und daher allenfalls dort zu beachten – findet sich dagegen seit 1997 explizit nur für den Bereich der „vergleichenden Werbung“,¹⁸⁾ einem gesondert in § 6 UWG geregelten Teilbereich des Wettbewerbsrechts.

In Übereinstimmung mit dieser Bewertung spricht für einen Ausschluss mittelbarer Förderungen vom Anwendungsbereich des UWG auch der neue **Gesetzeswortlaut** des UWG selbst. Denn hier ist – wie in der Irreführungsrichtlinie – von einer „Handlung (...) mit dem Ziel“ der Wettbewerbsförderung die Rede. Nach allgemeinem Sprachverständnis sind zielgerichtete Handlungen jedoch solche, die nur direkt ihre Ziele verfolgen. Bei Serviceanrufen oder Qualitätskontrollen (etwa auch nach erfolgter Kündigung) fehlt es aber an der Absatzförderung, zumindest ist sie nicht das direkte Ziel der Maßnahme, wenn und soweit es – jedenfalls zu Beginn der Maßnahme – um die Kundenpflege geht. Diese Bewertung wird auch durch einen Vergleich mit der Wortwahl in der E-Commerce-Richtlinie bestätigt, wo – anders als im UWG – mit Bedacht der weitere, unter anderem auch Unternehmenskommunikation erfassende Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ verwendet wurde.¹⁹⁾

b) Bestehende Zweifel gegenüber dem Erfordernis einer restriktiveren Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung im Bereich mittelbarer Maßnahmen dürfte spätestens aber die anstehende **europäische Harmonisierung** des Verbraucherschutzes beseitigen. Es ist anerkannt, dass (bei gleichem Anwendungsbereich) die Begrifflichkeiten des UWG europarechtskonform auszulegen sind.²⁰⁾ Insoweit wollten auch die Ideengeber der UWG-Reform mit ihrem Entwurf und der Wahl neuer Begrifflichkeiten „die Europatauglichkeit“ des nationalen Wettbewerbsrechts sicherstellen.²¹⁾ Im Kontext dieser notwendigen richtlinienkonformen Auslegung gewinnt zentrale Bedeutung die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken („**UCP-Directive**“), die nach derzeitiger Sachlage wohl im Herbst 2005 in Kraft treten wird.²²⁾

Ziel dieser Verbraucherschutzrichtlinie ist die Schaffung eines einheitlichen europaweiten Verbotes unlauterer Werbungs- und Geschäftspraktiken. Aus diesem Grund umfasst ihr Regelungsbereich alle unternehmerischen Verhaltensweisen, wel-

11) „...Handlung (...) mit dem Ziel (...) zu fördern“.

12) BGH, GRUR 2005, 176 f.; OLG Hamburg, Urteil vom 12. August 2004, Az: 3 U 55/04.

13) Engels, AfP 2004, S. 316, 319.

14) Vgl. Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig WRP 2002, 1317, 1324.

15) Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABIEG Nr. L-250/17), geändert durch Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6. Oktober 1997 (ABIEG Nr. L-290/18).

16) BGH, GRUR 1995, 595, 596 – Kinderarbeit; BGH, GRUR 1995, 598, 599 – Ölverschmutzte Ente; BGH, GRUR 1997, 761, 763 – Politikerschelte.

17) So offenbar Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 1. Aufl. 2004, § 2, Rn. 13; Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR, 23. Aufl. 2004, § 2, Rn. 23. Wohl in diesem Sinne zu Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABIEG Nr. L-250/17); Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1034.

18) Vergleichende Werbung: „Jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht“, vgl. Art. 2a Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABIEG Nr. L-250/17), geändert durch Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6. Oktober 1997 (ABIEG Nr. L-290/18).

19) Nach Art. 2f der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („E-Commerce-Richtlinie“), ABIEG 2000 Nr. L- 178/1 ist kommerzielle Kommunikation: „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt“.

20) Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR, 23. Aufl. 2004, § 2, Rn. 4 u. 49.

21) Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig WRP 2002, 1317, 1324.

22) Die Richtlinie wurde formell im Wettbewerbsfähigkeitsrat am 18. April 2005 gebilligt.

che die Entscheidung darüber beeinflussen, ob der Verbraucher ein Produkt kaufen soll oder nicht, und wenn ja, von wem. Mit anderen Worten soll der gesamte Bereich unlauterer Werbungs- und Marketingmethoden (voll)harmonisiert werden.²³⁾ Ausgenommen von der Harmonisierung sind insbesondere nur Vorschriften der Mitgliedstaaten zu Fragen der Unternehmensbeziehungen, des Geschmacks, des Anstandes, der Gesundheit oder der Sicherheit.

Von Interesse ist dabei der **Begriff** der „Geschäftspraktiken“. Denn die Richtlinie versteht unter Geschäftspraktiken ebenfalls nur jede „unmittelbare (...) Handlung“.²⁴⁾ Bereits aus diesem Wortlaut folgt, dass dieser Begriff insoweit eng gefasst ist, als er davon absieht, Handlungsweisen zu erfassen, die lediglich „mittelbar“ der Absatzförderung dienen oder bloß das Erscheinungsbild eines Unternehmens fördern sollen. Dass diese Einschränkung bewusst erfolgte, ergibt sich auch aus den Erwägungsgründen der Richtlinie. Denn der europäische Gesetzgeber will – unter Verweis auf das auch auf europäischer Ebene geltende Verhältnismäßigkeitsprinzip – den Verbraucher nur vor den Auswirkungen solcher unlauterer Geschäftspraktiken schützen, die unmittelbar der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers und nicht vorrangig anderen Zielen dienen.²⁵⁾ Soweit es also auch im Anwendungsbereich des UWG um Marketingmaßnahmen gegenüber Verbrauchern geht, sollte der Begriff der „Wettbewerbshandlung“ **richtlinienkonform** (eng) ausgelegt werden.

Diese **Auslegungspflicht** greift im Übrigen auch bereits **im Vorfeld der Richtlinienumsetzung**. Denn die Gerichte sind an einer richtlinienkonformen Auslegung nicht dadurch gehindert, dass die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen ist. Lässt sich Richtlinienkonformität mittels einfacher Auslegung im nationalen Recht herstellen, so ist der Richter jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis befugt, sein bisheriges Auslegungsergebnis zu korrigieren und vor Ablauf der Umsetzungsfrist den geänderten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen.²⁶⁾ Somit ist die nationale Rechtsprechung nicht gehindert – ihren teilweise schon eingeschlagenen Weg²⁷⁾ der engeren Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung – weiter zu verfolgen. Entscheidend ist jedoch, dass die geplante Änderung auf europäischer Ebene in Kraft tritt; vorher kann sie zur Auslegung nicht herangezogen werden.

Mittlerweile hat der Rat am 21. April 2005 die UCP-Directive angenommen. Sie tritt nach Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft.

c) Die vorstehende Auseinandersetzung zeigt klar, dass der Begriff der „Wettbewerbshandlung“ enger ausgelegt werden muss als die altbewährte Begriffkombination „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“. Ob und inwieweit deshalb Monopolunternehmen nicht dem Wettbewerbsrecht unterworfen sind, muss hier nicht entschieden werden, wengleich insoweit entweder mit dem „aktuellen“ Wettbewerbsverhältnis oder im Verhältnis zum Verbraucher mit dem vertikalen Wettbewerbsverhältnis argumentiert werden kann. Klar ist in jedem Fall, dass sowohl die (bloße) Unternehmenskommunikation als auch alle Maßnahmen der Kundenpflege nicht als Wettbewerbshandlungen im Sinne des neuen Rechts zu klassifizieren sind, da ihnen die Absicht der Absatzförderung fehlt. Dies gilt natürlich nur insoweit, als tatsächlich ganz überwiegend andere Kommunikationsziele als das der Absatzförderung verfolgt werden. Solange also eine Kundenzeitschrift nicht direkt zur Absatzförderung eingesetzt wird (z. B. durch Hinweise auf konkrete Produkte), greifen nur die allgemeinen zivilrechtlichen Schranken. Mehr noch: Solche Kundenzeitschriften können sich auch auf die Meinungs- und Pressefreiheit berufen.

