

Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, München

Neues zur Telefonwerbung

INHALT

Einleitung

1. Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern

1.1 Individuelle Telefonwerbung

- 1.1.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht
- 1.1.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht
- 1.1.3 Zusammenfassung zu Ziff. 1.1

1.2 Werbung mittels automatischer Anrufmaschinen

- 1.2.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht
- 1.2.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht
- 1.2.3 Zusammenfassung zu Ziff. 1

2. Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern

2.1 Individuelle Telefonwerbung

- 2.1.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht
- 2.1.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht
- 2.1.3 Zusammenfassung zu Ziff. 2.1

2.2 Telefonwerbung mittels automatischer Anrufmaschinen

- 2.2.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht
- 2.2.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht
- 2.2.3 Zusammenfassung zu Ziff. 2.2

3. Zusammenfassung zu Ziff. 1 und Ziff. 2

Einleitung

Die ersten drei Gesetzesentwürfe¹⁾ zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken²⁾ (nachfolgende: UGP-RL) sahen in Übereinstimmung mit der juristischen Literatur³⁾ keinen Bedarf, die nach dem UWG vom 03.07.2004 geregelte Telefonwerbung zu verändern. Auch der Referentenentwurf des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung⁴⁾ und der Gesetzesentwurf der Bundesregierung⁵⁾ hierzu vom 21.07.2008 zeigen, dass die UGP-RL nicht einmal als Anlass für eine Auseinandersetzung mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Telefonwerbung genutzt

wurde. Des Weiteren waren zwei Zivilsenate des BGH in ihren mit diesem Beitrag in zeitlichem Zusammenhang stehenden Entscheidungen, einmal⁶⁾ betreffend E-Mail und SMS als Anbieterwerbung gegenüber Verbrauchern, das andere Mal⁷⁾ betreffend Telefax und E-Mail als Nachfragewerbung gegenüber Unternehmern jeweils mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG befasst, einer Bestimmung mithin, die einheitlich die Werbung mittels Faxgeräten, elektronischer Post oder – hier neben der individuellen Telefonwerbung interessierend – die Werbung mittels automatischer Anrufmaschinen regelt.

Knapp zwei Monate vor diesen Entscheidungen hatte sich der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 21.05.2008 zur Änderung des UWG – der vierte Entwurf⁸⁾ insoweit – erstmals mit den in der UGP-RL enthaltenen Vorgaben zur Telefonwerbung auseinandergesetzt – und gegenüber den Vorgaben der UGP-RL eine Verschärfung der Voraussetzungen vorgenommen. Diese Änderungen wurden in der Gesetzesbegründung vom 20.08.2008⁹⁾ übernommen, sie sind – mit einer Ausnahme (Streichung der Wörter: „vorherige ausdrückliche“ in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG) – die Grundlage des nunmehr geltenden UWG vom 22.12.2008¹⁰⁾. Die Vorgehensweisen des Gesetzgebers einerseits und die Begründungsweisen des BGH andererseits lohnen, näher überprüft zu werden. Die Anstrengungen des Gesetzgebers ziehen schon aufgrund der hier skizzierten Historie ein gewisses Interesse auf sich. Die Entscheidungen des BGH sind von Belang, weil bei näherem Hinsehen den Gründen nicht unbedingt ein Festhalten an herkömmlichen Vorgehensweisen zu entnehmen ist. Da die UGP-RL nur im Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern gilt, wird nachstehend als erstes zwischen der Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern einerseits und sonstigen Marktteilnehmern andererseits unterschieden.

1. Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern

Als weiteres wird entsprechend § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG zwischen der individuellen Telefonwerbung und der Telefonwerbung unter Verwendung automatischer Anrufmaschinen unterschieden.

1.1 Individuelle Telefonwerbung

Zu unterscheiden ist zwischen der Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht und der Rechtslage nach deutschem Recht.

1) Diskussionsentwurf des BMJ „Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“ vom 08.05.07. Referentenentwürfe – mit jeweils diesem Titel – vom 20.07.07 und vom 27.07.07.
 2) Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (RL über unlautere Geschäftspraktiken) ABl. L 149 vom 11.06.05.
 3) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Auflage 2008, Anhang I Nr. 26, Rn. 26.3: „Die Regelung von Fällen unzulässiger Telefonwerbung ... ist für das deutsche Recht weitgehend ohne Bedeutung. Denn nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sind die unerwünschte Telefonwerbung ... gegenüber Verbrauchern generell verboten. Dies ist durch das Gemeinschaftsrecht gedeckt, wie der Verweis auf die einschlägige Richtlinie in Satz 2 klarstellt.“ Ähnlich *Köhler*, GRUR 2005, 793, 800. Ähnlich *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1333. *Hecker*, WRP 2006, 640, 644. *Nippe* 2007, 19, 23. *Seichter* WRP 2005, 1087, 1094.
 4) Referentenentwurf des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung vom 13.03.2008.
 5) Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 21.07.2008.

6) BGH WRP 2009, 56 = GRUR 2008, 1010 – Payback-Programm.
 7) BGH WRP 2008, 1328 = GRUR 2008, 923 – Faxanfrage im Autohandel; BGH WRP 2008, 1330 = GRUR 2008, 925 = MMR 2008, 662 (m. Anm. *Schulze* zur Wiesche [664 – 666]) – FC-Troschenreuth.
 8) Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des UWG vom 21.05.2008.
 9) BT-Ds 16/10145 vom 20.08.2008.
 10) BGBl. 2008 I, 2949; Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten: 22.12.2008; Veröffentlichung im BGBl.: 29.12.2008. Inkrafttreten: 30.12.2008.

1.1.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Telefonwerbung werden maßgeblich durch die UGP-RL bestimmt. Fragen des EG-Vertrages¹¹⁾, also länderübergreifende Sachverhalte, bleiben hier außer Betracht.

1.1.1.1 Maßgeblichkeit der UGP-RL im Allgemeinen in zeitlicher, sachlicher und geltungsmäßiger Hinsicht; Zur Methode der Geltungsverschaffung vor Umsetzung

(1) Maßgeblichkeit der UGP-RL in zeitlicher Hinsicht

Nach Art. 19 S. 1 UGP-RL waren bis zum 12.06.2007 die zur Umsetzung der RL erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen und zu veröffentlichen. Nach Art. 19 S. 3 UGP-RL waren die zur Umsetzung der RL erlassenen und veröffentlichten Vorschriften ab dem 12.12.2007 anzuwenden. Für die Maßgeblichkeit des 12.06.2007 als Stichtag spricht die Regelung von Art. 3 Abs. 5 S. 1 der UGP-RL.

(2.1) Die Maßgeblichkeit des in der UGP-RL erwähnten Gemeinschaftsrechts

Gemäß Art. 1 UGP-RL besteht der Zweck der UGP-RL darin, durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedsstaaten „zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen“. Hieraus wird zu Recht gefolgert, dass die UGP-RL das Prinzip der Vollharmonisierung verfolgt¹²⁾. Tatsächlich ist allerdings die in den Erwägungsgründen enthaltene Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs der UGP-RL komplex. Einzelheiten insoweit aufnehmend kann gesagt werden:

- Die Festlegung von Mindestkriterien, enthalten in der RL 84/450/EWG des Rates vom 10.09.1984 über irreführende Werbung¹³⁾, ist gerade nicht das Ziel der UGP-RL, Erwägungsgrund (3).
- Die UGP-RL beinhaltet eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über unlautere Geschäftspraktiken einschließlich der unlauteren Werbung, soweit das Verhältnis von Unternehmer und Verbraucher betroffen ist, Erwägungsgrund (6).
- Die UGP-RL bezieht sich nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich sind. So kann das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken aus kulturellen Gründen unerwünscht sein. Auch wenn solche Praktiken die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen, können Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstandes verboten werden, Erwägungsgrund (7).
- Die UGP-RL regelt nicht den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Verbraucher, den Bereich der Glücksspiele, der Finanzdienstleistungen und Immobilien, den Bereich des

Vertragsrechts, den Schutz des Eigentums u. a. m., Erwägungsgrund (9).

- „Es muss sichergestellt werden, dass diese RL insbesondere in Fällen, in denen Einzelvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken in speziellen Sektoren anwendbar sind, auf das geltende Gemeinschaftsrecht abgestimmt ist“, Erwägungsgrund (10).

(2.2) Die mögliche Fortgeltung nationalen Rechts als umgesetztes Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 3 Abs. 5

Gemäß Artikel 3 Abs. 5 UGP-RL können bis zum 12.06.2013 Regelungen beibehalten werden, wenn diese 1. Vorgaben von Richtlinien umsetzen, 2. die betroffene Richtlinie lediglich Mindestvorgaben regelt, also restriktivere oder strengere nationale Regelungen ausdrücklich erlaubt, 3. die restriktiveren oder strengeren nationalen Vorschriften unbedingt erforderlich sind, um sicherzustellen, dass die Verbraucher auf geeignete Weise vor unlauteren Geschäftspraktiken geschützt werden und 4. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.

Hierzu gilt erstens: Die Regelung zur Telefonwerbung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG setzen ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁴⁾ § 13 der DatenschutzRL für elektronische Kommunikation um. Diese Begründung reibt sich etwas an der an gleicher Stelle der Gesetzesbegründung zum UWG vom 03.07.2005 erwähnten Tatsache, dass mit § 7 UWG im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F. zu gesetzlichen Regelungen aufgewertet wurde¹⁵⁾. Zweitens: Die DatenschutzRL für elektronische Kommunikation, aber vor allem deren Art 13, regelt nicht lediglich Mindestvoraussetzungen. Drittens: § 7 UWG ist nicht unbedingt erforderlich, um sicherzustellen, dass die Verbraucher auf diese Weise vor unlauteren Geschäftspraktiken geschützt werden. Dies folgt bereits aus der EG-DatenschutzRL für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG)¹⁶⁾, wo in Art 13 Abs. 3 die Möglichkeit eröffnet ist, zwischen einem vorherigem Einverständnis und einer Gegenklärung zu unterscheiden. Dies folgt ferner aus Anhang I Nr. 26 der UGP-RL, wo das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ neben den Merkmal der „Unerwünschtheit“ in jedem Fall zum Verbot führt.

Gesichtspunkte des Fernabsatzes sind zumindest dann nicht maßgebend, wenn die Aufforderung um Rückruf zu einer Mehrwert-Telefonnummer als Bestandteil eines Gewinnspiels nicht zugleich Bestandteil eines Angebots für die Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen ist¹⁷⁾. Somit gilt: die Fortgeltung von deutschem Recht, welches nicht den übrigen Vorgaben der UGP-RL entspricht, über Art 3 Abs. 5 UGP-RL, kommt nicht in Betracht.

11) EuGH GRUR Int 1995, 900 = WRP 1995, 801 Alpine Investments.

12) Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung Rn. 3.56 und 3.63.

13) ABl. L 250 vom 19.09.1984, in der Fassung der Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung, ABl. L 290 vom 23.10.1997.

14) BT Druck S. 15/1487, S. 12/A, V.

15) BT Druck S. 15/1487, S. 12/A, V: „Das entsprechende (sc: Art 13 der Datenschutz RL für elektronische Kommunikation) Verbot wurde bereits nach geltendem Recht unter dem Aspekt der belästigenden Werbung aus § 1 UWG hergeleitet.“

16) ABl. L 201 vom 31.07.2002.

17) EuGH GRUR Int 2008, 132 – KommAustria/ORF.

- (3) Maßgeblichkeit der UGP-RL in geltungsmäßiger Hinsicht

„Spätestens seit dem 12.12.2007 ist ... das innerstaatliche Recht richtlinienkonform auszulegen“¹⁸⁾. Die soeben zu (2.2.) besprochene Regelung des Art 3 Abs. 5 UGP-RL, wonach für einen Zeitraum von sechs Jahren ab dem 12.06.2007 strengere nationale Vorschriften unter den genannten Voraussetzungen bestehen bleiben dürfen, legt die Vermutung nahe, dass ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht schon dann vorliegt, wenn die richtlinienkonforme Auslegung nach dem 12.06.2007 ausblieb.

- (4) Zur Methode der Geltungsverschaffung der UGP-RL im Rahmen des UWG vom 22.12.2008

Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Rechtskenntnis, wann nach dem Gemeinschaftsrecht von der Lauterkeit oder der Unlauterkeit eine Geschäftspraxis auszugehen ist, sich in drei Schritten vollzieht. Zu prüfen ist ersten der Anhang I der UGP-RL, zweitens die Art. 8 und 9 der UGP-RL betreffend aggressive Geschäftspraktiken sowie die Art. 6 und 7 der UGP-RL betreffend die irreführenden Geschäftspraktiken und drittens Art 5 UGP-RL als Generalklausel.

Diesem Weg der Erkenntnis möchte man im Zuge der Rechtsanwendung nicht folgen. Entgegen der soeben dargestellten Reihenfolge wird praktisch die Lauterkeit des Verhaltens anhand des UWG geprüft, um im zweiten Schritt zu fragen, ob das Ergebnis richtlinienkonform ist oder nicht. Widerspricht das Ergebnis den Vorgaben der RL, wird dann gefragt, ob eine richtlinienkonforme Auslegung in Betracht kommt oder nicht.

Diese praktisch geübte Vorgehensweise entspricht der verfassungskonformen Auslegung. Verfassungskonforme Auslegungen und richtlinienkonforme Auslegungen sind allerdings verschieden. Die verfassungskonforme oder besser: die grundrechtskonforme Auslegung hat im Bereich des Privatrechts die Aufgabe, die Wertungen der Grundrechte, verstanden primär als Abwehrrechte gegen eine zu große Handlungseinengung, im Zuge der Anwendung einfachen Rechts über die privatrechtlichen Generalklauseln wirksam werden zu lassen.

Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es zum einen, wenn besondere Bestimmungen des nationalen Rechts vorhanden sind, um die Auslegung sämtlicher dieser besonderen Regelungen im Lichte der Richtlinie. Ist nur eine Generalklausel vorhanden, kann es darum gehen, die möglicherweise sehr detaillierten Vorgaben der RL insgesamt über die nationale Generalklausel anzuwenden¹⁹⁾. Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es zum anderen nicht in erster Linie um die Abwehr von zu großen Handlungsbeschränkungen, sondern um die Herstellung der Wirksamkeit einheitlicher rechtlicher Maßstäbe in Europa.

Wendet man diese Überlegungen auf die UGP-RL an, so stehen nicht irreführende Wettbewerbshandlungen dergestalt durch die UGP-RL auf dem Prüfstand, dass man aus dem Anhang zum UWG die Ziffern 24 bis 31 als inhaltsgleiche Regelungen des Anhangs I der UGP-RL anwendet, sodann die Art. 8 und 9 der

UGP-RL und schließlich Art. 5 UGP-RL im Zuge richtlinienkonformer Anwendung von § 3 UWG prüft. Hiergegen könnte eingewandt werden, dass es keine horizontale Direktwirkung von Richtlinien gibt. Nur: richtlinienkonforme Auslegung bedeutet immer im gewissem Umfang die horizontale Direktwirkung von Richtlinien. Von letzterer ist man allerdings deshalb entfernt, als die richtlinienkonforme Auslegung eine auslegungsfähige Bestimmung des nationalen Rechts voraussetzt und darüber hinaus die Richtlinie selbst hinreichend bestimmt sein muss²⁰⁾.

Steht dann das Ergebnis fest, ist zu prüfen, ob ein zusätzlich außerhalb von § 3 UWG geregeltes spezielles Ergebnis existiert. Wenn ja, kommt es darauf an, ob dieses Ergebnis mit dem nach der richtlinienkonformen Auslegung gefundenen Ergebnis übereinstimmt. Ist solches zu bejahen, gilt das im UWG geregelte Einzelergebnis, der Rückgriff auf die in ihrer Konkretisierung beschriebene Generalklausel des § 3 UWG ist nicht mehr erforderlich. Bei Widerspruch zu den über § 3 UWG in das nationale Recht transportierten Vorgaben der UGP-RL über aggressive Geschäftspraktiken, also bei einem nationalem Verbot entgegen den Vorgaben der UGP-RL, ist das nationale Verbot in der Regel so zu berichtigen, dass die betreffende Wettbewerbshandlung nicht geeignet ist, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

Jede Ausblendung des § 3 UWG als Transportmöglichkeit des Gemeinschaftsrechts (hier: UGP-RL) trägt die Gefahr in sich, dass ein irreparabler Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vorliegt.

Die Regelungen der UGP-RL über aggressive Geschäftspraktiken sind deshalb über § 3 UWG anwendbar, weil das UWG diesen Bereich im Gegensatz zu den irreführenden Geschäftspraktiken nicht als solchen regelt. Darüber hinaus ist die Irreführung mittels § 5 Abs. 1 UWG („Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer irreführend wird“) genügend flexibel geregelt. Es dürfte also grundsätzlich entbehrlich sein, die Regelungen der UGP-RL zur irreführenden Geschäftspraxis mit Rückgriff auf § 3 UWG – wie zu den aggressiven Geschäftspraktiken erforderlich – durch richtlinienkonforme Auslegung umzusetzen.

1.1.1.2 Die Geltung der UGP-RL in besonderer Hinsicht, Anhang I Nr. 26

Die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern als Geschäftspraktik, die unter allen Umständen als unlauter gilt, ist in Nr. 26 des Anhangs I der UGP-RL geregelt. Es muss sich um ein hartnäckiges (1.1.1.2.1.1), unerwünschtes (1.1.1.2.1.2) Ansprechen handeln, unbeschadet Art. 10 der RL 97/7/Eg²¹⁾ (1.1.1.2.1.3) sowie die Richtlinien 95/46/EG²²⁾ (1.1.1.2.1.4) und 2002/58/EG²³⁾ (1.1.1.2.1.5).

20) Heinrichs NJW 1995, 153.

21) Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144 vom 04.06.1997, geändert durch die RL 2002/65/E (Abl. L 271 vom 09.10.2002, S. 16).

22) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, 31. Geändert durch die VO (EG) Nr. 1882/2003 (Abl. L 284 vom 31.10.2003, S. 1).

23) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, (Abl. L 201 vom 31.07.2002, S 37).

18) BGH WRP 2008, 1175 = GRUR 2008, 932 – Millionen-Chance unter Bezugnahme auf EuGH NJW 2006, 2465, Tz 115 und 124.

19) BGH WRP 1998, 718 = GRUR 1998, 824 – Testpreis-Angebot.

1.1.1.2.1 Wortliche Auslegung von Anhang I Nr. 26 der UGP-RL

1.1.1.2.1.1 „Hartnäckiges“ Ansprechen

„Hartnäckig“ ist ein Ansprechen, welches die vorhandene Gegenerklärung nicht zur Kenntnis nimmt, obschon jene erkennbar war oder erkannt hätte werden müssen. „Hartnäckig“ ist ferner ein Ansprechen, welches bei Fehlen einer Gegenerklärung dem Angesprochenen nicht alsbald die Möglichkeit zur Gegenerklärung eröffnet. Aufgrund dieser Definition ist „Hartnäckigkeit“ nicht erst dann gegeben, wenn das Ansprechen als zu häufig oder als zu lange andauernd bewertet wird²⁴). Dies ergibt sich nach diesseitiger Auffassung daraus, dass mit Anhang I Nr. 26 nicht die für den nationalen Gesetzgeber eröffnete Möglichkeit, zwischen einer Opt-in oder einer Opt-out-Erklärung wählen zu können, als solche aufgehoben werden sollte. Wollte man „hartnäckig“ erst mit einem häufigem oder einem lang andauernden „Ansprechen“ beginnen lassen, bestehen Schwierigkeiten, die Opt-in-Möglichkeit aufrecht zu erhalten. Darüber hinaus wäre der intendierte Verbraucherschutz gefährdet.

1.1.1.2.1.2 „Unerwünschtes“ Ansprechen

„Unerwünscht“ ist ein Ansprechen, welches trotz vorhandener (z. B. aufgrund Eintragung in der Robinson-Liste oder aufgrund schlüssigen Verhaltens) Gegenerklärung erfolgt. „Unerwünscht“ ist weiter ein Ansprechen, welches nach Beginn des Ansprechens trotz erstmals verlautbarter Gegenerklärung fortgesetzt wird. „Unerwünscht“ ist schließlich ein Ansprechen, welches die Vermutung des Unerwünschtseins aufgrund der Tageszeit oder der Besonderheit der Tage (z.B. Sonn- und Feiertage) in sich trägt.

1.1.1.2.1.3 „Hartnäckiges und unerwünschtes“ Ansprechen

Ausgehend von dieser den Verbraucherschutz berücksichtigenden Definition führen „hartnäckig und unerwünscht“ als selbstständig zu verwirklichende Voraussetzungen nur dann zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn bei Fehlen einer im Voraus verlautbarten Gegenerklärung der Ansprechende in dieser Haltung fortfährt, obschon der Angesprochene unverzüglich nach Beginn jenes Ansprechen abgelehnt hat.

In einem derartigen Fall ist das fortgesetzte Ansprechen „unerwünscht“, aber bis zum Zeitpunkt der „alsbald“ durch zügige Erklärung eröffneten (wohl nur noch formal bestehenden) Möglichkeit, diese und sämtliche Werbemöglichkeiten dieser Art durch Erklärung oder Handlung (Druck einer Ziffertaste des Telefons) zu beenden, nicht „hartnäckig“.

Jedes andere, auf der Begriffsebene begründete (Verbots-) Ergebnis berücksichtigt die Vorgaben der UGP-RL und damit die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht ausreichend. Eine andere, nicht im Rahmen der grammatischen, sondern der syste-

matischen (s.u. 1.1.1.2.3) Ausführungen zur lösenden Frage ist es, ob die Entscheidung für die Opt-in-Lösung lediglich auf die Auslegung des Merkmals „unerwünscht“ oder auch auf die Auslegung des Merkmals „hartnäckig“ Einfluss hat.

1.1.1.2.1.4 Artikel 10 der Richtlinie 97/7/EG (FernabsatzRL)

Artikel 10 Abs. 1 der RL 97/7/EG regelt die rechtliche Zulässigkeit von automatischen Anrufen und Telefax, sie ist zu dem hier gegenständlichen Gliederungspunkt (1.1.1.: Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ohne Verwendung automatischer Anrufmaschinen) nicht einschlägig. Art 10 Abs. 2 der RL 97/7/EG lautet wie folgt:

„Die Mitgliedsstaaten tragen dafür Sorge, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, mit Ausnahme der in Absatz 1 genannten Techniken nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.“

Nach der zitierten Bestimmung ist es im Hinblick auf die hier maßgeblichen individuellen Telefonate gegenüber Verbrauchern erforderlich, dass der Verbraucher das durch den Lieferanten eingesetzte Mittel des Telefonierens „nicht offenkundig abgelehnt (hat)“, wenn es um einen Vertragsabschluss im Fernabsatz geht.

1.1.1.2.1.5 RL 95/46/EG (DatenschutzRL)

Die Merkmale des „hartnäckigen und unerwünschten“ Ansprechens geltend ferner unbeschadet der RL 95/46/EG betreffend den Datenschutz und den freien Datenverkehr, also insbesondere unbeschadet Art. 7 lit. a, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn die betroffene Person ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben hat.

1.1.1.2.1.6 RL 2002/58/EG (EG-DatenschutzRL für elektronische Kommunikation)

Maßgebend insoweit ist Art. 13 Abs. 3:

„Die Mitgliedsstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um – gebührenfrei für den Teilnehmer – sicherzustellen, dass außer in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Fällen unerwünschte Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betroffenen Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solche Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind. Welche dieser Optionen gewählt wird, ist im innerstaatlichen Recht zu regeln.“ Deutlich wird also: Die Mitgliedsstaaten können selbst entscheiden, ob bei individuellen Anrufen eine vorherige Einwilligung (Opt-in) oder ein vorheriger Widerspruch (Opt-out) vorliegen muss.

1.1.1.2.1.7 Zusammenfassung zu 1.1.1.2.1

Geht man von der wörtlichen Auslegung von Anhang I Nr. 26 der RL 2005/29/EG (UGP-RL) aus, ergeben folgende Merkmale eine unter allen Umständen unlautere Geschäftspraxis:

– Das Ansprechen über Telefon gegenüber den Verbrauchern muss nicht nur hartnäckig, sondern auch unerwünscht sein (Nr. 26).

24) So aber OLG München v. 06.08.2008 – 29 W 1895/08, Ziffer 2: „Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, dass nach dem Wortlaut dieser Vorschrift in der zeitnahen Übersendung zweier E-Mails mit nahezu dem gleichen Inhalt noch kein hartnäckiges Ansprechen im Sinne der vorgenannten Vorschriften (sc: § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 1 a Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. Anhang Z 26 bis 31 angeführten Geschäftspraktiken des österreichischen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung vom 13.11.2007 [sc: die Ziffern 24 bis 31 des Anhangs zum österreichischen UWG sind identisch mit den Ziffern 24 bis 31 des Anhangs I der UGP-RL]) über unlautere Geschäftspraktiken) gesehen werden kann“.

- Nach Art. 10 Abs. 2 der RL 97/7/EG ist es erforderlich, dass der Verbraucher das Telefonat nicht offenkundig abgelehnt hat.
- Nach Art. 1 Abs. 1 der RL 95/46/EG ist der Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gewährleistet.
- Nach der RL 2002/58/EG hat gem. Art. 13 Abs. 3 der nationale Gesetzgeber ein Wahlrecht, ob er unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung nur bei einem vorherigem Einverständnis (Opt-in) oder erst bei einer entgegenstehenden Willenserklärung (Opt-out) erlaubt.