Auch und gerade Maßnahmen der Kundenpflege (Serviceanrufe, Qualitätskontrollen, Kundenzufriedenheitsabfragen, Meinungsumfragen usw.) werden deshalb ebenfalls nicht vom neuen Wettbewerbsrecht geregelt, da es nicht um Absatzförderung geht. Dies gilt selbst dann, wenn im Rahmen der Kundenpflege – z. B. auf Veranlassung des kontaktierten Kunden – später werblich gehandelt wird. Zwar wird man dann womöglich auf den betreffenden Maßnahmenabschnitt das Wettbewerbsrecht anwenden müssen, die gesamte Maßnahme der Kundenpflege wird dadurch allerdings nicht „kontaminiert“. Allerdings ist dafür Voraussetzung, dass – wie gesagt – in der Gesamtschau der Maßnahme tatsächlich die Kundenpflege im Vordergrund steht bzw. diese nicht bloß Vorwand für den Absatz von Waren oder Dienstleistungen ist.

C. Einholung von vorformulierten Einwilligungen

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG liegt eine unzumutbare Belästigung gegenüber Verbrauchern „bei einer Werbung mit Telefonanrufen (...) ohne deren Einwilligung“ vor. Bekanntlich hat sich der deutsche Gesetzgeber mit dieser Regelung für die „opt-in“- und gegen eine – nach Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation²⁸⁾ mögliche – „opt-out“-Lösung entschieden. Der Bundesrat hatte sich im Interesse der Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen der deutschen Direktmarketing-Unternehmen im europäischen Markt noch für eine „opt-out“-Lösung ausgesprochen.²⁹⁾

23) Vgl.: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_de.htm

24) Vgl. Art. 2 des Richtlinienentwurfs (abgedruckt unter, siehe vorherige Fußnote).

25) Vgl. Erwägungsgründe 6 f. der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

26) BGHZ 138, 55 ff.; OLG Schleswig-Holstein, OLG Schleswig 2000, 181 f.; in diesem Sinn *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, Seite 352 f.

27) Dass eine engere Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung auch Chancen vor der höchstrichterlichen Rechtsprechung hätte, zeigt ein Beschluss des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2002. Hier hatte das Gericht – noch nach alter Rechtslage – ein Rundschreiben an Versicherungsnehmer durch eine Lebensversicherung, das die Ersetzung von für unwirksam erklärten Versicherungsbedingungen zum Gegenstand hatte, nicht als Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gewertet (BGH WRP 2003, 76, 77). Da aber für das alte UWG anerkannt war, dass auch Maßnahmen, die der (un)mittelbaren Erhaltung des bisherigen Kundenstammes dienen, als Wettbewerbshandlung qualifiziert werden können, hätte das Gericht auch argumentieren können, dass die Ersetzung unwirksamer durch „neue“ Versicherungsbedingungen den vertraglichen Status neu definiert und damit die Vertragspartner (der bisherige Kundenstamm) gehalten werden sollen. Aus diesem Grund ist dieser Beschluss als höchstrichterliches Beispiel einer engeren Auslegung des Anwendungsbereichs des UWG zu werten, auch wenn er vom nicht speziell mit wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten befassten Senat erging.

28) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); ABIEG 2002, Nr. L 201/37 (46).

29) BR-Drucks. 301/03, Ziffer 13.

Die jetzige Regelung entspricht dem **Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung** zu § 1 UWG a.F., unerbetene telefonische Anrufe („Cold Calls“) als wettbewerbswidrig einzustufen.³⁰⁾ Gerechtfertigt wird diese Missbilligung heutzutage nur noch mit der besonders schweren Beeinträchtigung der Privatsphäre, die ein unerwünschter Anruf darstelle. Gleichwohl steht dieser restriktive Ansatz im Bereich der Telefonwerbung nach wie vor im diametralen Widerspruch zur Rechtmäßigkeit des Vertreterbesuchs.³¹⁾ Denn die Haustürwerbung ist auch ohne vorherige Einwilligung zulässig³²⁾ und dies, obwohl ein Telefonat wesentlich leichter beendet werden kann, als ein unerbetener Hausbesuch.

Soweit folglich die erforderlichen Einwilligungen schriftlich oder mündlich bei den Verbrauchern – und zwar vorab³³⁾ – eingeholt werden müssen, gewinnt die Frage nach der Möglichkeit der Einholung von Einwilligungen in so genannten Telefonklauseln besondere Bedeutung.

I. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung steht vorformulierten Einwilligungen in Telefonwerbung skeptisch gegenüber und bewertet diese u. U. als unangemessene Benachteiligung des Kunden (§ 307 Abs. 1 BGB). Begründet wird dies recht pauschal mit den massiven Gefahren für die Privatsphäre der Kunden, weil eine derartige Praxis der Telefonwerbung die Mitbewerber zur Nachahmung zwingen würde.³⁴⁾

Beachtenswert ist jedoch, dass Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung regelmäßig Sachverhaltskonstellationen waren, in denen es in der Tat um (zweifelhafte) in umfangreichen Verträgen „versteckte“ Einwilligungen ging, die zudem im Einzelnen auch nicht wirklich zur Disposition des Kunden standen (Bank-/Versicherungsverträge).³⁵⁾ Dessen ungeachtet will eine Auffassung Telefonklauseln – auch gesondert zu unterschreibende – generell für unzulässig erklären. Die praktischen **Konsequenzen** einer derartigen generalisierenden Betrachtung wären fatal.

Ginge man nämlich davon aus, dass jede formularmäßige Einwilligung generell unzulässige AGB-Regelungen darstellten, müssten sie stets ausgehandelt werden. Denn nur in diesem Fall stellten sie keine AGB-Regelung dar (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang jedoch die hohen rechtlichen Anforderungen, die an das Vorliegen des „Aushandelns“ gestellt werden (ein Mehr gegenüber dem blo-

ßen Verhandeln),³⁶⁾ dann würde eine derartige Betrachtungsweise darauf hinauslaufen, dass eine Einwilligung in der Praxis äußerst schwer zu erteilen sein wird, weil sie im Zweifel formularmäßig und damit generell unzulässig wäre.³⁷⁾ Selbst mündliche Abreden bieten hier keinen Ausweg. Denn auch diese können nach der Rechtsprechung AGB darstellen, wobei es sogar genügen soll, dass die ausgearbeitete Klausel vom Verwender lediglich dem Gedächtnis entnommen wird.³⁸⁾

II. Differenzierung im Einzelfall ist rechtlich geboten

Dass eine derartig restriktive Auffassung rechtlich und tatsächlich nicht haltbar ist, ergibt sich aus diversen Gründen, die im Folgenden dargelegt werden. Vielmehr ist eine Differenzierung nach der Gestaltung der Einwilligungseinholung geboten.

Zum einen wird die eigentliche Zielsetzung der UWG-Reform – **Liberalisierung** – durch die bisherige Rechtsprechung zur formularmäßigen Einwilligung im Bereich des Marketings in ihr Gegenteil verkehrt, wenn es Unternehmen mit einer Vielzahl von Kunden – über die „Einbruchstellen“ des Zivilrechts – nun faktisch-rechtlich unmöglich gemacht wird, eine Einwilligung herbeizuführen, obwohl das Gesetz die Einholung derselben vorsieht. Gerade die generalklauselartigen Normen des Zivilrechts – wie eben § 307 BGB – müssen im Lichte der Grundgedanken der wesentlichen Regelung im Gesetzeskontext ausgelegt werden. Mehr noch: Die Auslegung selbst darf keinen Verstoß gegen europäische Vorgaben darstellen. Ein solcher läge aber vor, sollte die Einholung eines „opt-in“ über den „Umweg“ einer restriktiven AGB-Kontrolle in Kombination mit strengen Maßstäben zur Frage des Aushandelns de facto unmöglich gemacht werden. Denn Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation³⁹⁾ – dessen Umsetzung § 7 Abs. 2 UWG dient – sieht für die EU-Mitgliedstaaten als Mindestanforderung gerade die (praktikable) Möglichkeit des „opt-in“ vor. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, diese europäischen Maßstäbe zu beachten und jeder Aufweichung bzw. Ausbeugung entgegenzutreten.

Zum anderen „bevormundet“ diese Rechtsprechung den Verbraucher, der – insbesondere nach dem nun auch in Deutschland geltenden Verbraucherleitbild des „durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers“ (...), der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt⁴⁰⁾ – doch eigentlich mündig sein sollte. Dem anerkannten **Verbraucherleitbild** kommt dabei auch eine grundlegende Funktion zu. Denn es definiert das Maß an Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers und damit gleichzeitig das Maß an Rücksichtnahme durch den Unternehmer. Bezogen

30) BGHZ 54, 188, 190 – Telefonwerbung I; BGH, GRUR 1989, 753, 754 – Telefonwerbung II; BGH, GRUR 1990, 280, 281 – Telefonwerbung III; BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; BGH, GRUR 1995, 220, 221 – Telefonwerbung V.