Ausgehend von diesem Befund lässt sich nicht sagen, die in Nr. 26 enthaltene Aufrechterhaltung der Geltung der RL 2002/58/EG führe zu einer durch den nationalen Gesetzgeber möglichen Ausblendung des Merkmals der „Hartnäckigkeit“. Es stehen vielmehr die in Nr. 26 geregelten Voraussetzungen nebeneinander aufgrund des Wortes „unbeschadet“. Dieses Wort „unbeschadet“ macht zugleich deutlich, dass das grammatische Argument nicht vom systematischen zu trennen ist.

1.1.1.2.2 Historische Auslegung

Die dem Regelungstext der Richtlinien vorangestellten Erwägungsgründe beinhalten objektive aber auch – wohl – subjektive (also historische) Zwecke. Da aufgrund der jeweils kurzen Zeitabstände zwischen Erlass und Gegenwart noch nicht gesagt werden kann, welche der genannten Zwecke objektiv bleiben und welche lediglich historische Bedeutung besitzen werden, ist die nachstehende Auswahl der vom Gesetzgeber genannten Gründe notwendigerweise subjektiv.

Die RL 2005/29/EG (UGP-RL) bezweckt gem. Art. 1 eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Bereich unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, ohne Mindestkriterien festzulegen.

„Zur Erreichung der Ziele der Gemeinschaft durch die Beseitigung von Hemmnissen für den Binnenmarkt ist es notwendig, die in den Mitgliedsstaaten existierenden unterschiedlichen Generalklauseln und Rechtsgrundsätze zu ersetzen. Das durch diese RL eingeführte einzige, gemeinsame generelle Verbot umfasst daher unlautere Geschäftspraktiken, die das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinträchtigen.“ Erwägungsgrund (13). Zweck ist es, zu verhindern, dass die Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, beeinträchtigt wird. Dies betrifft vor allem unlautere Geschäftspraktiken in Form der Irreführung, vgl. die Erwägungsgründe (6) und (14), ferner Art. 6 Abs. 1 vor lit. a, Art. 7 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3. Zweck ist es weiterhin zu verhindern, dass die Fähigkeit frei wählen zu können, nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Dies betrifft vor allem unlautere Geschäftspraktiken in Form aggressiver Handelspraktiken, also die Belästigung, die Nötigung und die unzulässige Beeinflussung, Erwägungsgrund (16), ferner Art. 8.

Zur Begründung der RL 95/46/EG (DatenschutzRL) heißt es wie folgt:

„Es sollen Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere

durch automatische Anrufmaschinen... zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können ... (eine) Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Bei solchen Formen unerbetener Nachrichten ... ist es gerechtfertigt, zu verlangen, die Einwilligung der Empfänger einzuholen, bevor ihnen solche Nachrichten gesendet werden“, Erwägungsgrund (40).

Die RL 2002/58/EG bezweckt, dass die in den Art. 8 und 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegten Rechte uneingeschränkt geachtet werden, Erwägungsgrund (2). Konkret geht es um den Schutz der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation sowie um den freien Verkehr dieser Daten, Art. 1 Abs. 1.

Fasst man diese Zwecke zusammen, gilt: Hauptzweck von Nr. 26 sowie der im Wege der Verweisung genannten Bestimmung des Art. 10 der RL 97/7/EG bzw. der Richtlinie 95/46/EG und der Richtlinie 2002/58/EG ist es, eine Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Verhaltens zu verhindern, es mithin zu ermöglichen, dass eine informierte Entscheidung getroffen und die Wahlfreiheit ausgeübt werden kann. Für diese Deutung spricht, dass auch die RL 95/46/EG eine „Verletzung der Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung“ voraussetzt, also nicht absolut vor jeder Telefonwerbung schützen will. Für diese Deutung spricht ferner, dass „entsprechend ... Art (5 des EG-Vertrags und dem dort genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip) diese RL (sc: die RL 2005/29/EG [UGP-RL]) nicht über das für die Beseitigung der Handelshemmnisse und die Gewährung eines hohen gemeinsamen Verbraucherschutzniveaus erforderliche Maß hinaus (- geht)“, Erwägungsgrund 23 der RL 2005/29/EG (UGP-RL).

1.1.1.2.3 Systematische Auslegung

Was die formelle Verhältnisbestimmung der in Nr. 26 genannten Merkmale im Hinblick auf die Telefonwerbung anbelangt, so stehen die Kriterien „hartnäckig und unerwünscht“ (als Regelfall, gerechtfertigte Ausnahme gem. Nr. 26: die Nationalen Gesetze erlauben auch dieses Verhalten zum Zweck durch Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung) neben Art. 10 der RL 97/7/EG (individuelle Kommunikation darf nicht offenkundig abgelehnt worden sein), ferner neben der RL 95/46/EG (Richtlinie zum Schutz der natürlichen Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr) und neben der RL 2002/58/EG (Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation).

Konkret stehen die Merkmale

- „hartnäckig und unerwünscht“ (RL 2005/29/EG, Anhang I, Nr. 26),
- Fehlen einer offenkundigen Ablehnung (RL 97/7/EG, Art. 10 Abs.),
- „Opt-in oder Opt-out -Lösung“ (RL 2002/58/EG, Art. 13 Abs. 2),

gleichberechtigt nebeneinander. Dies ergibt sich aus dem Wort „unbeschadet“, enthalten in Nr. 26 der hier auszulegenden Be-

stimmung der RL 2005/29/EG. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat in Nr. 26 keine Formulierung gewählt, aus der sich der Vorrang der dort gleichfalls genannten, früheren Richtlinien ergibt. Dass das Wort „unbeschadet“ keinen Anwendungsvorrang der Richtlinien 97/7/EG und 2002/58/EG vor der RL 2005/29/EG ergibt, folgt neben diesem Wort („unbeschadet“) auch daraus, dass anderenfalls unklar wäre, ob im Verhältnis der RL 97/7/EG zur RL 2002/58/EG das „Fehlen einer offenkundigen Ablehnung“ (so die RL 97/7/EG) oder die Möglichkeit, zwischen der „Opt-in“ oder „Opt-out“ Lösung zu wählen (so die RL 2002/58/EG), maßgebend wäre. Das Wort „unbeschadet“ bedeutet immer nur den Hinweis auf das zusätzliche geltend weitere Regelungen, wobei sich die Verhältnisbestimmung zwischen den verschiedenen Regelungen aus den allgemeinen Grundsätzen²⁵⁾ der Methodenlehre ergibt. Entsprechend wird das Wort „unbeschadet“ z. B. auch innerhalb von Art. 1 Abs. 5²⁶⁾, Art. 3 S. 2 und Art. 28 Abs. 5, 2. HS der VO (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben in Lebensmitteln (sog. Health-Claim-VO), aber auch in § 3 S. 1 UrhG interpretiert.

Kein Merkmal im Rahmen der Verhältnisbestimmung des Nr. 26 ist die im Erwägungsgrund (7) erwähnte Möglichkeit, dass in Fragen der guten Sitte und des Anstands Geschäftspraktiken wie beispielsweise das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken unerwünscht sein können. Dies deshalb, weil diese im Erwägungsgrund (7) genannte Möglichkeit kein Tatbestandsmerkmal von Nr. 26 ist. Somit steht das kulturell bedingte Verhalten von Sitte und Anstand weder gleichberechtigt, noch vor-, noch nachrangig zu den Merkmalen der Nr. 26.

Was die negative Bestimmung des Verhältnisses der Merkmale von Nr. 26 zueinander anbelangt, so gilt:

Ergäbe die in Art 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG eröffnete Optionsmöglichkeit zugleich deren Vorrang und zwar in dem Sinne, dass ein Ansprechen ohne vorherige Einwilligung zugleich als „hartnäckig“ angesehen werden müsste, wäre nicht nur das Merkmal des in Nr. 26 geregelten „unerwünschten und hartnäckigen“ Ansprechens, sondern zugleich die Regelung von Nr. 26 selbst überflüssig. Die Zulässigkeit der Telefonwerbung hinge nicht davon ab, ob das Ansprechen „hartnäckig und unerwünscht“ ist, sondern wäre lediglich dadurch bedingt, dass entweder vorausgehendes Einverständnis oder eine der gesamten Werbemaßnahme vorausgehende oder folgende Abwehrrklärung verlautbart wurde.

Die hier entwickelte Verhältnisbestimmung der in Nr. 26 – auch durch Verweisung – enthaltenen Merkmale bietet demgegenüber nicht nur eine Zwischenlösung (stoppen der Werbung durch Abwehrrklärung unmittelbar zu Beginn der Werbemaß-

nahme, auch aufgrund der Möglichkeit, nicht nur abgelehnt, sondern eine informierte Entscheidung getroffen zu haben), sondern vermeidet darüber hinaus die völlige Ausblendung vorhandener Tatbestandsmerkmale („hartnäckig und unerwünscht“).

Sollte eingewandt werden, mit Anwendung der Merkmale „hartnäckig und unerwünschten Ansprechen“ im Rahmen der vom nationalen Gesetzgeber gewählten Opt-in-Möglichkeit werde diese Möglichkeit für kurze Zeit, nämlich für die Dauer des Fehlens einer „Hartnäckigkeit“ beim Ansprechen durchbrochen, weshalb ein Widerspruch vorliege, gilt, dass dieser Widerspruch, (sofern er überhaupt gegeben ist) nicht im Denken des Verfassers, sondern in der RL 2005/29/EG begründet ist, zurückgestutzt durch den Verfasser allerdings auf das geringstmögliche Ausmaß aufgrund der hier angebotenen Lösungsmöglichkeit.

Was somit die materielle Verhältnisbestimmung der in Nr. 26 – auch durch Verweisung – geregelten Tatbestandsmerkmale anbelangt, so ist Telefonwerbung auch bei Entscheidung des nationalen Gesetzgebers für die Opt-in-Möglichkeit, also ohne vorherige Einverständniserklärung zulässig, wenn der Anruf nicht „hartnäckig“ ist. Von einer Hartnäckigkeit wird man schon dann ausgehen dürfen, wenn der Anrufer nicht sogleich sein Anliegen als Grundlage für die Möglichkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, deutlich macht. Hat der Anrufer zuvor seinen Anruf schriftlich angekündigt, dürfte es genügen wenn er hierauf Bezug nimmt. Macht der Anrufer eine der beiden geschilderten Weisen (oder in beiderlei Hinsicht) sein Anliegen deutlich, dürfte von „Hartnäckigkeit“ auszugehen sein, wenn er nach kurzer und prägnanter Darstellung insoweit nicht sogleich darauf verweist, diese Werbemaßnahme werde ihr sofortiges Ende mit einem entsprechenden Hinweis oder einem entsprechenden Verhalten des angerufenen Verbrauchers finden, desgleichen könne der angerufene Verbraucher durch kurze Erklärung oder Drücken einer bestimmten Zifferntaste des Telefons erklären, vom anrufenden Unternehmen bzw. dem werbenden Konzernunternehmen überhaupt nicht mehr angerufen zu werden. Macht der Anrufer seinem Anliegen zusätzlich überhaupt nicht deutlich, etwa, um den Angerufenen an sich zu binden, dürfte „Hartnäckigkeit“ noch früher zu bejahen sein. Die konkrete Lösung hängt – auch – von den Einzelumständen ab.

Das hier im Zuge der Anwendung des systematischen Arguments zu Nr. 26 gewonnene Auslegungsergebnis stellt auf die dargelegten Sachargumente ab. Sie dürfte im Übrigen mit der Rechtsprechung des BGH beispielsweise zum Ansprechen am Arbeitsplatz²⁷⁾ übereinstimmen, von anderen Ansätzen in Europa der Zulässigkeit der Telefonwerbung ganz zu schweigen²⁸⁾.

25) Im Rahmen der Verhältnisbestimmung des EU-Rechts zum nationalen Recht ist von einem Vorrang des EU-Rechts auszugehen (meine gegenteilige, in WRP 2001, 513, 515 Fn. 13 geäußerte Auffassung gebe ich hiermit auf); zur Verhältnisbestimmung von Bundesrecht und Landesrecht sowie den drei Sätzen „lex specialis derogat legi generali“, „lex posterior derogat legi priori“ und „lex posterior generalis non derogat legi priori specialis“, vgl. meine Nachweise a.a.O..

26) *Meisterernst/Haber*, WRP 2007, 363, 367.

27) BGH WRP 2004, 1017 = GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz I; BGH WRP 2006, 577 = GRUR 2006, 426 – Direktansprache am Arbeitsplatz II.

28) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Auflage 2008, Einleitung, Rn. 4.1 ff; die Darstellung dort ergibt kaum, dass die Telefonwerbung in anderen Staaten zum Lauterkeitsrecht zählt; vgl. ferner *Paefgen*, WRP 1994, 73; *Schricker*, GRUR Int. 96, 475.

1.1.1.2.4 Die objektiv-teleologische Auslegung

1.1.1.2.4.1 Die objektiv-teleologische Auslegung im Allgemeinen

Aufgrund des erwähnten (s. o., Eingangsbemerkung zu Ziffer 1.1.1.2.2) kurzen Zeitabstandes zwischen dem Inkrafttreten der hier maßgeblichen Richtlinie 2005/29/EG und dem Heute wird man nicht sagen können, zwischenzeitlich seien objektive Regelungszwecke hinzu bzw. vorgetreten. Damit sind nach wie vor die oben in Ziffer 1.1.1.2.2 genannten historischen Zwecke auch objektiv maßgebend. Will heißen:

Hauptzweck ist es, an Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Verhaltens zu verhindern, es mithin zu ermöglichen, dass eine informierte Entscheidung getroffen und die Wahlfreiheit ausgeübt werden kann, ohne dass es zu einer Verletzung der Privatsphäre kommt.

1.1.1.2.4.2 Die objektiv-teleologische Auslegung im Zusammenhang mit Erwägungsgrund (7)

Normzweck von Nr. 26 (und jeder sonstigen unter allen Umständen unlauteren Geschäftspraktik) ist es aber auch, den in manchen Einzelstaaten gesetzlich geregelten Fragen der guten Sitten und des Anstandes, wie es im Einzelfall auf kulturelle Gründe verweisen, Geltung zu verschaffen, so dass eine aggressive Geschäftspraxis selbst dann vorliegt, wenn die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigt wird. So kann das – unerwünschte – Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken aus kulturellen Gründen unerwünscht sein und daher in dem betreffenden Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaates als unlautere Geschäftspraxis verboten werden. Maßgebend bei der Anwendung der UGP-RL, insbesondere der Generalklausel, sind die Umstände des Einzelfalles (Erwägungsgrund (7)). Diese Erwägungen werfen inhaltliche und methodische Gesichtspunkte auf.

Inhaltlich ist beachtlich, dass die Fortwirkung eines einzelstaatlichen Verbots nicht an soziale Verbote, also nicht an die überall auch vorhandenen sozialen Regeln der guten Sitten und des Anstandes, nicht also an Regeln mit sozialer Geltung, sondern an einzelstaatliche Gesetze, also an Regeln mit rechtlicher Geltung anknüpft. Des weiteren durchbrechen derartige einzelstaatlichen rechtlichen Regeln der guten Sitten und des Anstandes nicht ohne weiteres die Wertungen des Gemeinschaftsgesetzgebers, sondern nur dann, wenn dies aus „kulturellen Gründen“ bedingt ist.

Bevor auch zu diesem Merkmal eine Konkretisierung unternommen wird, ist nicht allein erneut die bereits erwähnte Tatsache zu gegenwärtigen, dass die RL 2005/29/EG den Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken abschließend regelt und somit nicht lediglich einen Mindeststandard wie die RL 84/450/EWG über irreführende Werbung setzt. Vielmehr ist auch zu gegenwärtigen, dass mit dem Erwägungsgrund (7) lediglich eine Auslegungsmöglichkeit hervorgehoben und nicht bereits ein Tatbestandsmerkmal beschrieben wird.

Hat man hiervon ausgehend die inhaltliche Beachtlichkeit von „kulturellen Gründen“ gewichtet und geht man dazu über, den Begriff „Kultur“ zu umschreiben, kann man hierunter sämtliche in einem Volk oder einer Gemeinschaft vorfindbaren Lebensäußerungen des Menschen verstehen. Kultur ist mithin

Malerei, Musik, Recht, Religion, Sprache und Verhalten als Volkskunst, um einige Phänomene, geordnet nach dem ABC, zu nennen. Als mögliche Rechtfertigungsgründe der Fortgeltung einzelstaatlicher, in den guten Sitten und des Anstands liegender Verbote, kommen im Rahmen der vorgenannten Aufzählung lediglich das Recht und die Religion in Betracht.

Das Recht kann bei näherem Hinsehen allerdings deshalb nicht als kultureller Rechtfertigungsgrund des Rechts in Betracht kommen, weil es um die Rechtfertigung von Recht geht. Recht kann aber nicht mit Recht als Recht gerechtfertigt werden²⁹⁾. Und pragmatisch betrachtet, scheidet die Gleichsetzung von „kulturelle Gründe“ und „nationales Recht“ deshalb aus, weil es dem Gemeinschaftsgesetzgeber ausweislich des in Art. 1 der UGP-RL geregelten Zwecks nicht um die Implementierung nationalen Rechts als Gemeinschaftsrecht unter dem Gesichtspunkt einer Verbindlicherklärung der nationalen Rechtskultur, sondern um Gemeinschaftsrecht geht.

Somit sind es vor allem religiöse Gründe, die allein es rechtfertigen können, wenn die Wertungen nationaler Gesetzgeber, enthalten in den guten Sitten und in Regelungen betreffend des Anstandes gegenüber dem oder besser neben dem allgemein gültigen Gemeinschaftsrecht in Einzelstaaten als partikular geltendes Gemeinschaftsrecht Bestand haben. Dies macht auch das im Erwägungsgrund (7) erwähnte Beispiel des unerwünschten Ansprechens zu Verkaufszwecken auf der Straße deutlich. Dies bedeutet: In entsprechend religiös oder konfessionell geprägten Staaten der EU kann somit ein entsprechendes Verbot gemeinschaftsrechtlich – und nur darauf kommt es an – begründet werden. Und nachdem es in Deutschland kein insbesondere religiös oder konfessionell begründetes Verbot der Telefonwerbung gibt, kann nicht gesagt werden, in Deutschland sei die in § 7 UWG u.a. geregelte Telefonwerbung aus „kulturellen Gründen“ bedingt.

Methodisch ist beachtlich, dass die durch den Erwägungsgrund (7) begründete Auslegungsmöglichkeit nicht in Übereinstimmung mit Nr. 26 gebracht werden kann.

Denn es fehlt bei einem einmaligen, kurzen Ansprechen in der Öffentlichkeit zu Verkaufszwecken an der „Hartnäckigkeit“. Das kulturell bedingte, einzelstaatlich gesetzlich geregelte Verbot, allgemein abgeleitet aus den guten Sitten und dem Anstand, konkret begründet durch religiöse Erwägungen, aufwertbar durch Erwägungsgrund (7) des Gemeinschaftsrechts, ist nicht durch „Hartnäckigkeit“ begründet.

Da die in Anhang I geregelten Geschäftspraktiken unter allen Umständen als unlauter gelten, wird Erwägungsgrund (7) im Rahmen der Art. 8 und der Art. 9 der UGP-RL einerseits oder über Art. 5 UGP-RL andererseits praktisch wirksam. Hier, an dieser Stelle, geht es aber allein um die Begründung des Geltungsbereichs von Anhang I Nr. 26.

1.1.1.2.5 Zusammenfassung zu Ziff. 1.1.1.2.

Was die Auslegung von Anhang I Nr. 26 der RL 2005/29/EG (UGP-RL) und damit die Frage anbelangt, wann eine Telefon-

²⁹⁾ Genesis und Geltung sind zu trennen; dies wird hier vorausgesetzt. Auf die strenge philosophische Diskussion, die Bibliotheken füllen würde, an dieser Stelle einzugehen, ist kein Platz.

werbung vorliegt, die unter allen Umständen als unlauter gilt, so ist in grammatischer Hinsicht beachtlich, dass die Merkmale „hartnäckig und unerwünscht“ (RL 2005/29/EG, Anhang I, Nr. 26), das Fehlen einer offenkundigen Ablehnung (Art. 10 Abs. 2 der RL 97/7/EG) und die Einverständnis- bzw. Ablehnungsmöglichkeit (RL 2002/58/EG) gleichberechtigt nebeneinander stehen. Die historische und die objektiv-teleologische Auslegungsweise ergeben zugunsten der Verbraucher, dass diese eine informierte Entscheidung ohne Beeinträchtigung der eigenen Wahlfreiheit treffen können sollen. Die systematische Auslegung ergibt, dass auf der Grundlage von Nr. 26 auch bei Wahl des nationalen Gesetzgebers für die Notwendigkeit eines zuvor erklärten Einverständnisses keine Unlauterkeitshandlung gegenüber dem Verbraucher gegeben ist, wenn der individuelle Anruf nach Beginn des Ansprechens zugleich die Erklärung eines Widerspruchs ermöglicht, da in diesem Fall kein „hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen“ vorliegt. Macht in diesem Zusammenhang der Anrufer sein Anliegen nicht deutlich und hat er dieses auch zuvor etwa schriftlich nicht angekündigt, dürfte die Zeitspanne als Kriterium für das Vorliegen von „Hartnäckigkeit“ wegen des Fehlens, eine informierte Entscheidung unter Aufrechterhaltung der Wahlmöglichkeit treffen zu können, noch kürzer sein als bei Bekanntsein oder Bekanntmachens des Anliegens. Keine Änderung an diesem Ergebnis bewirkt der Hinweis auf den Erwägungsgrund (7). Beim Erwägungsgrund (7) handelt es sich nicht um ein Tatbestandsmerkmal, sondern um den Hinweis auf eine Auslegungsmöglichkeit, wonach in den guten Sitten und dem Anstand fundierte, einzelstaatlich gesetzlich geregelte Verbote, aus kulturellen Gründen Beachtung im Rahmen des Gemeinschaftsrechts finden können. Inhaltlich gilt, dass es sich bei den kulturellen Gründen vor allem um solche handelt, die eine religiöse Bedeutung zu dem betreffenden, einzelstaatlich als Gesetz geregelten Verbot geführt haben. Methodisch gilt, dass der Erwägungsgrund (7) deshalb keine Bedeutung im Rahmen der Konkretisierung von Anhang I Nr. 26 besitzt, weil der dargelegte Auslegungsinhalt mit dem Merkmal der „Hartnäckigkeit“ i.S.d. Nr. 26 nicht in Übereinstimmung gebracht werden kann. Die Bedeutung des im Erwägungsgrund (7) enthaltenen Auslegungshinweises entfaltet sich im Rahmen der Anwendung der Generalklausel des Art. 5 der UGP-RL.

1.1.1.3 Geltung der RL 2005/29/EG im Besonderen hinsichtlich Art. 5 bis Art. 9

Nachstehend wird zunächst allgemein zur Verhältnisbestimmung von Nr. 26 des Anhangs I der RL 2005/29/EG zu den flexibel anwendbaren Tatbeständen der Art. 5 bis 9 Stellung genommen, sodann wird die mögliche Verletzung der zuletzt genannten Bestimmungen aufgrund der individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern erörtert.

1.1.1.3.1 Verhältnis von Anhang I Nr. 26 zu den Art. 5 bis 9 der UGP-RL im Allgemeinen

Art. 5 Abs. 5 der RL 2005/29/EG lautet wie folgt:

„Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese Liste

gilt einheitlich in den Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden“.

Die hier interessierende Verhältnisbestimmung von Nr. 26 zu den Art. 5 bis 9 dürfte in der Antwort auf die Frage liegen, ob bei Nichterfüllung der Merkmale einer als unlauter anzusehenden Geschäftspraxis ohne Wertungsmöglichkeit (hier: Nr. 26) der Wertungsgehalt der als unlauter geregelten Geschäftspraxis für das betreffende Verhalten in dem Umfang seiner Nähe zur jedenfalls unlauteren Geschäftspraxis wächst oder ob die Anwendung der Art. 5 bis 9 autonom, also ohne Rückgriff auf die in Anhang I enthaltenen Wertungen zu erfolgen hat.

Der zweiten Variante wird hier der Vorrang gegeben: Was außerhalb eines als jedenfalls unlauter geltenden Verhaltens liegt, hat die betreffenden Regelungsvoraussetzungen nicht verwirklicht. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn das betreffende Verhalten eine Nähe zu den im Anhang I geregelten Verhaltensweisen aufweist. Hiervon losgelöst ist bei fehlender Zuordenbarkeit eines Verhaltens zu den Art. 6 bis 9 der RL die Frage zu beantworten, wie eine Konkretisierung der Generalklausel des Art. 5 der UGP-RL vorzunehmen ist, wenn insbesondere Fallgruppen als Folge von Leitentscheidungen fehlen, mithin die Zuordnung eines bestimmten Verhaltens zur Generalklausel überhaupt schwierig ist. In diesem Fall können die in Anhang I geregelten Verhaltensweisen Anschauungsmaterial für die erwähnte Zuordnung ergeben. Maßgebend für die Bewertung als unlauter bleibt aber immer das im Zuge begründeter methodischer Vorgehensweise gewonnene Ergebnis der Konkretisierung.

Wegen des Erwägungsgrundes (7) fragt es sich allerdings, ob sich an diesem Ergebnis etwas ändert, wenn eine nationale gesetzliche Regelung betreffend die guten Sitten oder den Anstand aus kulturellen Gründen Telefonwerbung in dem hier gegenständlichen Fall – Anruf ohne Einverständnis, allerdings sofortiger Hinweis auf die Beendigungsmöglichkeit(en) – verbietet. Immerhin heißt es im Erwägungsgrund (7) auch, dass es beim Vorhandensein einer solchen nationalen Bestimmung nicht auf die Beeinträchtigung – und man darf wohl sagen: auch nicht auf die Möglichkeit der Beeinträchtigung – der Wahlfreiheit des Verbrauchers ankommt.