31) Hierzu *Paschke*, Die Neuordnung privatrechtlicher Grundlagen des Telefonmarketings 2002.

32) BGHZ 54, 188, 193; BGH, GRUR 1994, 380, 382.

33) Das Einverständnis mit einer Telefonwerbung muss nach steter Rechtsprechung vor dem Gespräch vorliegen, da bei der nachträglichen Billigung die „Störung“ bereits stattgefunden hat, vgl. BGH, GRUR 1991, 764 – Telefonwerbung IV; BGH, NJW 2002, 2038, 2039 – Werbefinanzierte Telefongespräche.

34) BGHZ 141, 124, 128; BGHZ 141, 137, 149 – Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit; BGH, NJW 1999, 1864 ff.; dieser Auffassung folgend LG Hamburg, AfP 2001, 151; LG München I, CR 2001, 470, 471 – Payback.

35) Bsp. BGH NJW, 1999, 1864 ff.

36) Insbesondere erfordert das Aushandeln, dass die Regelung ernsthaft zur Disposition gestellt wird und dem Kunden die reale Möglichkeit gegeben wird, den Inhalt der Vertragsbedingung zur Wahrung seiner eigenen Interessen zu beeinflussen, vgl. BGH NJW 1992, 1107; BGH NJW 2000, 1110.

37) Vgl. auch Ayad/Schafft, BB 2002, 1711, 1712.

38) BGH, NJW 1999, 2180, 2181; BGH, NJW 1988, 410.

39) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); ABIEG 2002, Nr. L 201/37 (46).

40) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG: BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

auf die Willensbildung und die sonstigen Rechte und Rechtsgüter des Verbrauchers bedeutet dies, dass v.a. das Verbraucherleitbild entscheidet, in welchem Maße der Unternehmer auf den Willen des Verbrauchers Einfluss nehmen darf bzw. welches Maß an Einwirkung der Verbraucher hinnehmen muss.⁴¹⁾ Berücksichtigt man diese Grundsätze, steht fest: Der mündige Verbraucher kann durchaus ein wirtschaftliches Interesse an einer telefonischen Beratung haben – aber auch für ihn wäre die Erteilung eines individuell ausgehandelten Einverständnisses praxisuntauglich.⁴²⁾

Nicht zuletzt entsteht mit der bisherigen Rechtsprechung aber auch ein nicht zu begründender **Wertungswiderspruch** zu anderen formularmäßigen Einverständniserklärungen. So sind etwa beim **ärztlichen Heileingriff** – trotz des höherrangigen Rechtsgutes der Gesundheit – formularmäßige Einwilligungserklärungen nicht per se unwirksam.⁴³⁾ Gleiches gilt auch für **datenschutzrechtliche** Einwilligungserklärungen. Dies ist insoweit bemerkenswert, als die datenschutzrechtliche Erklärungs- und Aufklärungspflicht – wie die Telefonklausel des UWG – aus dem gleichen Schutzgut hergeleitet wird: nämlich dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.⁴⁴⁾

Aus den genannten Gründen ist richtigerweise bei vorformulierten Einwilligungserklärungen jeweils im Einzelfall zu differenzieren und zwar so, dass auch das „**Wie**“ der Erklärung berücksichtigt wird.⁴⁵⁾ Grundlage jeder differenzierten Betrachtungsweise müssen dabei die allgemeinen Regeln der AGB-Kontrolle sein, wobei sich insbesondere vom übrigen Kommunikationsinhalt getrennte, gesondert zu „erteilende“ **Einwilligungserklärungen** („Telefonklausel“) als unbedenklich erweisen sollten.

III. AGB-Kontrolle von Telefonklauseln

Bei den allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben für die Erteilung formularmäßiger Einwilligungen, sind folgende Problemkreise zu unterscheiden:

1. „Ob“ der Kontrolle

Zunächst stellt sich die Frage, ob die formularmäßige Einwilligungserklärung überhaupt als AGB zu qualifizieren ist. Wäre dies zu verneinen, unterlägen die Einwilligungserklärungen keiner Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB und damit nicht den strengen Transparenzanforderungen (§ 307 BGB) oder dem Grundsatz der „kundenfreundlichsten Auslegung“ (§ 305c Abs. 2 BGB).

AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt

(§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB). Ob dies bei vorformulierten Einwilligungserklärungen der Fall ist, ist fraglich. Denn die Einwilligungserklärung selbst stellt keine Vertragsbedingung im eigentlichen Sinne dar, sondern ist eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des Verbrauchers.

a) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung wendet die **AGB-Kontrolle** mit Rücksicht auf den Schutzzweck des Gesetzes auch auf **vorformulierte** einseitige rechtsgeschäftliche **Erklärungen** an, „sofern sie nur im Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung stehen, ohne deren rechtlicher Bestandteil zu sein“.⁴⁶⁾ Nach Ansicht der Rechtsprechung ergibt sich die Notwendigkeit der AGB-Kontrolle vor dem Hintergrund, dass der Kunde keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt habe, weil der Verwender bei der von den Kunden abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit – wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes – für sich in Anspruch nehme.

Dies soll selbst dann gelten, wenn der Kunde die getrennt bereitgehaltene Einwilligungserklärung gesondert erteilt oder sogar beim Ankreuzen bzw. beim Wegstreichen die Wahl zwischen bestimmten Optionen – etwa „ist der mit der telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten einverstanden / nicht einverstanden“ – hat.⁴⁷⁾

b) Bewertung

(1) Unter Zugrundelegung der genannten Entscheidungen käme es zunächst darauf an, welche Anforderungen an das Merkmal **„Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung“** zu stellen sind. Den zitierten Entscheidungen ist gemein, dass dort jeweils der gleichzeitige Abschluss eines zweiseitigen Vertrages zumindest angestrebt war, was aber nicht allen Marketingmaßnahmen gemein sein muss. Insoweit stellt sich die Frage, ob keine AGB-Klauseln vorliegen, wenn die vorformulierte Einwilligung längere Zeit vor oder nach einem Vertragsschluss angeboten wird.

Für letztere Ansicht sprechen frühere Entscheidungen des BGH, wo sich die Andeutung findet, dass Voraussetzung für das Vorliegen von AGB-Klauseln zumindest ein zeitnahe Angebot oder eine Aufforderung zu einem Angebot sein muss.⁴⁸⁾ Auch Teile der Literatur gehen davon aus, dass bei einseitigen Rechtsgeschäften das Merkmal des einseitigen Stellens von Vertragsbedingungen durch den Verwender nur in Betracht komme, wenn sie mit dem Vertrag in einem engen Zusammenhang stünden, da nur dann die einseitige Gestaltungsmacht für den Vertrag auf die Gestaltung des einseitigen Rechtsgeschäfts ausstrahle.⁴⁹⁾ Diese Auffassung kann sich auf den Wortlaut des § 305 BGB („Vertragsbedingungen“) berufen, denn von diesem werden (gesonderte) einseitige Erklärungen eben nicht erfasst.

Wahrscheinlicher erscheint es jedoch, dass die Rechtsprechung es bereits als ausreichend erachtet, dass die rechtsgeschäftliche

41) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 1, Rn. 18.

42) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 7, Rn. 47; Ayad/Schafft BB 2002, 1711, 1712 ff.; Lettli, GRUR 2000, 977, 979.

43) Gounalakis, NJW 1990, 752 m.w.N.; Teichner, NJW 2002, 276 f.; allgemein zur Form der Einwilligung: OLG Köln, NJW 1978, 1691; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB (26. Aufl.), § 223, Rn. 43 m.w.N.

44) Hierauf weisen bereits Ayad/Schafft BB 2002; 1711, 1714, zutreffend hin.

45) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 7, Rn. 47 m.w.N.

46) BGH, NJW 1999, 1864 – Telefonwerbung VI; vgl. auch BGHZ 95, 362, 363 f.; BGH, NJW 1986, 2428, 2429.

47) BGH, NJW 1999, 1864 – Telefonwerbung VI.

48) BGH, NJW 1987, 2867; BGH, NJW 1987, 2011.

49) Wolf/Horn/Lindacher Kommentar zum AGBG, § 1 Rn. 10.