Da allerdings Art. 8 der RL zusätzlich auf eine „tatsächliche oder voraussichtlich erhebliche“ Beeinträchtigung und nicht nur die bloße Beeinträchtigung abstellt, Art. 5 Abs. 2 lit. b der UGP-RL dagegen nur auf die wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Durchschnittsverbrauchers bzw. die Eignung hierzu abstellt, ist die schwierige Lösung zu der Frage, wie ein Regelungswortlaut mit Hinweis auf eine Auslegungsmöglichkeit überwunden werden kann, vorzugsweise im Rahmen der Anwendung von Art. 5 der RL zu begründen.

Was das in Art. 6 und Art. 7 der UGP-RL geregelte Irreführungsverbot anbelangt, so gilt: dass es Fälle gegeben hat, gibt und geben wird, die im Zusammenhang mit Telefonwerbung ein irreführendes Verhalten durch Tun oder Unterlassen aufweisen, war, ist oder wird keine Eigenart der Telefonwerbung sein, sondern ist eine Erscheinungsform menschlichen Verhaltens.

1.1.1.3.2 Das Verhältnis von Anhang I Nr. 26 zu Art. 5 der UGP-RL im Besonderen am Beispiel einer nicht hartnäckigen Telefonwerbung

Nach Art. 5 Abs. 2 der RL ist eine Geschäftspraxis unlauter, wenn sie a) den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und b) in Bezug auf die betreffende Ware oder Leistung das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst oder hierzu geeignet ist.

Berufliche Sorgfalt ist gemäß Art. 2 lit. h der UGP-RL „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei dem in billiger Weise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“. Die „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ ist in Art. 2 lit. e der UGP-RL definiert und betrifft somit die spürbare Beeinträchtigung der Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen nebst Veranlassung zu einer anderen, sonst nicht getroffenen Entscheidung.

Wendet man diese Kriterien auf eine Telefonwerbung ohne vorausgehendes Einverständnis an, bestehen ausgehend vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 lit. a der UGP-RL Bedenken, ob es den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht, wenn im Zuge eines Anrufs nach dem Einleitungssatz auf die Möglichkeit der Beendigung dieser Werbemaßnahme oder sonstiger telefonischer Werbemaßnahmen dieses Anbieters in verständlicher und leicht zu verwirklichender Form hingewiesen wird und auch ansonsten keine Tatsachen vorliegen, die eine Hartnäckigkeit begründen. Man wird also sagen müssen, dass das im Bereich unlauterer Geschäftspraktiken nur gemeinschaftsrechtlich begründbare Verbot einer Telefonwerbung ohne vorausgehendes Einverständnis bei fehlender Hartnäckigkeit sich weder über Anhang I Nr. 26 noch über die Art. 8 und 9 der UGP-RL noch aus dem Wortlaut von Art. 5 der UGP-RL herleiten lässt.

Was den soeben erwähnten Wortlaut von Art. 5 der UGP-RL allerdings anbelangt, so gibt der Gemeinschaftsgesetzgeber im Erwägungsgrund (7) der RL vor, dass die grammatische Auslegung – wohl gegenüber der Auslegung nach dem objektiven Sinn und Zweck – dann unter Abwägung aller Umstände zurücktritt, wenn eine nationale Verbotsregelung als Ausdruck der guten Sitten und des Anstands, legitimiert durch kulturelle Gründe, zurücktritt. In diesem Fall, also bei Interpretation des betreffenden Verhaltens als beruflich unsorgfältig, weil den anständigen Marktgepflogenheiten vor allem wegen religiöser Gründe widersprechend, nebst Ausblendung des Merkmals der Relevanz, ist eine Telefonwerbung ohne vorausgehendes Einverständnis auch bei fehlender Hartnäckigkeit nach Gemeinschaftsrecht – und allein darauf kommt es an – unlauter.

Die – allein nach Gemeinschaftsrecht zu bestimmende – Unlauterkeit des hier zugrunde gelegten Beispielfalles der Telefonwerbung ist in Deutschland unlauter, wenn § 7 UWG Ausdruck einer gesetzlichen Regelung betreffend die guten Sitten und des Anstands wäre, wobei zusätzlich gerade diese Regelung durch kulturelle, mithin religiöse Gründe legitimiert sein müsste.

Hiervon wird man kaum ausgehen dürfen. Die Regelung des § 7 UWG ist vielmehr Folge der Wertung, wonach niemand ohne vorheriges Einverständnis in dem im weitesten Sinn dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzurechnenden privaten Bereich eindringen darf³⁰. Speziell christliche oder christlich-jüdische³¹ Vorstellungen liegen der Regelung des § 7 UWG nicht zugrunde. Damit bleibt es bei dem gefundenen Ergebnis, dass eine Telefonwerbung in Deutschland ohne vorheriges Einverständnis, aber auch ohne Hartnäckigkeit zumindest seit dem 12.12.2007 nicht – mehr – unlauter ist.

1.1.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht

Maßgebend für die Zulässigkeit der individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ist das UWG vom 22.12.2008³². § 7 Abs. 1 S. 1 UWG lautet wie folgt: „Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig“. § 7 Abs. 2: „Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen, Nr. 2: Bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung ...“.

Gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben sich somit in zweierlei Hinsicht Änderungen: zum einen ist die unzumutbare Belästigung nicht „unlauter“, sondern „unzulässig“ (s.u. Ziffer 1.1.2.1). Zum anderen ist gem. § 7 Abs. 2 UWG die unzumutbare Belästigung in den Fällen der Regelbeispiele nicht „insbesondere“ (so aber § 7 Abs. 2 a.F. UWG), sondern „stets“ anzunehmen. Zu den Voraussetzungen des Einverständnisses selbst wurden seitens des Gesetzgebers keine Änderungen vorgenommen³³.

1.1.2.1 „Unzulässigkeit“ statt „Unlauterkeit“; keine Entbehrlichkeit der „Hartnäckigkeit bei der Telefonwerbung

„Die Ersetzung des Wortes ‚unlauter‘ in § 7 Abs. 1 S. 1 UWG durch das Wort ‚unzulässig‘ in § 7 Abs. 1 UWG-E dient der Klarstellung, dass die Bagatellklausel des § 3 Abs. 1 UWG-E nicht neben § 7 UWG-E anwendbar ist“³⁴. Hierzu gilt: Wäre der nationale Gesetzgeber autonom, stünden Erwägungen wie zitiert nichts im Wege. Richtig ist allerdings, dass § 7 UWG die Rechtmäßigkeit von Geschäftspraktiken konkret unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln regelt. Die Rechtmäßigkeit von Geschäftspraktiken muss seit dem 12. Juni 2007, spätestens jedoch seit dem 12. Dezember 2007 unter dem Gesichtspunkt einer gemeinschaftsrechtlich zu bestimmenden „Lauterkeit“ bewertet werden. Maßgebend ist also die UGP-RL und dort Anhang I Nr. 26. Wie dargelegt ist es mithin erforderlich, dass ein „hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen“ mittels Fernkommunikationsmitteln unter allen Umständen als unlauter

30) Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 26. Auflage 2008, § 1 UWG, Rn. 17: „Soweit eine Wettbewerbshandlung eine unerlaubte Handlung i. S. d. §§ 823 ff BGB gegenüber dem Verbraucher darstellt, wird dadurch auch ihre Unlauterkeit indiziert.“

31) Zur Maßgeblichkeit religiöser Vorstellungen bzw. Glaubensüberzeugungen für das Recht, Fikentscher, Methoden des Rechts, Band IV, 1977, S. 405: „Ist die wertende Natur des Rechts erkannt, so kann man sich zweier weiterer Erkenntnisse schlechterdings nicht entziehen: Dass nämlich jede Rechtsfrage eine ‚religiöse‘ und eine ‚politische‘ ist.“

32) BGBl. 2008 I, 2949; Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten: 22.12.2008; Veröffentlichung im BGBl.: 29.12.2008. Inkrafttreten: 30.12.2008.

33) BT-Ds 16/10145 vom 20.08.2008, S. 28.

34) UWGE vom 21. Mai 2008, S. 57.

ter gilt. Die sonstigen Bestimmungen zur Regelung „aggressiver Geschäftspraktiken“ gemäß Art. 8 UGP-RL bzw. Art. 5 Abs. 2 lit b UGP-RL setzen allerdings nach wie vor das Erfordernis der Relevanz, mithin der tatsächlichen oder möglichen Beeinträchtigung der Wahlfreiheit voraus.

Der BGH hatte mit Urteil vom 16. November 2006³⁵⁾ entschieden, dass bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i.S.v. § 7 UWG eine Prüfung des Merkmals der „nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung“ i.S.d. § 3 UWG a.F. (jetzt: Eignung, spürbar zu beeinträchtigen) nicht mehr veranlasst ist. Dem scheint der Gesetzgeber im Rahmen von § 7 Abs. 1 UWG entsprechen zu wollen. Vor dem – maßgeblichen – Hintergrund der UGP-RL kommt außerhalb des Anwendungsbereichs von Anhang I Nr. 26 wie dargestellt ein bloßes Abstellen auf die „Unzulässigkeit“ ohne Prüfung der Relevanz allerdings nicht mehr in Betracht.

„Diese Bestimmung (sc: § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E) weicht von Nr. 26 des Anhangs I der RL insoweit ab, als danach bereits der erste unerwünschte, d.h. ohne vorherige Zustimmung vorgenommene Werbeanruf unzulässig ist (als ‚Opt-in‘-System bezeichnet ...), während von Nr. 26 des Anhangs I der RL nur ‚hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon‘ usw. erfasst wird. Die insoweit strengere Regelung ist jedoch zulässig. Denn sie beruht auf Art. 13 Abs. 3 der (RL 2002/58 EG [Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation])“³⁶⁾.

Hierzu gilt: Die zugunsten des nationalen Gesetzgebers in Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG eingeräumte Möglichkeit, sich für das Erfordernis einer vorherigen Einwilligung oder einer Gegenerklärung nach dem ersten Anruf zu entscheiden, betrifft – grammatikalisch ausgelegt – das Merkmal „unerwünscht“. Entscheidet sich der nationale Gesetzgeber für die Opt-in-Lösung (Notwendigkeit eines vorherigen Einverständnisses), kommt es bei einem dem allgemeinen Sprachgebrauch folgenden getrennten Verständnis der Begriffe „hartnäckig“ und „unerwünscht“ zu einer Zurückdrängung der Notwendigkeit eines vorherigen Einverständnisses (Opt-in-Lösung), sofern man in Übereinstimmung mit dem „unbeschadet“ keinen Anwendungsvorrang der nach diesem Wort („unbeschadet“) genannten Richtlinien annimmt.

Dieses Zurückdrängen der Notwendigkeit einer vorherigen Einwilligung (Opt-in-Lösung) ist allerdings nicht vollständig, sondern lediglich geringfügig, also auf den Zeitraum beschränkt, innerhalb dessen der Anruf noch nicht „hartnäckig“ erfolgt. Würde man demgegenüber bereits dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht folgen und eine „Hartnäckigkeit“ schon dann bejahen, wenn der Anruf ohne vorherige Einwilligung erfolgt (ohne dass bereits eine Gegenerklärung vorliegt), würde man das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ nicht nur ganz vorübergehend, sondern vollständig zurückdrängen. Widerspruchsfreier ist daher auch im Rahmen einer systematischen Auslegung die Beibehaltung des hier dargelegten Begriffs einer zeitlich sich nur sehr geringfügig auswirkenden Hartnäckigkeit.

1.1.2.2 Einwilligung des Verbrauchers

Im modernen Leben folgen zumindest im Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern die Rechte und Pflichten aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Idylle und das Leitbild des im BGB geregelten Vertrages, wonach die Vertragsparteien im Einzelnen ihre Rechte und Pflichten verhandeln und das Verhandlungsergebnis zur Grundlage einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung, dem Vertrag, machen, finden sich nicht einmal mehr bei Kaufgeschäften über die Versteigerungsplattform eBay. Der dort verhandelbare Vertragsinhalt bezieht sich allein auf den Preis. Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern gibt es zwar mitunter preislich und/oder inhaltlich ausgehandelte Verträge, zumeist diktiert aber auch dort die überlegene Partei der Schwächeren den formularmäßig vorbereiteten Vertragsinhalt. Bei unternehmensbezogenen Verträgen ist dann die Abhängigkeit des unterlegenen Unternehmers noch größer als die des unterlegenen Verbrauchers. Der unterlegene Unternehmer kann auch nicht wie der Verbraucher sich über den betreffenden Vertrag ärgern, im Übrigen aber zu anderen Vertragspartnern wechseln. Er kann – vor allem als Lieferant – das Geschäft zu welchen Bedingungen auch immer abschließen oder Insolvenz anmelden³⁷⁾.

Wenn demgegenüber der XI. Zivilsenat³⁸⁾ am 16. März 1999 ein formularmäßig erklärtes Einverständnis in die Telefonwerbung als unangemessen i.S.d. §§ 9 ff AGBG (seit 01.01.2002: §§ 307 ff BGB) bewertete, so begegnen dieser Rechtsauffassung auch deshalb gewisse Bedenken, weil die §§ 307 ff BGB nicht dazu dienen, die Tatsache der Verwendung vorformulierter Erklärungen als unangemessen zu bewerten, sondern deren Inhalt einer rechtlichen Bewertung zu unterziehen. Wären vorformulierte Erklärungen unangemessen, bräuchte es die Inhaltskontrolle und damit die §§ 307 ff BGB selbst nicht. Aus der Notwendigkeit eines Einverständnisses folgt nicht die Unzulässigkeit eines vorformulierten Einverständnisses. Eine andere Frage ist es, ob die vorformulierte Einverständniserklärung vom individuellen Willen auf Vertragsschluss umfasst wird. Letzteres (Umfasstsein) wird man bei Verschiedenheit des Vertragsgegenstands als Hauptzweck aus Sicht des Partners des Verwenders einerseits und dem Einverständnis in die Telefonwerbung andererseits grundsätzlich zu verneinen haben. Ein Umfasstsein wird man dagegen bei Identität oder Nähe des Vertragsgegenstands als Hauptzweck aus Sicht des Partners des Verwenders einerseits mit dem Einverständnis der Telefonwerbung andererseits grundsätzlich zu bejahen haben. Eine andere Frage ist weiter, ob bei Erfasstsein der Einverständniserklärung in die Telefonwerbung vom primären Vertragszweck (aus Sicht des Partners des Verwenders) die vorformulierte Einverständniserklärung überhaupt Vertragsinhalt wurde, woran es fehlt, wenn sie an systematisch unrichtiger Stelle sich befindet, also überraschend gemäß §§ 305 c BGB war³⁹⁾. Eine an-

37) Zu dem Gesichtspunkt, dass der Schutz des Unternehmers über § 307 BGB als Vertragspartner des Verwenders lediglich Teil des nur einheitlich zu verstehenden Privatrechts ist, weil die Einwirkung von Real faktoren immer zugleich auch ein allgemeines rechtliches Problem darstellt, Bernreuther WRP 2002, 368, 385 f. m.w.N. zur Definition von Privatautonomie, vgl. die Nachweise bei Bernreuther, WRP 2002, 366, 384 f.

38) BGHZ 141, 124 = WRP 1999, 660.

39) LG Düsseldorf K & R 2007, 282; wenn das Gericht annimmt, dass das Erklärungs-bewusstsein fehlte, ist dies ein Gesichtspunkt, dem der Verfasser im Rahmen der Inhaltskontrolle von Formularverträgen nicht folgen möchte.

35) BGH WRP 2007, 775 = GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für „Individualverträge“.
36) BT-Ds. 16/10145 vom 20.08.2008, S. 29.

dere Frage ist es ferner, ob die Einverständniserklärung einer Inhaltskontrolle standhält, etwa, weil der Kreis der Berechtigten unklar ist oder entscheidungsrelevante Regelungen des BDSG nicht eingehalten wurden.

Für die hier vertretene Auffassung dürfte sprechen, dass es in Art. 13 Abs. 2 der RL 2002/58/EG vom 12. Juli 2002⁴⁰⁾ (EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) wie folgt heißt:

„Ungeachtet des Absatzes 1 kann eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß der RL 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vorneherein abgelehnt hat“.

Diese Regelung passt nicht auf ein individuell ausgehandeltes Einverständnis.

Die Entscheidung des BGH vom 16. Juli 2008⁴¹⁾ belegt, dass auf die Bewertung, formularmäßig erklärte Einverständniserklärungen seien per se unzulässig, nicht mehr abgestellt werden kann. Und da die §§ 4 Abs. 1, 4 a Abs. 1 BDSG bei der Werbung per Post keine gesonderten Voraussetzungen regeln, war die folgende Klausel wirksam:

„Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden ...

hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird“.

Dieselbe Einverständniserklärung war allerdings insoweit unzulässig, als sie die Werbung mit E-Mails oder SMS betraf. Insoweit verstößt das Erfordernis, wonach der Kunde durch Ankreuzen des Kästchens eine Werbung mittels elektronischer Post vermeiden muss, gegen die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG als Umsetzung von Art. 13 Abs. 3 EG – Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation geregelte Voraussetzung der Abgabe einer gesonderten Erklärung.

„Eine solche Erklärung ist nicht schon in der Unterschrift zu sehen, mit der der Kunde das auf Rabattgewährung gerichtete Vertragsangebot annimmt“⁴²⁾. Und eine gesonderte Einwilligungserklärung sah das Anmeldeformular nicht vor. Dass die Entscheidung Fälle des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zum Gegenstand hatte (Werbung mittels E-Mail oder SMS), es im vorliegenden Fall um die individuelle Telefonwerbung, gemessen an § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG geht, erlaubt rechtlich betrachtet wegen der Einheitlichkeit der Voraussetzungen (vorherige Einwilligung) die Übertragbarkeit der besprochenen Entscheidung an dieser Stelle.

Zusammenfassend gilt Folgendes: formularmäßig erklärte Einverständniserklärungen sind nicht deshalb unzulässig, weil sie formularmäßig erklärt werden. Fehlt eine gesonderte Einver-

ständniserklärung, ist mithin die einzige unterzeichnete Erklärung auf das Vertragsangebot bezogen, ist eine auf den Erhalt von Werbung vom Verwender vorformulierte Einverständniserklärung zulässig, soweit es um den Postversand geht. Diese vom Verwender vorformulierte, von dessen Vertragspartner nicht gesondert unterschriebene Erklärung benachteiligt demgegenüber unangemessen, wenn es um Werbung mittels elektronischer Post geht. Aus der Entscheidung ergibt sich somit nicht, dass eine vom Verwender vorformulierte und vom Vertragspartner gesondert unterschriebene Einverständniserklärung betreffend Werbung mittels elektronischer Post unzulässig wäre. Hiervon ausgehend hebt sich die hier gegenständliche Entscheidung des VIII. Zivilsenats deutlich von den beschränkenden Vorgaben der bisherigen, insbesondere durch den XI. Zivilsenat verlautbarten Rechtsprechung ab. Dabei gilt zusätzlich, dass dieses Ergebnis auch durch die vorstehend zu Ziff. 1.1.1 aufgeführten Überlegungen zugunsten des Werbenden erleichtert wird. Es kommt nicht einmal auf ein – fehlendes – Einverständnis an, wenn unmittelbar zu Beginn auf die Beendigungsmöglichkeit dieses Anrufs oder sonstige Anrufe hingewiesen wird und dies technisch einfach zu verwirklichen ist, mithin der Anruf nicht „hartnäckig“ ist.

Auf diesen Gesichtspunkt – und damit die wettbewerbsrechtlich gegebene Verknüpfung der Voraussetzungen zulässiger Telefonwerbung mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts – hatte der VIII. Zivilsenat nicht einzugehen, da der Unterlassungsantrag die Rechtmäßigkeit von rechtlichen Regelungen (Klauseln), nicht aber das tatsächliche Verhalten des Verwenders als Folge dieser Klauseln zum Gegenstand hatte. Auch eine Erstbegehungsgefahr insoweit war nicht geltend gemacht worden. Des Weiteren war nicht streitgegenständlich die Prüfung einer Klausel etwa mit dem Wortlaut: „Auf Ihr Einverständnis kommt es nicht an, solange unser Anruf nicht hartnäckig ist“.

Und was schließlich die Tatsache anbelangt, dass nunmehr wegen § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auch Wettbewerbshandlungen nach Vertragsschluss vom Anwendungsbereich des UWG erfasst werden, so gilt zumindest, dass derartige Ansprüche nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UKlaG nicht geltend gemacht worden waren.

1.1.2.3 Rechtsfolge

Fehlt die Einwilligung, ist die Telefonwerbung unlauter i.S.v. § 3 UWG: Dieses Verbot kann mit den im UWG geregelten (z.B. § 8 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 UWG) oder das UWG begleitenden (§ 918 ff ZPO) Möglichkeiten auf den ersten Blick durchgesetzt werden. Dieses Ergebnis besteht allerdings deshalb nur auf den ersten Blick, weil – wie vorstehend zu Ziff. 1.1.1 dargelegt – das bloße Fehlen einer Einwilligung nicht zur gemeinschaftsrechtlich zu bestimmenden Unlauterkeit führt. Somit stellt sich die Frage, auf welchem Weg einer gemeinschaftsrechtlich begründeten Lauterkeit Geltung gegenüber einer nach § 7 UWG begründeten Unlauterkeit verschafft werden kann. Immerhin steht das über § 3 UWG i.V.m. Anhang I Nr. 26 der UGP-RL gefundene Ergebnis (s.o. Ziff. 1.1.1) dem über § 7 UWG ebenso gefundenen Ergebnis gegenüber.

Als Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung kommen insoweit die Fiktion eines – zeitlich durch den Begriff der

40) ABl. L 201 vom 31.07.2007.

41) BGH WRP 2009, 56 = GRUR 2008, 1010 – Payback-Programm.

42) BGH WRP 2009, 56 = GRUR 2008, 1010 – Payback-Programm.

„Hartnäckigkeit“ begrenzten – Einverständnisses einerseits sowie das Fehlen einer mehr als „unerheblichen“ Beeinträchtigung, jeweils für den Fall der fehlenden Hartnäckigkeit bei Anruf, in Betracht. Der zweiten Möglichkeit (nur unerhebliche Beeinträchtigung) ist der Vorzug zu geben. Auf diese Weise wird der Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG („Einwilligung“) nur dergestalt uminterpretiert, als das Wort „unzulässig“ als „unlauter“ verstanden wird; was innerhalb des UW erlaubt sein muss. Darüber hinaus weisen die Begriffe „hartnäckig“ und „geeignet sind, spürbar zu beeinträchtigen“ Übereinstimmungen inhaltlicher Art auf.

1.1.3 Zusammenfassung zu Ziff. 1.1 (Individuelle Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern)

Ausgangs- und Endpunkt der Zulässigkeit der Telefonwerbung als Bestandteil geschäftlicher Praktiken ist das Gemeinschaftsrecht, mithin die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Erster Anknüpfungspunkt insoweit ist Anhang I Nr.26. Danach gilt eine Telefonwerbung unter allen Umständen als unlauter, wenn sie sich als „hartnäckig und unerwünschtes Ansprechen“ erweist. Ausgehend von dieser wörtlichen Auslegung steht neben der Hartnäckigkeit des unerwünschten Ansprechens sodann aufgrund ausdrücklicher Verweisung in Nr. 26 („dies gilt unbeschadet“), zweitens Art. 10 der RL 97/7/EG (= Fernabsatz-RL: „Die Mitgliedstaaten [sorgen] dafür, dass [individuelle] Anrufe nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat“) und drittens Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG (Datenschutz-RL in der elektronischen Kommunikation: Ermächtigung an den nationalen Gesetzgeber, die Zulässigkeit individueller Aussagen von einer Einwilligung oder einer Ablehnung abhängig zu machen).

Nach der historischen und der objektiv-teleologischen Auslegung darf die Telefonwerbung nicht so hartnäckig sein, dass es zu einer Beeinträchtigung der Wahlfreiheit des Angerufenen kommt. Und die systematische Auslegung ergibt, dass auf der Grundlage von Nr. 26 auch bei Wahl des nationalen Gesetzgebers für die Notwendigkeit eines zuvor erklärten Einverständnisses keine Unlauterkeitshandlung gegenüber dem Verbraucher gegeben ist, wenn der individuelle Anruf nach Beginn des Ansprechens zugleich die Möglichkeit der Beendigung dieser Werbemaßnahme oder sonstiger Werbemaßnahmen eröffnet.

Was die Auslegung der Art. 8 und 9 der UGP-RL anbelangt, so fehlt es zum einen an einer „tatsächlich oder voraussichtlich erheblichen Beeinträchtigung“, wenn der Angesprochene nach dem Eröffnungs- oder Begrüßungssatz darauf hingewiesen wird, dass er diese Werbemaßnahme oder sämtliche Werbemaßnahmen des Anrufers durch einfache Erklärung oder Handlung (z.B. Druck einer bestimmten Taste) beenden kann. Darüber hinaus wird der Angerufene auch nicht tatsächlich oder voraussichtlich dahin veranlasst, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.

Was die Auslegung der Generalklausel des Art. 5 UGP-RL anbelangt, so wird deren Wortlaut (Widerspruch zu dem Erfordernis der beruflichen Sorgfalt; Geeignetheit, ein geändertes geschäftliches Verhalten herbeizuführen) nur dann durch die im

Erwägungsgrund (7) genannte Auslegungsmöglichkeit, mithin aufgrund objektiv-teleologischer Auslegung verdrängt, wenn das nationale Verbot der Telefonwerbung Ausdruck der guten Sitten und des Anstandes und zusätzlich aus kulturellen Gründen gerechtfertigt ist. Als kulturelle Gründe insoweit kommen hauptsächlich religiöse in Betracht. Da das Verbot der in § 7 UWG geregelten Telefonwerbung weder in einem Gesetz betreffend die guten Sitten oder des Anstands fundiert ist, noch die deutsche Rechtslage durch religiöse Gründe legitimiert ist, scheidet ein in Art. 5 UGP-RL – und das Gemeinschaftsrecht sonst – begründetes Verbot einer nicht hartnäckigen Telefonwerbung aus.