Erklärung (auch) dazu dienen soll, Verträge abzuschließen bzw. anzubahnen. Nach Tendenzen der derzeitigen Rechtsprechung stellen nämlich selbst Erklärungen, die nur ein **vorvertragliches Rechtsverhältnis** begründen sollen, AGB-Regelungen dar; dabei soll es unerheblich sein, ob es später zu einem Vertragsschluss kommt.⁵⁰⁾ Gleiches könnte jedoch auch für Einwilligungserklärungen, die sich auf spätere Telefonate zum Zweck des Vertragsschlusses erstrecken, gelten. Denn der Kunde gibt eine einseitige Willenserklärung in der Vorstellung ab, damit ein vorvertragliches Rechtsverhältnis auszugestalten, nämlich der Gegenseite zu erlauben, ihn zwecks Anbahnung von Verträgen anzurufen. Im Übrigen könnte auch darauf abgestellt werden, dass zum Teil ein Vertrag ja bereits bestehe (etwa mit Abonnenten) und bereits deshalb der Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung gegeben sei.

(2) Lehnt man das Vorliegen einer AGB-Regelung nicht schon wegen des fehlenden „Zusammenhangs“ zwischen der vorformulierten Einwilligung mit der eigentlichen „vertraglichen Beziehung“ ab, so ist weiterhin in jedem Einzelfall zu differenzieren. Ausgangspunkt für die Frage, ob AGB-Regeln vorliegen, kann dabei allein der Schutzzweck der AGB-Kontrolle sein. **Ziel der AGB-Kontrolle** ist die Sicherstellung eines ausreichenden Maßes an Vertragsgerechtigkeit bei der Verwendung von AGB. Denn in der Regel wird der Verwender keine Schwierigkeiten haben, seine AGB zum Vertragsinhalt zu machen, während der Kunde diese – meist ohne von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen – akzeptiert. Mit anderen Worten: Die Frage des „Ob“ der Anwendung der AGB-Kontrolle auf vorformulierte Erklärungen setzt die Gefahr einer unausgewogenen Risikoverteilung voraus, wie sie typischerweise herbeigeführt wird, wenn der Kunde die von dem Unternehmer aufgestellten Regeln (passiv) widerspruchslos hinnimmt.

Hiervon, d.h. von einer einseitigen „Gestaltungsmacht“ des Verwenders, kann jedoch zumindest bei Einwilligungserklärungen durch **gesonderte Erteilung** oder durch die **Wahl zwischen „Ja-/Nein-Optionen“** schwerlich gesprochen werden.⁵¹⁾ Denn anders als bei fixen Einverständniserklärungen hat es der Kunde selbst „in der Hand“ durch Verweigerung das einseitige Rechtsgeschäft (Einverständnis) nicht zu Stande kommen zu lassen.

Es besteht auch kein Bedürfnis, die restriktiven Rechtsprechungsgrundsätze deshalb auf isolierte Erklärungen zu übertragen, weil der Kunde beim Ankreuzen derartiger Optionen eventuell die volle Wirkung seiner Erklärung nicht abschätzen kann.⁵²⁾ Denn insoweit ist zu beachten, dass der Kunde das Einverständnis jederzeit **widerrufen** kann. Der Einwand der Rechtsprechung, dass durch einen solchen Widerruf die Last

zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre unzulässigerweise dem Kunden aufgebürdet würde,⁵³⁾ überzeugt nicht. Denn sie vernachlässigt, dass der Kunde durch die gesonderte Erklärung zunächst selbst auf seinen Privatsphärenschutz verzichtet hat; sie befreit den Kunden – wiederum entgegen dem Leitbild vom verständigen Verbraucher – von jeglicher Eigenverantwortlichkeit. Es kann im Bereich des Direktmarketings aber nichts anderes gelten als wenn ein Verbraucher im Fernabsatz Verträge schließt und später die ihm gesetzlich zugewiesene Möglichkeit des Widerrufs wahrnimmt. Dies dürfte im Sinne des Verbraucherschutzes zumutbar⁵⁴⁾ sein.⁵⁵⁾

2. „Wie“ der Kontrolle

Unterstellt man selbst getrennt bereitgehaltene und gesondert zu erteilende Einwilligungen („Telefonklauseln“) entgegen den vorstehenden Ausführungen der AGB-Kontrolle, so müssen derartige Erklärungen insbesondere wirksam einbezogen worden sein (a.) und dürfen den Kunden nicht unangemessen benachteiligen (b.).

a) Überraschende Klausel

An einer wirksamen Einbeziehung fehlt es bereits, wenn die Telefonklausel überraschend im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB ist. Dies erfordert in **objektiver** Hinsicht das Vorliegen einer ungewöhnlichen Klausel, d. h. einer Klausel, die auf Grund der Gesamtumstände mit dem Leitbild des Vertrages nicht vereinbar ist.⁵⁶⁾

Zu diesem objektiven Merkmal muss als zweite Voraussetzung ein **subjektives** Merkmal treten, nämlich das **Überraschungsmoment** des Kunden, der mit der Klausel nicht zu rechnen braucht. Letzteres liegt vor, wenn zwischen den Erwartungen des Kunden und dem Klauselinhalt eine Diskrepanz besteht, der Klausel also ein **Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt** innewohnt.⁵⁷⁾ Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Klausel in den Vertragsbedingungen an versteckter Stelle untergebracht ist oder nach dem Verlauf der Vertragsgespräche nicht zu erwarten war.⁵⁸⁾

Zumindest an eben diesem (subjektiven) Überraschungsmoment fehlt es aber, wenn der Kunde auf Grund ihrer Positionierung die Klausel sehen muss oder gar auf sie hingewiesen wird⁵⁹⁾ – wie es bei **gesondert zu erteilenden** oder anzukreuzenden **Einverständniserklärungen** der Fall ist. Auch werden die Kunden von gesondert dargestellten (sprich: vom übrigen Text – z.B. durch Hervorhebung – klar abgegrenzten) Telefon-

50) So hat der BGH die in einem Supermarkt ausgehängte Klausel, nicht vor Betreten des Marktes abgegebene Taschen würden ggf. kontrolliert, als AGB bewertet. Da sich aber die Klausel auch auf lediglich vorvertragliche Rechtsverhältnisse bezog, d.h. die Taschenkontrolle nicht vom späteren Zustandekommen eines Kaufvertrages abhängig machte, genügte dem BGH in diesem Fall, dass „ein allgemeiner Hinweis beim Empfänger den Eindruck hervorruft, es solle damit der Inhalt eines (vor-)vertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden“, vgl. BGH in NJW 1996, 2574, 2575 – Taschenkontrolle im Supermarkt; ebenso *Ulmer/Brandner/Hensen*, Kommentar zum ABGB, § 1 Rn. 13; i.E. auch *Ayad/Schafft*, BB 2002, 1711, 1713.

51) So auch *Lettl*, NJW 2001, 42, 43 f.; a. A. wohl *Heinrichs*, in: Palandt, BGB (64. Aufl.), § 305, Rn. 6.

52) *Röhrborn*, CR 2001, 472, 473.

53) BGH, GRUR 2000, 818, 819 – Telefonwerbung VI; LG München I, CR 2001, 470, 471.

54) So wohl auch i.E. *Graf v. Westphalen*, BB 1999, 1130, 1131 f.

55) Lehnt man vorstehende Erwägungen ab, so dürften unter Wertungsgesichtspunkten für isolierte Einwilligungserklärungen zumindest keine strengeren Maßstäbe angelegt werden als sie für vertragliche Leistungsbeschreibungen – d.h. Klauseln, die Art, Umfang oder Güte der geschuldeten Leistung festlegen – gelten (vgl. auch *Ayad/Schafft*, BB 2002, 1711, 1714). Nach steter Rechtsprechung sind aber Leistungsbeschreibungen nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterworfen (BGHZ 100, 173; BGH, NJW 1993, 2369; BGH, NJW 2001, 2014). Für sie findet vornehmlich „nur“ die Transparenzkontrolle Anwendung, d.h. sie müssen „klar und verständlich“ sein (§§ 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB).

56) BGHZ 121, 113.

57) BGHZ 84, 113, 130; BGHZ 100, 85.

58) BGH, NJW 1987, 2011; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 370; KG NJW-RR 2002, 490.