Ausgangs- und Eckpunkt der Zulässigkeit der Telefonwerbung als Bestandteil geschäftlicher Praktiken ist das Gemeinschaftsrecht deshalb, weil die UGP-RL ihren Gegenstand – die Lauterkeit bzw. Unlauterkeit von Geschäftspraktiken – abschließend regelt; dies gilt zumindest im Hinblick auf die hier gegenständliche Telefonwerbung. Soweit daher das seit dem 29.12.2008 geltende Verbot der Telefonwerbung lediglich auf die Frage eines Einverständnisses abstellt, ist dieses Ergebnis dergestalt wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu berichtigen, als es an der „Geeignetheit des Wettbewerbsverstoßes zur spürbaren Beeinträchtigung“ i.S.d. § 3 UWG dann fehlt, wenn der Anruf nicht „hartnäckig“ erfolgte.

1.2 Werbung mittels automatischer Anrufmaschinen

1.2.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht

1.2.1.1 Die Geltung der UGP-RL im Allgemeinen in zeitlicher, sachlicher und rechtlicher Hinsicht

Nach Art. 19 S. 1 UGP-RL waren bis zum 12.06.2007 die erforderlichen Umsetzungsvorschriften zu erlassen, nach Art. 19 S. 3 UGP-RL waren die die UGP-RL umsetzenden Vorschriften – spätestens – ab dem 12.12.2007 anzuwenden.

In sachlicher Hinsicht verfolgt die UGP-RL gem. Art. 1 das Ziel der Vollharmonisierung. Dies bedeutet, dass unlautere Geschäftspraktiken gegenüber dem Verbraucher dort mit Ausnahme der genannten, beinahe ausschließlich im Gemeinschaftsrecht fundierten Sonderbereiche, abschließend geregelt werden. Nationales Recht darf gemäß Art. 3 Abs. 5 UGP-RL bis zum 13. Juni 2013 weiter gelten, wenn es selbst auf Richtlinien fußt, dort eine Mindestregelung enthalten ist, ferner das restriktive oder strengere nationale Recht zum Schutz des Verbrauchers unbedingt erforderlich ist und letztlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.

Was die rechtliche Geltung der UGP-RL anbelangt, so war und ist diese Regelung bereits wegen Art. 3 Abs. 5 UGP-RL spätestens seit dem 12. Dezember 2007, voraussichtlich jedoch seit dem 12. Juni 2007 im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung über § 3 UWG anzuwenden.

1.2.1.2 Die Geltung der UGP-RL im Besonderen hinsichtlich Anhang I Nr. 26

1.2.1.2.1 Wörtliche Auslegung von Anhang I Nr. 26

„Hartnäckig“ ist ein Ansprechen, welches bei Fehlen einer Gegenerklärung nicht alsbald (im Regelfall wohl: nach 10 Se-

kunden) keine Möglichkeit zur Gegenerklärung eröffnet. „Unerwünscht“ ist ein Ansprechen, welches wider die eigene Gegenerklärung entfaltet oder fortgeführt wird.

Diese Merkmale des „hartnäckig und unerwünschten Ansprechens“ gelten gemäß Nr. 26 des Anhangs I der UGP-RL unbeschadet von Art. 10 Abs. 1 der RL 97/7/EG, also neben der Regelung, wonach Verbraucher bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz mit einem maschinellen Anrufsystem zuvor einverstanden gewesen sein müssen.

Die Merkmale des „hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens“ gelten ferner unbeschadet der RL 95/46/EG betreffend den Datenschutz und dem freien Datenverkehr, also insbesondere unbeschadet der Notwendigkeit eines eindeutigen Einverständnisses in die Datenverarbeitung, Art. 7 lit a.

Die Merkmale des „hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens“ gelten schließlich unbeschadet der RL 2002/58/EG und damit vor allem unbeschadet von Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie. Danach darf „die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen) ... für die Zwecke der Direktwerbung ... nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden“.

Ob das Erfordernis einer vorherigen Einwilligung nicht nur die Interpretation der Voraussetzung „unerwünschtes“ Ansprechen, sondern auch die Interpretation der Voraussetzung „hartnäckiges“ Ansprechen beeinflusst, ist nicht an dieser Stelle, sondern im Rahmen der systematischen Auslegung zu klären. Zusammenfassend zur wörtlichen Auslegung von Nr. 26 des Anhangs I der UGP-RL gilt: anders als im Fall der Verbraucherwerbung mittels individuellen Anrufs (s.o. Ziff. 1.1) ist bei der Verbraucherwerbung mittels Verwendung von Anrufmaschinen (hier Ziff. 1.2) wegen Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/58/EG klargestellt, dass das „Ansprechen“ gemäß Nr. 26 nur zulässig ist, wenn eine vorherige Einwilligung des Teilnehmers vorlag. Die Direktwerbung ist also „unerwünscht“ i.S.d. Nr. 26, wenn eine vorherige Einwilligung fehlt. Hieraus folgt – im Rahmen der hier gegenständlichen wörtlichen Auslegung – erneut nichts für das gleichfalls in Nr. 26 geregelte Merkmal des „hartnäckigen“ Ansprechens.

1.2.1.2.2 Historische Auslegung von Anhang I Nr. 26

Insoweit ergibt sich kein Unterschied gegenüber der Auslegung von Anhang I Nr. 26 im Fall der individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern: auch im Fall der Verwendung von Anrufmaschinen ist Hauptzweck, dass eine informierte Entscheidung getroffen und die Wahlfreiheit ausgeübt werden kann.

1.2.1.2.3 Systematische Auslegung von Anhang I Nr. 26

Die Merkmale „hartnäckig und unerwünscht“ (RL 2005/29/EG, Anhang I Nr. 26), „vorherige Zustimmung“ mit der Verwendung von Anrufmaschinen als Mittel der Kommunikation zum Zweck von Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (RL 97/7/EG, Art. 10), Verwendung von Anrufmaschinen „nur bei vorherigen Einwilligung“ (RL 2002/58/EG, Art. 13 Abs. 1) stehen nebeneinander.

Ein Anruf mittels automatischer Anrufmaschinen ist daher unerwünscht, wenn in diesen nicht vorab eingewilligt wurde oder

wenn aus den Umständen (Tageszeit; Besonderheit der Tage, s. o. Ziff. 1.1.1.2.1.2) auf das Unerwünschtsein zu schließen ist. Dies führt aber noch nicht dazu, dass – trotz Fehlens der vorherigen Einwilligung – der Anruf „hartnäckig“ ist. Zwar ist es zutreffend, dass ein – schon dem allgemeinen Sprachgebrauch folgendes – getrenntes Verständnis der Begriffe „hartnäckig“ und „unerwünscht“ zu einer Zurückdrängung der Notwendigkeit einer vorherigen Einwilligung (Opt-in-Lösung) führt. Dieses Zurückdrängen ist allerdings nicht vollständig, sondern lediglich geringfügig, also auf den Zeitraum beschränkt, innerhalb dessen der Anruf noch nicht „hartnäckig“ erfolgt.

Würde man demgegenüber bereits dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht folgen und eine „Hartnäckigkeit“ schon dann behaupten, wenn der Anruf ohne vorheriges Einverständnis erfolgt (ohne dass bereits eine Gegenerklärung vorliegt), würde man das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ nicht nur ganz vorübergehend, sondern völlig zurückdrängen.

Widerspruchsfreier – als maßgebender Gesichtspunkt im Rahmen der systematischen Auslegung, versteht man diese als Herstellung eines Zusammenhangs, geordnet nach Haupt und Gliedern⁴³⁾ – ist daher auch im Rahmen der systematischen Auslegung die Beibehaltung des Begriffs der „Hartnäckigkeit“.

1.2.1.2.4 Die objektiv-teleologische Auslegung

Objektiver Normzweck von Anhang I Nr. 26 ist es, die Entscheidungsfreiheit des Angerufenen, insbesondere im Sinne der Wahrung der Wahlfreiheit sicherzustellen. Dieser Normzweck wird nicht bei kurzfristigen Kontaktversuchen nebst der zugunsten des Angerufenen ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit, diese oder sämtliche Arten dieser Werbung zu beenden, beeinträchtigt. Ob kulturelle Gründe dafür sprechen können, dass auch die beschriebene kurzfristige Kontaktaufnahme unzulässig ist, muss aus methodischen Gründen (Erwägungsgrund [7] der UGP-RL, ist ein Auslegungshinweis, der seine Geltung nicht innerhalb von Nr. 26 entfalten kann) im Rahmen der Generalklausel des Art. 5 UGP-RL erörtert werden.

1.2.1.3 Die Geltung der UGP-RL im Besonderen hinsichtlich der Art. 5 bis 9

Da Art. 8 UGP-RL im Rahmen der Regelung der aggressiven Geschäftspraktiken zusätzlich auf eine „tatsächliche oder voraussetzliche erhebliche“ Beeinträchtigung abstellt, fehlt es jedenfalls an der insoweit beschriebenen Relevanz, wenn eine vorherige Einwilligung vorgeschrieben ist, jedoch alsbald der Angerufene auf die Beendigungsmöglichkeiten hingewiesen wird.

Dasselbe Ergebnis – keine Beeinträchtigung von Relevanz bei Anrufen, zu denen nicht die gesetzlich erforderliche Einwilligung erklärt wurde, wenn alsbald auf die geschilderten Beendigungsmöglichkeiten hingewiesen wird – gilt wegen der gleichfalls in der Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 lit b UGP-RL geregelten Relevanz.

⁴³⁾ Bernreuther WRP 2002, 368, 369 Fn. 16; Bernreuther WRP 2001, 513, 516 nebst Fn. 20 bis 27.

Der Erwägungsgrund (7) ist im Rahmen der Anwendung von Art. 5 UGP-RL nicht von Belang, da das Verbot der Telefonwerbung, auch wenn diese Werbung mittels Anrufmaschinen durchgeführt wird, in Deutschland nicht aus religiösen Gründen legitimiert ist.

1.2.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht

Maßgebend für die Unzulässigkeit der Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern mittels automatischer Anrufmaschinen ist das UWG vom 22.12.2008⁴⁴.

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG lautet nunmehr wie folgt:

„Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine ..., ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt.“

Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben sich wiederum (s.o. Ziff. 1.1.2) in zweierlei Hinsicht: zum einen ist die unzumutbare Belästigung nicht „unlauter“, sondern unzulässig gemäß § 7 Abs. 1 UWG (s.u. Ziff. 1.2.2.1). Zum anderen ist die Werbung unzulässig, wenn nicht vorher eine „ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt“ (s.u. Ziff. 1.2.2.2).

1.2.2.1 „Unzulässigkeit“ statt „Unlauterkeit“; keine Entbehrlichkeit der „Hartnäckigkeit“ auch bei der Telefonwerbung mittels automatischer Anrufmaschinen

Mit dem bewussten Ersetzen des Merkmals der „Unlauterkeit“ durch das Bewertungsergebnis der „Unzulässigkeit“ will man die Möglichkeit der Diskussion darüber, ob die Telefonwerbung zu spürbaren und relevanten Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit führt bzw. eignet, vermeiden⁴⁵. Die weitere Nichtbeachtung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben ergibt sich daraus, dass das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ im Rahmen von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht erwähnt wird, auch bleibt jede Begründung dieses Tuns in der Erläuterung hierzu aus. Damit scheidet – wegen der Eindeutigkeit⁴⁶ des entgegenstehenden Wortlautes (Ersetzung von „unlauter“ i.S.d. § 7 Abs. 1 UWG a.F. durch „unzulässig“ i.S.d. § 7 Abs. 1 UWG n.F.) – eine richtlinienkonforme Auslegung aus.

Und da die gemeinschaftsrechtlich vorhandenen, durch die UGP-RL geregelten Vorgaben in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG keine Berücksichtigung finden, hält diese Bestimmung den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im Rahmen einer Vorlage nach Art. 234 EG erneut nicht stand.

1.2.2.2 Die „ausdrückliche“ Einwilligung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und das Gemeinschaftsrecht

Erstaunlich ist auch, dass in der Gesetzesbegründung vom 20.08.2008 keine Auseinandersetzung damit erfolgt, ob das

Einverständnis des Vorliegens einer „vorherigen ausdrücklichen Einwilligung“ anhand gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zu erörtern ist. Immerhin ist in Anhang I Nr. 26 der UGP-RL die Rede vom „unerwünschten Ansprechen per Telefon“. Weiter ist in Art. 10 Abs. 1 der RL 97/7/EG (Fernabsatz-RL) das Erfordernis geregelt, wonach die Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner nur erlaubt ist, wenn der Verbraucher der Verwendung dieser Technik vorher zugestimmt hat. Auch Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/58/EG (EG-DatenschutzRL für elektronische Kommunikation) verlangt für die Zulässigkeit von automatischen Anrufmaschinen, dass deren Verwendung durch „vorherige Einwilligung“ der Teilnehmer gestattet „wurde“.