59) BGHZ 47, 210; BGHZ 131, 55.

klauseln natürlich nicht überrascht. An solche Telefonklauseln sind die Marktteilnehmer schließlich auch gewöhnt, da sie seit Jahren ohne größere Beanstandungen eingesetzt werden, womit sogar die Ungewöhnlichkeit objektiv entfallen sein sollte.

b) Unangemessene Benachteiligung

Damit verbleibt als zentrale Frage die unangemessene Benachteiligung durch formularmäßige Einwilligungserklärungen (**Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB**). Wie bereits dargelegt, ist die unangemessene Benachteiligung pauschal nicht begründbar. Eine dogmatische Auseinandersetzung mit der gesetzlich vorgesehenen Inhaltskontrolle lassen die Verfechter dieser rigiden Position daher auch vermissen. Entscheidend kann nur sein, ob im Einzelfall der Verwender durch die Klausel missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Kunden durchzusetzen versucht.⁶⁰⁾

Die Kernregelung der Inhaltskontrolle in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB erklärt alle AGB für unwirksam, die den Verwendungsgegner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dabei enthält Abs. 2 Regelbeispiele, bei deren Vorliegen „im Zweifel“ eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen ist. Relevanz für vorformulierte Einwilligungserklärungen erlangt dabei Abs. 2 Nr. 1, nämlich die Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzesrechtes (1.). Durch die Anfügung des Satzes 2 in Abs. 1 ist nunmehr in den Gesetzestext das sog. Transparenzgebot aufgenommen, wonach eine unangemessene Benachteiligung auch dadurch begründet werden kann (nicht aber muss), dass die beiderseitigen Rechte und Pflichten nicht klar und hinreichend deutlich umschrieben sind (2.). Bei Verneinung der Unwirksamkeit nach diesen typisierten Fällen ist die Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen (3.).

(1) Vorformulierte Einwilligungen stehen den **wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung** – dem UWG – jedenfalls nicht entgegen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Soweit der Bundesgerichtshof zur alten Rechtslage – allerdings stets für Einwilligungen in umfangreichen Vertragstexten – hierauf pauschal abstellte,⁶¹⁾ liegt zumindest für getrennt bereitgehaltene und gesondert zu erteilende Telefonklauseln ein Zirkelschluss vor. Denn das neue UWG billigt – entsprechend steter Rechtsprechung – gerade im Falle einer Einwilligung eine telefonische Werbung. Aus diesem Grund kann bei der Prüfung der Frage, wann eine solche Einwilligung wirksam erteilt wurde, nicht die (angebliche) Abweichung von der gesetzlichen Regelung als Begründung für die Unangemessenheit der Klausel herangezogen werden.⁶²⁾ Vielmehr müssen insoweit gerade auch die europäischen Vorgaben – insbesondere Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁶³⁾ – berücksichtigt werden, die für die Fälle individueller Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern den Unternehmen zumin-

dest die Möglichkeit des „opt-in“ – und zwar in praktikabler Weise – eröffnen.

(2) Unwirksam kann hingegen eine vorformulierte Einverständniserklärung sein, wenn sie für den Kunden **„nicht klar und verständlich ist“** (Verstoß gegen das **Transparenzgebot**). Maßstab der Transparenzkontrolle ist der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Kunde,⁶⁴⁾ wie er bei Verträgen der in Rede stehenden Art üblicherweise anzutreffen ist.⁶⁵⁾

Nach den bisherigen Grundsätzen der Rechtsprechung zum Transparenzgebot ist der Verwender von AGB entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dabei reicht es nicht, dass die Klausel in ihrer Formulierung für den Vertragspartner verständlich ist. Vielmehr gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel die wirtschaftlichen **Nachteile und Belastungen** so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.⁶⁶⁾

Das Transparenzgebot darf aber – schon wegen der Gefahr der Überforderung des Kunden – auch nach der Rechtsprechung **nicht überspannt** werden. Denn mit dem Transparenzgebot nicht mehr zu vereinbaren wäre es, wollte man dem Klauselverwender abverlangen, alle denkbaren Auswirkungen der Regelung darzulegen.⁶⁷⁾ Eine umfassende Kommentierung der Regelung würden nämlich in vielen Rechtsbereichen den Verwender nicht nur vor unüberwindbare Schwierigkeiten stellen, sondern vor allem für die Kunden die Gefahr der Unverständlichkeit der Klausel bereithalten und damit den bezweckten Kundenschutz ins Gegenteil verkehren.⁶⁸⁾

Dem strengen Maßstab des Transparenzgebotes halten daher Einverständniserklärungen stand, die den **Werbungsgegenstand** (Themen, Produkte etc.), das **Werbemedium** (Telefon, Telefax, Email, SMS, MMS etc.) und den **Werbepartnern** (z.B. einzelne Tochtergesellschaften, Kooperationspartner etc.) verständlich beschreiben bzw. diese Punkte sich aus dem Umfeld unmissverständlich ergeben. Denn hiermit ist der Kunde vor Abgabe seiner Erklärung über die entscheidungserheblichsten Umstände (und ggfs. Nachteile) unterrichtet.

(3) Genügt eine Einwilligungserklärung den genannten Anforderungen, so stellt sie eine unangemessene Benachteiligung im Sinne der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB nur mehr dar, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.⁶⁹⁾ Die Angemessenheit der Klausel ist auf der Basis einer generalisierenden Interessenabwägung vorzunehmen, wobei sämtliche in Be-

64) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 7, Rn. 47.

65) BGH, NJW 1989, 222, 224; BGHZ 106, 42, 49.

66) BGH, NJW 1999, 2279, 2280; BGHZ 136, 394, 401; BGH, NJW 1990, 2383; BGHZ 106, 17.

67) BGH, NJW 1999, 2671, 2676; BGH, NJW 1990, 2383, 2384.

68) So wohl auch BGH, NJW 1990, 2383, 2384; Schmidt, in: Bamberger/Roth, BGB (2004), § 307, Rn. 28.

69) St. Rspr., vgl. nur: BGH, NJW 2001, 2331; BGH, NJW 2000, 1110, 1112; BGH, NJW 1997, 3022; OLG Koblenz, NJW-RR 2000, 1042.

60) BGH, NJW 1994, 1070; BGHZ 90, 280; BGH, NJW 2000, 1110.

61) BGH, GRUR 2000, 818, 819 – Telefonwerbung VI.

62) So auch Ayad/Schafft, BB 2002, 1711, 1714.

63) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); ABIEG 2002, Nr. L 201/37 (46).

tracht kommenden Interessen – d.h. die Interessen des Kunden und des Verwenders – zu prüfen sind. Bewertungsmaßstab in objektiver Hinsicht ist die Rechtslage nach dem Gesetzesrecht, von der durch die zu prüfende Klausel abgewichen werden soll.⁷⁰⁾ Zur Unwirksamkeit der vorformulierten Einwilligung führt dabei nicht jede Benachteiligung des Vertragspartners, sondern nur eine solche von einem gewissen Gewicht, wobei hier nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen.

Im Bereich der Telefonwerbung ist mithin zu prüfen, ob dem Kunden durch die formularmäßige Einwilligungserklärung der gesetzliche Schutz des Wettbewerbsrechts – insbesondere der „opt-in“-Lösung – genommen wird. Dies ist insbesondere bei **isolierten Einwilligungserklärungen** („Telefonklauseln“) generell zu verneinen. Ausnahmen können sich nur bei bestimmten Begleitumständen ergeben.

a) Unabhängig von den unterschiedlichen Ausgestaltungsvarianten vorformulierter Einwilligungen vernachlässigt die strenge Auffassung einen elementaren Grundsatz jeder AGB-Kontrolle: das **Interesse des Verwenders**. Es ist allgemein anerkannt, dass die Interessenlage im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit der Klausel immer nach beiden Vertragsseiten hin zu ermitteln ist. Das heißt: Auch die (wirtschaftlichen) Interessen der Verwender sind zu berücksichtigen.

Dabei stellt die **Rationalisierung** des eigenen Geschäftsablaufs – wie sie durch AGB-Regelungen grundsätzlich herbeigeführt wird – ein anerkanntes beachtliches Interesse auf Verwenderseite dar.⁷¹⁾ Zwar muss sich im Rahmen der Abwägung dieses Verwenderinteresses gegen die Interessen des Kunden durchsetzen; ein Überwiegen der Kundeninteressen wird man indes nur bei einer Missachtung schwerwiegender Kundeninteressen⁷²⁾ annehmen können.

Und schließlich: Der Wettbewerbsnachteil deutscher Direktmarketing-Unternehmen, den bereits der Bundesrat bei der UWG-Novelle erkannt hatte und ausgleichen wollte, würde sich zu einem „**Berufsverbot**“ und einer „**(Konsum)Blockade**“ ausweiten, sollte sich die Position zur unangemessenen Benachteiligung vorformulierter (isolierter) Einwilligungserklärungen durchsetzen. Denn fest steht: In Zeiten des Massengeschäfts und der Globalisierung ist das dann erforderliche „Aushandeln“ einer Einwilligungserklärung in tatsächlicher Hinsicht mehr als lebensfremd und in rechtlicher Hinsicht faktisch nicht zu erfüllen. Demgegenüber sind offensichtlich auch keine schwerwiegenden Kundeninteressen gefährdet, wenn der Kunde durch gesonderte Unterschrift oder durch Ankreuzen von Optionen bewusst und eigenständig sein Einverständnis zur Telefonwerbung erklärt. Vielmehr zeigt der Kunde hiermit sein wirtschaftliches Interesse an telefonischer Beratung

b) Darüber hinaus dürfte die Angemessenheit der Klausel – (zumindest) bei gesondert unterschriebenen oder angekreuzten Erklärungen – wegen der Möglichkeit des Kunden, die Ein-

verständniserklärung jederzeit zu **widerrufen**, vorliegen. Die gegenteilige Rechtsprechung überzeugt nicht.

c) Eine Benachteiligung wird man auch dann nicht bereits annehmen können, wenn sich die vorformulierte Einwilligung nicht allein auf Werbung im Rahmen des angebahnten konkreten Vertragsverhältnisses beschränkt, sondern auch die **Werbung für sonstige Vertragsschlüsse** (Bsp. andere Produkte wie Haushaltsgeräte anstelle Zeitungsabonnements) ermöglichen soll.⁷³⁾ Zumindest wenn die oben beschriebene Transparenzkontrolle gewahrt wird, kann der verständige Kunde die ihn (eventuell) belastende Wirkung der Einwilligungserklärung erkennen (s.o.), so dass nicht ersichtlich ist, dass dem Kunden – durch Marketingmaßnahmen zu Gunsten anderer Vertragsabschlüsse – ein nicht überschaubares und von seinem Interesse nicht abgedecktes Risiko entsteht.

d) Auch das vorformulierte „**Erkaufen**“ von **Einwilligungen** kann keine unangemessene Benachteiligung darstellen. Gemeint sind die Fälle, in denen Leistungen vergünstigt oder kostenlos erbracht bzw. Beigaben offeriert werden, wenn der Kunde im Gegenzug in das Telefonmarketing einwilligt. Bekanntheit erlangt hat diese Marketingform im Zusammenhang mit dem „Einkauf“ von Einzugsermächtigungs-Einwilligungen, deren Erteilung heutzutage häufig dem Kunden „vergütet“ wird.

Angemessen ist eine solche vorformulierte, eigenständige und transparente Telefonklausel in der Regel bereits deshalb, weil die Interessen des Kunden durch die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs gerade geschützt werden. Dies entspricht auch der gesetzlichen Wertung im Datenschutz, wo das „Erkaufen“ von Einwilligungen zur Datenerhebung und -verarbeitung als zulässig anerkannt ist.⁷⁴⁾

e) Angesichts der restriktiven Tendenz der Rechtsprechung könnten hingegen **Bedenken** an der Angemessenheit vorformulierter (gesonderter) Einwilligungserklärungen bestehen, wenn die Wirksamkeit des abzuschließenden Vertrages von der Gegenzeichnung der Einwilligungserklärung abhängig gemacht wird. Zwar dürfte eine solche **Koppelung** bei gesonderten Einwilligungen regelmäßig nicht vorliegen, denkbar ist eine solche Verknüpfung aber allemal. Das Verbot einer derartigen Koppelung ist bei datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärungen umstritten und bislang noch nicht abschließend gerichtlich geklärt. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass im Anwendungsbereich des BDSG kein Koppelungsverbot besteht. Hierfür spricht insbesondere der bewusste Wille des Gesetzgebers bei der BDSG-Novellierung 2001 gerade kein **Koppelungsverbot** zu normieren – anders als hingegen im Bereich des Multimediarechts⁷⁵⁾ bzw. des Telekommunikationsrechts.⁷⁶⁾ Soweit aber der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des BDSG offenbar **keine Geltung** des Verbots wollte, kann für die Einwilligung zur Telefonwerbung nichts anderes gelten.

70) Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz (4. Aufl.), § 9, Rn. 51; Schmidt, in: Bamberger/Roth, BGB (2004), § 307, Rn. 12.

71) BGH, NJW 1991, 1886, 1888; vgl. auch BGH, NJW-RR 1989, 625 BGH, NJW 1996, 988.

72) Vgl. BGH, NJW 1998, 3119, 3120.

73) So aber für die vorformulierte Einverständniserklärung in die telefonische Beratung in „Geldangelegenheiten“ aus Anlass BGH GRUR 2000, 818, 819 – Telefonwerbung VI.

74) OLG Stuttgart NJWE-WettbR 1999, 127 ff. – Gratisverlosung.

75) Vgl. § 3 Abs. 4 TDDSG.

76) Vgl. § 95 Abs. 5 TKG.

Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass die Gerichte eine derartige Koppelung im Bereich des Telefonmarketings als **Ausübung eines Zwangs**⁷⁷⁾ und damit als **unangemessene Benachteiligung** i.S.d. § 307 Abs.1 BGB bewerten. Eine kleine Lücke eröffnet sich nur insoweit, als der Gedanke des Koppelungsverbots jedenfalls nicht absolut greift: Vielmehr findet er – soweit gesetzlich normiert – nur Anwendung, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu dem Angebot nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.

D. Mutmaßliche Einwilligung bei Unternehmen

Die Telefonwerbung gegenüber anderen Marktteilnehmern (Gewerbtreibenden) ist auch nach dem neuen UWG nicht nur bei Vorliegen eines ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnisses, sondern auch dann zulässig, wenn eine „mutmaßliche Einwilligung“ zu vermuten ist. Auch bei deren Überprüfung ist eine Neubestimmung geboten.

I. Bisherige Rechtsprechung

Die bisherige Rechtsprechung hielt auch Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden für **grundsätzlich wettbewerbswidrig**. Diese Sichtweise hat maßgeblich die restriktive Auslegung des Begriffs „mutmaßliche Einwilligung“ durch die Rechtsprechung und die (überwiegende) Literatur geprägt.

Für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses ist danach entscheidend, dass „auf Grund **konkreter Umstände** ein sachliches Interesse des Anzurufenden“ am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann.⁷⁸⁾ Das mutmaßliche Einverständnis muss sich dabei nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung erstrecken, d. h. der Gewerbetreibende muss mutmaßlich gerade auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein. Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektive Wertung des Anrufers, sondern allein darauf, ob nach den (konkreten) Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Anzurufende den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht.⁷⁹⁾

Ein konkreter Grund kann nach der bisherigen Rechtsprechung zwar in einer bereits bestehenden oder zumindest angebahnten Geschäftsverbindung liegen, wenn die telefonische Werbemaßnahme in einem sachlichen Zusammenhang mit eben dieser bestehenden Geschäftsverbindung steht.⁸⁰⁾ Auch hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich klargestellt, dass der Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses nicht entgegen-

steht, dass die telefonische Werbemaßnahme unter Umständen gegenüber der schriftlichen Werbung keine Vorzüge aufweist oder ihr sogar einzelne Vorteile fehlen, wenn sie gleichwohl dem Interesse des Gewerbetreibenden entspricht.⁷⁶⁾ Doch auch hier kommt es nach der Rechtsprechung stets auf die Umstände des Einzelfalls an. Eine kategorisierende oder **generalisierende Betrachtungsweise** – wonach bei Anrufen, die einen „Sachbezug“ aufweisen oder den eigentlichen Geschäftsbereich (anders als bei Anrufen zur Bewerbung bloßer beruflicher Hilfsmittel) betreffen, in der Regel ein Einverständnis zu vermuten ist – lehnt die Rechtsprechung aber ab.⁸¹⁾

Begründet wird dies vornehmlich mit dem **Eingriff in die geschäftliche Betätigungsfreiheit des Angerufenen**. Denn der Werbeanrufer könne zu belästigender oder sonst unerwünschter Störung der beruflichen Tätigkeit des Angerufenen führen. Darüber hinaus wird aber – ähnlich wie beim E-Mail-Spamming⁸²⁾ – mit der sog. Nachahmungsgefahr argumentiert. Eine generelle oder typisierende Betrachtungsweise würde hingegen nicht hinreichend auf das Interesse des Anzurufenden an der jeweiligen Werbung abstellen.⁸³⁾

II. Bewertung

Die bisherige Rechtsprechung ist nicht mehr in vollem Umfang aufrechtzuerhalten. Denn entgegen den gesetzlichen Spielräumen und dem für Unternehmen nicht heranzuziehenden Privatsphärenargument würden ansonsten die restriktiven Grundsätze zur Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern auf die Werbung gegenüber Unternehmen übertragen werden. Damit würden die Zulässigkeitsvoraussetzungen – insbesondere das Kriterium des „konkreten Grundes“ – so hochgeschraubt werden, dass sie sowohl an den gewollten als auch an den tatsächlichen Realitäten vorbeigingen.

Generelle und typisierende Betrachtungsweise

Für das mutmaßliche Einverständnis im geschäftlichen Bereich müssen **generelle Indikatoren** ausreichen – auch zur Abwehr von unerwünschten Nachahmungseffekten. Dabei können Ausgangspunkt für die Feststellung, wann ein mutmaßliches Einverständnis vorliegt, wiederum nur die jeweiligen (Schutz-)Interessen des Anrufers und des Gewerbetreibenden sein.

a) Auch wenn formal zwischen Telefonwerbung im privaten Bereich und Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich differenziert wird, ist doch nicht zu verkennen, dass auch die restriktive Rechtsprechung zur Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden ihren Ursprung in der Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber Privaten hat und sich restriktive Begründungsansätze überlappen.⁸⁴⁾ Insoweit wird das unterschiedliche Schutzbedürfnis gegenüber der Telefonwerbung im

77) So zum Datenschutzrecht: Simitis, Kommentar zum Datendatenschutzgesetz (5. Aufl.), § 4 a, Rn 65; Schaar, Datenschutz im Internet, München 2002, Rn. 590; ders. MMR 2001, 644, 648.

78) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; BGH, GRUR 1995, 220, 221 – Telefonwerbung V; BGH, GRUR 2001, 1181, 1183 – Telefonwerbung für Blindenwaren; BGH, WRP 2004, 603, 605 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

79) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 7, Rn. 62; *Ubber*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7, Rn. 142.

80) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; jüngst BGH, WRP 2004, 603, 605 f. für den Anruf eines Telefonbuchverlags, mit dem die Daten des kostenlosen Eintrags für einen Neudruck überprüft werden sollen, zur Werbung für eine entgeltpflichtige Erweiterung des Eintrags.

81) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; BGH, GRUR 2001, 1181, 1183 – Telefonwerbung für Blindenwaren; OLG Frankfurt, K & R 2002, 252.

82) *Ubber*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7, Rn. 152 m.w.N.

83) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; BGH, WRP 2001, 1068 – Telefonwerbung für Blindenwaren; BGH, WRP 2004, 603, 605 f. – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

84) *Schricker*, GRURInt 1998, 541, 544 ff.; *Klawitter*, GRUR 1991, 766.

privaten und im geschäftlichen Bereich von der Rechtsprechung bisher zu wenig berücksichtigt.

Anders als die gesetzliche Regelung zur Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern bezweckt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht den Schutz der Privatsphäre des Anschlussinhabers. Es geht im Gegenteil „nur“ um den Schutz der geschäftlichen Betätigungsfreiheit des Angerufenen – mithin um den Schutz des wirtschaftlichen Gewinnstrebens des Angerufenen. Damit **stehen** sich aber – anders als bei der Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher – zwei prinzipiell **gleichwertige Interessen gegenüber**: nämlich das wirtschaftliche Gewinnstreben des Werbenden und das wirtschaftliche Gewinnstreben des Angerufenen, die beide vornehmlich auf Art. 12 und 5 GG zurückzuführen sind.⁸⁵⁾ Wo aber eine weitgehende Gleichrangigkeit der zu berücksichtigenden Interessen besteht, lassen sich die Rechtsprechungsgrundsätze zur Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nicht uneingeschränkt übertragen, weswegen bereits der Ausgangspunkt, dass Telefonwerbung gegenüber einem Gewerbetreibenden grundsätzlich wettbewerbswidrig sei, mehr als zweifelhaft ist.

Soweit nicht beiden Grundrechtspositionen Geltung verschafft werden kann, ist zu entscheiden, welches Interesse bei Berücksichtigung der relevanten Interessen zurückzutreten hat. Entscheidend hierfür ist die Beurteilung, welche Rechtsposition durch eine generalisierende bzw. konkrete Betrachtungsweise stärker eingeschränkt wird.

b) Betrachtet man das tatsächliche Schutzbedürfnis der **Gewerbetreibenden**, so liegt keine – von der Rechtsprechung unterstellte – schwerwiegende Belästigung und Störung der beruflichen Tätigkeit vor. Die Störung durch einen Telefonanruf ist allenfalls geringfügig (**Eingriff in die Peripherie**).

Zu berücksichtigen ist demgegenüber zum einen, dass die Rechtsprechung – entsprechend den Realitäten – selbst anerkannt hat, dass Gewerbetreibende *generell* mit Telefonanrufen potenzieller Geschäftspartner und sonstiger Personen, die mit ihnen im eigentlichen geschäftlichen Interesse Kontakt aufnehmen wollen, **rechnen**.⁸⁶⁾ Zum anderen ist es aber auch keine Frage, dass Gewerbetreibende Anrufen durch ihnen bis dahin unbekannte Personen bzw. Unternehmen aufgeschlossener gegenüberstehen als Verbraucher;⁸⁷⁾ schließlich bei ihnen auch weit weniger die Gefahr einer Überrumpelung besteht.⁸⁸⁾

Und in der Tat: Es entspricht den Realitäten des Marktes, wenn das wirtschaftliche Interesse der Gewerbetreibenden an telefonischen Angeboten und Serviceleistungen Ausgangspunkt und Prämisse der Argumentation ist. Wer sich nämlich als Gewerbetreibender in der freien Marktwirtschaft betätigt, ist nicht nur bereit, eigene Produkte bzw. Dienstleistungen zu veräußern, sondern solche auch am Markt nachzufragen. Dabei ist gerade die Interaktivität von Telefonanrufen kein Nach-, son-

dern ein **Vorteil** für den **Gewerbetreibenden**, weil – anders als etwa ein schriftliches Angebot – gerade der Telefonanruf in der Gesamtschau weniger Zeitaufwand erfordert. Auch ist er (wegen der Möglichkeit von Rückfragen) für den Angerufenen effektiver und zielgerichteter.⁸⁹⁾ Die gegenteilige Rechtsprechung, die davon ausgeht, dass die individuelle Ansprache den Angerufenen stärker belästigt als etwa die (zulässige) Briefkastenwerbung,⁹⁰⁾ ist lebensfremd, zumindest nicht mehr zeitgemäß. Die Mühe der Entgegennahme, des Lesens und der Entsorgung eines Briefes erfordert im Zweifel mehr Zeit als die Entgegennahme eines Telefonates und dessen sofortige Beendigung bei Desinteresse durch bloße Mitteilung oder Auflegen des Hörers.

Die geringe Intensität der Belästigung bestätigt aber auch der (angeblich) zu schützende Personenkreis selbst. Denn es dürfte unbestritten sein, dass Telefonmarketing – insbesondere gegenüber Gewerbetreibenden – im letzten Jahrzehnt einen Aufschwung erlebt hat, während die bekannt gewordenen Klagen gegen diese Form des Direktmarketings zählbar sind. Gerade im B2B-Bereich zeigt die Praxis, dass derartige Auseinandersetzungen überwiegend zur Konkurrentenabwehr oder zum Erlös von Abmahnkosten begonnen werden – ernsthafte Betroffenheit sieht anders aus. Daraus kann aber nur gefolgert werden, dass der **Markt** derartige Werbung zumindest **toleriert**, weswegen eine unzumutbare Belästigung gerade nicht unterstellt werden kann.⁹¹⁾ Außerdem kann man von den Unternehmen durchaus erwarten, dass sie „Robinson“-Listen nutzen, wenn sie wirklich zu stark frequentiert würden.

Bezieht man schließlich die tatsächliche Situation in den (meisten) europäischen Mitgliedstaaten mit ein, in denen die Telefonwerbung sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Bereich zulässig ist, wird die Annahme bestätigt, dass die nationale Rechtsprechung auf Grund eines falsch verstandenen Verbraucherschutzes zur Überziehung der Anforderungen neigt. Denn von der angeblich so nahe liegenden Verrohung des Telefonverkehrs, derer es entgegenzutreten gilt,⁹²⁾ ist in diesen Mitgliedstaaten nichts zu hören. Diese Gefahr ist auch nicht wahrscheinlich. Denn das Marketingmittel der Werbung lebt vor allem vom Sympathieeffekt des beworbenen Produkts. Jede potenzielle Werbechance wird indes zunichte gemacht, wenn der Angerufene in „unzumutbarer Weise“ vom Werbenden belästigt wird.

c) Betrachtet man hingegen das schutzwürdige Interesse der **Werbewirtschaft**, so hat die Rechtsprechung – zur Zulässigkeit der Briefkastenwerbung gegenüber Verbrauchern – explizit anerkannt, dass einerseits die werbende Wirtschaft ein berechtigtes Interesse hat, auf ihre Angebote aufmerksam zu machen, und andererseits heutzutage viele Marktteilnehmer an dieser Art Werbung interessiert sind, um attraktive Angebote wahrnehmen zu können.⁹³⁾ Für Werbung gegenüber Gewerbetreibenden, die eine wesentliche geringere Schutzbedürftigkeit aufweisen (s.o.), muss dieser Grundsatz erst recht gelten.

85) BGH, GRUR 1994, 380, 382 – Lexikothek; Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 7, Rn. 49; Schricker, GRURInt 1998, 541, 548 m. w. N.

86) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; BGH, WRP 2001, 1068, 1071 – Telefonwerbung für Blindenwaren; OLG Hamburg, NJW-RR 1996, 365, 366; BGH, GRUR 2004, 520, 521 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

87) BGH, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; BGH, WRP 2001, 1068, 1071 – Telefonwerbung für Blindenwaren.

88) Köhler, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (23. Aufl.), § 7, Rn. 56.

89) Schricker, GRURInt 1998, 541, 550.

90) BGHZ 106, 229, 235 – Handzettel-Wurfsendung.

91) Schricker, GRURInt 1998, 541, 545.

92) OLG Hamburg, GRUR 1987, 60.

93) BGHZ 106, 229, 235 – Handzettel-Wurfsendung.

Hiervon ausgehend stellen aber die bisherigen Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung („konkreter Grund“) einen „**Eingriff in den Kernbereich**“ der verfassungsrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit dar. Denn der Telemarketing-Branche – auf die alleine abzustellen ist – wird es faktisch unmöglich gemacht, in zulässiger Weise Gewerbetreibende zu Werbezwecken anzurufen. Dabei verkennt die Rechtsprechung bereits Ursache und Wirkung von Werbung. Denn letztlich ist es (auch) die zulässige Aufgabe der Werbung, Bedürfnisse des Beworbenen zu wecken bzw. bewusst zu machen.⁹⁴⁾ Insofern ist es denklogisch schon kaum möglich vorab „konkrete Bedürfnisse“ zu kennen oder zu ermitteln. Darüber hinaus bürdet die Rechtsprechung dem Anrufenden aber auch jedes Risiko der Fehleinschätzung auf. Dies führt – angesichts der damit verbundenen Rechtsunsicherheit – zu einer zusätzlichen Lähmung wirtschaftlicher Nachfrage. Somit ist aber das von der Rechtsprechung bislang gewählte Abgrenzungskriterium unpraktikabel und stellt mithin das in Europa anerkannte Werbemittel des Telefonmarketings gänzlich in Frage. Nicht von ungefähr befindet sich die Telemarketing-Branche zwar im Wachstum, bleibt aber weit hinter der Entwicklung in anderen europäischen Ländern zurück.

d) Auf Grund der vorstehenden Argumente und Wertungen – geringer Schutzbedürftigkeit des Gewerbetreibenden gegenüber schutzwürdigen Interessen der Telemarketing-Branche – erweist sich allein eine **generalisierende Betrachtungsweise** als sachgerechtes Abgrenzungskriterium, welches die tatsächlichen Schutzgesichtspunkte von Anrufendem und Angerufenem angemessen berücksichtigt. Insofern sollte eine mutmaßliche Einwilligung bereits dann anzunehmen sein, wenn:

- zwischen dem beworbenen Produkt und dem Geschäftsbereich des Unternehmens ein Zusammenhang (**Sachbezug**,⁹⁵⁾ z.B. Steuerberater-Zeitschrift für Steuerberater)

oder

- zwischen Anrufer und Angerufenem eine **Geschäftsbeziehung** besteht oder sich in der Anbahnung befindet.

Im Übrigen muss differenziert werden. Danach sollte die Vermutung anhand der genannten Kriterien **umso eher** greifen:

- je mehr der Anruf – in relevanter Weise – den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Gewerbetreibenden betrifft

oder

- je mehr das Unternehmen seiner Art nach Außenkontakten offen gegenübersteht (z.B. Dienstleistungsunternehmen, eigene Presseabteilung)

oder

94) Schrickler, GRURInt 1998, 5451, 550.

95) Freund, BB 1986, 409, 410; Bülow, WRP 1978, 774 ff.; Klawitter, NJW 1993, 2160, 2623; Steckler, GRUR 1993, 865, 870 ff.; i. E. auch Schrickler, GRURInt 1998, 541, 551.

- je größer das Unternehmen ist (z.B. Fachabteilungen – wie den Einkauf – eingerichtet hat).

Bei den zuerst genannten Punkten ist das Schutzbedürfnis deshalb besonders gering, weil der Kontakt auf Grund des beworbenen Produkts bzw. wegen der Art des Unternehmens (Dienstleistungsunternehmen) gerade erwünscht ist. Gleiches gilt auch bei dem letzten Punkt. Denn hier ist die Störung durch den Anruf im Vergleich zu einem Unternehmen mit wenigen Beschäftigten – etwa auf Grund der zur Verfügung stehenden Assistenten bzw. entsprechenden Fachabteilungen – besonders gering. Im Übrigen wird bei größeren Unternehmen in der Regel eine moderne Telekommunikationstechnik sowie spezielles Personal zur Verfügung stehen, mit der mehrere Anrufe gleichzeitig entgegengenommen werden können, so dass auch insofern von einer Hemmung betrieblicher Abläufe schwerlich gesprochen werden kann.

Greifen die vorgenannten Voraussetzungen singulär oder kumulativ, dann ist auch das Kernargument der Nachahmungsgefahr obsolet. Der durch eine generalisierende Betrachtung eröffnete Spielraum für das Telefonmarketing ist nämlich weiterhin streng konturiert und ermöglicht beileibe nicht jeden Telefonkontakt zu Werbezwecken. Im Gegenteil: Nur wirklich relevante Angebote werden danach telefonisch den dafür zuständigen Mitarbeitern unterbreitet werden können.

E. Fazit

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass die juristische Diskussion im Bereich des Direktmarketings auf Grund der (veränderten) rechtlichen und tatsächlichen Situation neue Wege gehen muss. Insbesondere die Rechtsprechung ist aufgefordert, die richtigen Konsequenzen zu ziehen und die Grenzen neu zu justieren.

Zwingend ist die Umorientierung insbesondere im Bereich des zentralen Begriffs der Wettbewerbshandlung. Nach der UWG-Reform kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass dieser Begriff auch mittelbare Maßnahmen der Absatzförderung (Imagewerbung, Unternehmenskommunikation, Kundenpflege) erfasst. Dies gilt insbesondere angesichts der anstehenden europäischen Harmonisierung des Verbraucherschutzes durch die „UCP-Directive“, die es aufmerksam zu beobachten und begleiten gilt.

Geboten ist auch eine differenzierte Betrachtung für die Fragen der formularmäßigen Einwilligung ins Direktmarketing bzw. der Auslegung des Begriffs der „mutmaßlichen Einwilligung“ im Bereich B2B: Vorformulierte Einwilligungen zum Telefonmarketing sind jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn sie vom übrigen Text abgegrenzt dargestellt und gesondert erteilt werden müssen. Beim Telefonmarketing gegenüber Gewerbetreibenden reicht ein genereller Sachbezug zur Geschäftstätigkeit des Umworbenen grundsätzlich aus, um von einem mutmaßlichen Einverständnis ausgehen zu können.