Weshalb es gemeinschaftskonform sein soll, dass eine durch schlüssiges Verhalten erklärte Einwilligung nicht ausreicht, müsste der Gesetzgeber anhand der vorstehenden Zitate aus drei verschiedenen Richtlinien wohl noch näher begründen; denn dass vom Nichtausreichen eines schlüssigen Verhaltens auszugehen sei, drängt sich zumindest nicht offenkundig auf.

Darüber hinaus finden sich in der die insoweit die Grundlage der Gesetzesbegründung des UWG bildenden Begründung des Referentenentwurfs des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung vom 13. Mai 2008 keine Nachweise, dass das bisherige Erfordernis der Einwilligung aufgrund schlüssigen Verhaltens die Ursache für eine bislang nicht ausreichende („zur besseren Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung ...“) Bekämpfung der Telefonwerbung war. Was schließlich den weiteren Hinweis dort anbelangt, ohne Änderung („ausdrückliche Einwilligung“) wäre dem straf- und bußgeldrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt, gilt, dass dieser Gesichtspunkt deshalb nicht verständlich ist, weil die im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung des Verbots der Telefonwerbung erforderliche Bestimmtheiten nicht hinter dem Maß des für das straf- und bußgeldrechtlich Erforderlichen hinterhinkt. M.a.W., die Bestimmtheit des Verbots der Telefonwerbung hängt nicht mit dem Erfordernis einer „ausdrücklichen Einwilligung“ zusammen, sondern mit der juristischen Kunst, das Verbot zutreffend zu formulieren⁴⁷. Von daher bestehen sogar erhebliche Bedenken gegen die verfassungsrechtlich gebotene Voraussetzung der Erforderlichkeit der umgesetzten Regelung.

1.2.3 Zusammenfassung zu Ziff. 1

Individuelle Telefonwerbung einerseits (Ziff. 1.1) und Telefonwerbung mittels Anrufmaschinen andererseits (Ziff. 1.2) sind nach einem einheitlichen rechtlichen Maßstab zu bewerten: Maßgebend seit dem 12. Juni 2007, spätestens jedoch seit dem 12. Dezember 2007 ist die UGP-RL. Nach Anhang I Nr. 26 der UGP-RL gilt unter allen Umständen als unlauter eine individuelle oder maschinelle Telefonwerbung dann, wenn sie „hartnäckig und unerwünscht“ erfolgt. Ob die betreffende Telefonwerbung unter anderen Umständen, also im Übrigen unlauter ist, bestimmt sich nach Art. 8 UGP-RL, mithin auch unter Beachtung der Merkmale der Spürbarkeit und der Relevanz. Fehlt

44) BGBl. 2008 I, 2949; Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten: 22.12.2008; Veröffentlichung im BGBl.: 29.12.2008. Inkrafttreten: 30.12.2008.

45) „Die Ersetzung des Wortes ‚unlauter‘ in § 7 Abs. 1 S. 1 UWG durch das Wort ‚unzulässig‘ in § 7 Abs. 1 UWG-E dient der Klarstellung, dass die Bagatellklausel des § 3 Abs. 1 UWG-E nicht neben § 7 UWG-E anwendbar ist“, BT-Ds. 16/10145 vom 20.08.2008, S. 28. Tatsächlich stellt § 7 Abs. 1 UWG den Versuch dar, die Formen der dort geregelten belästigenden Werbung entsprechend dem traditionellen deutschen Rechtsverständnis – Schutzzweck ist weniger die Lauterkeit des Geschäftsverkehrs als die Unantastbarkeit der durch § 823 BGB geschützten Privatsphäre vor jeglicher noch so geringen Beeinträchtigung – aus dem UWG herauszulösen.

46) EuGH NJW 2006, 2405 Tz. 107 bis Tz. 111 – Adeneler.

47) BGH WRP 2007, 775 = GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für „Individualverträge“; Folgeentscheidung: OLG Frankfurt, WRP 2008, 1272.

es an der Hartnäckigkeit i.S.v. Anhang I Nr. 26 oder an der Unlauterkeit gemäß Art. 8 UGP-RL im Übrigen, ändert sich die Zulässigkeit der betreffenden Telefonwerbung kaum noch aufgrund der Generalklausel des Art. 5 UGP-RL, es sei denn, die Unlauterkeit der konkreten Werbung ergibt sich aus kulturellen, also aus in der Mehrzahl der Fälle religiösen Gründen. Unter diesen Voraussetzungen und in diesem Umfang gilt § 7 UWG oder jede sonstige nationale Regelung der Telefonwerbung innerhalb der EU. Oder anders ausgedrückt: das UWG setzt weder die Hartnäckigkeit (Anhang I Nr. 26 UGP-RL), noch die „tatsächlich oder voraussichtlich erhebliche Beeinträchtigung“ (Art. 8 und Art. 9 der UGP-RL) noch die Geeignetheit, ein geändertes geschäftliches Verhalten herbeizuführen (Art. 5 UGP-RL) um. Damit setzt sich der deutsche Gesetzgeber dem Verdacht aus, entweder eigene politische Zielsetzungen an die Stelle des Rechts gesetzt oder handwerklich nicht fehlerfrei gearbeitet zu haben. Dass die Beherrschung des Handwerks nicht durch jedes Instandsgesetz vorausgesetzt werden kann, werden manche Anwälte bestätigen können, genügt aber nicht als Legitimation für den Gesetzgeber. Dass der Gesetzgeber bewusst gegen rechtliche Vorgaben der EU gehandelt hat, muss als Möglichkeit ausscheiden.

2. Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern

Erneut wird zwischen individuellen Anrufen einerseits und Anrufen unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen andererseits unterschieden.

2.1 Individuelle Telefonwerbung

Wiederum wird nachstehend zwischen dem Recht der EU und dem nationalen Recht unterschieden.

2.1.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht

Nach Art. 13 Abs. 3, Abs. 5 der RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) ist zwischen dem Schutz natürlicher Personen und „anderen Teilnehmern als natürlichen Personen“ zu unterscheiden. Da sonstige Marktteilnehmer als Gewerbetreibende i.S.d. Art. 2 lit b UGP-RL als natürliche Person oder als juristische Person betroffen sein können, wird nachstehend diese Unterscheidung aufgegriffen.

Geht es um den Schutz natürlicher Personen als sonstige Marktteilnehmer, haben nach Art. 13 Abs. 3 der RL 2002/58/EG „die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen (zu ergreifen), um – gebührenfrei für den Teilnehmer – sicherzustellen, dass ... unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung oder (gegen deren Willen erfolgten), nicht gestattet sind“. Welche der Optionen gilt, „ist im innerstaatlichen Recht zu regeln“.

Wie bereits dargestellt (s.o. Ziff. 1.1.1.2.1.6) folgen aus dieser Regelung nur inhaltliche Anforderungen dergestalt, dass sich der nationale Gesetzgeber für die Opt-in oder die Opt-out-Lösung (ausdrückliches Einverständnis; ausdrückliche Gegenerklärung) zu entscheiden hat. Geht es um den Schutz juristischer Personen als sonstige Marktteilnehmer, haben bei der in-

dividuellen Telefonwerbung die Mitgliedstaaten Sorge zu tragen, dass die „berechtigten Interessen“ dieser Teilnehmer ausreichend geschützt werden.

Noch weniger Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber enthält die RL 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) für die Regelung der Telefonwerbung durch den nationalen Gesetzgeber: in der DatenschutzRL geht es um die Voraussetzungen der Verarbeitung von personenbezogenen Daten als mögliche Grundlage von Einverständniserklärungen mit der Telefonwerbung.

2.1.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht

2.1.2.1 Der Wortlaut von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG lautet:

„Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung“.

Mit diesen Voraussetzungen werden keine erleichterten Voraussetzungen gegenüber der gleichfalls in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG geregelten individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern („ohne dessen Einwilligung“) geregelt. Vielmehr wurde im Gesetzgebungsverfahren zum UWG vom 22.12.2008 übersehen, nach Streichung der Wörter „vorherige ausdrückliche“ Einwilligung durch den Verbraucher, enthalten noch in der Gesetzesbegründung vom 20.08.2008 (s.o. Fn. 9), insgesamt einheitliche Voraussetzungen für die individuelle Telefonwerbung herzustellen.

2.1.2.2 Systematik

Was den Zusammenhang von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit dem Gemeinschaftsrecht anbelangt, so wahrt die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG den Zusammenhang mit der RL 2002/58/EG (DatenschutzRL für elektronische Kommunikation). Das Abstellen auf die „zumindest mutmaßliche Einwilligung“ gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bewegt sich innerhalb des in der genannten RL eröffneten Handlungsspielraums. Die UGP-RL lässt wegen ihrer Geltung gegenüber Verbrauchern an dieser Stelle (Ziff. 2: Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern) nicht anwenden. Was den Zusammenhang mit der individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern anbelangt, so zeigt sich allerdings ein Wertungswiderspruch zu vorstehend Ziff. 1.1: Bei individueller Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern liegt nur dann ein Wettbewerbsverstoß vor, wenn die Anrufer „hartnäckig“ sind. Bei individueller Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern soll ein Wettbewerbsverstoß vorliegen, wenn zumindest die mutmaßliche Einwilligung fehlt. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die Geltung strengerer Voraussetzungen bei der Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern verfassungskonform ist.

Was folglich den Zusammenhang von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit dem GG betrifft, so hängt die rechtliche Bewertung der Rüge derjenigen Person, welche eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung beanstandet (nachfolgend: Beschwerdeführer [BF]) davon ab, ob der BF sich weniger oder mehr Telefonwerbung wünscht; die Bewertung hängt ferner davon ab, ob der BF als Verbraucher oder als sonstiger Marktteilnehmer auftritt.

(1) Der BF wünscht sich weniger Werbung

(1.1) Der BF wünscht sich als Verbraucher weniger individuelle Telefonwerbung

Insoweit gilt – wie vorstehend zu Ziff. 1.1 dargestellt – die UGP-RL, insbesondere Anhang I Nr. 26, ferner Art. 8 UGP-RL sowie Art. 5 UGP-RL.

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG – oder jede sonstige deutsche Regelung – ist richtlinienkonform i.S.d. UGP-RL auszulegen. Da deutsches Recht, soweit dessen Anwendung das Ergebnis der Umsetzung – oder wie hier – der Auslegung von Gemeinschaftsrecht ist, nicht am Maßstab von Art. 3 GG überprüft werden kann⁴⁸⁾, führt die Ungleichbehandlung des Verbrauchers durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, konkretisiert am Maßstab des Gemeinschaftsrechts mit der Folge der Maßgeblichkeit der „Hartnäckigkeit“, nicht zu einer Verletzung von Art. 3 GG.

(1.2) Der BF wünscht sich als sonstiger Marktteilnehmer weniger individuelle Telefonwerbung

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG scheidet aus, weil der BF durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht ungleich belastet ist: Für ihn ist es ein Vorteil, dass mangels Anwendbarkeit der UGP-RL das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ nicht gilt. Wird gegen diese Argumentation eingewendet, der Eingang von Telefonwerbung als „Belastung“ sei eine Unterstellung; vielmehr werde der Adressat wegen des Segens der Telefonwerbung aufgrund eingehender Anrufe nicht belastet, was zur Folge eine mögliche ungleiche Belastung nach Art. 3 Abs. 1 GG hat, so gehen wir diesem Einwand als unreal nicht weiter nach.

(2) Der BF wünscht sich mehr Werbung

(2.1) Der BF wünscht sich als Verbraucher mehr individuelle Telefonwerbung

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG scheidet aus, weil der BF durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht ungleich belastet ist: Für ihn ist es von Vorteil, wenn wegen der Anwendbarkeit der UGP-RL das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ gilt.

(2.2) Der BF wünscht sich als sonstiger Marktteilnehmer mehr individuelle Telefonwerbung

Insoweit ist zusätzlich zu unterscheiden, ob der Unternehmen den Wunsch nach mehr Telefonwerbung als Werbetreibender oder als Werbeempfänger hegt.

(2.2.1) Der BF wünscht als Werbungtreibender mehr individuelle Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern

Der BF rügt eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG, da Mitbewerber, die gegenüber Verbrauchern tätig sind, aufgrund des Merkmals der „Hartnäckigkeit“ einfacheren Voraussetzungen unterliegen.

(2.2.1.1) Beschreibung der unterschiedlich betroffenen Personengruppen

Da die Werbungtreibenden jeweils gleiche Merkmale aufweisen, werden nachstehend nur die unterschiedlichen Adressatenkreise beschrieben.

(2.2.1.1.1) Adressatenkreis der Werbung des BF

Der BF trifft auf einen Adressatenkreis, dessen Wahlfreiheit – die UGP-RL macht deutlich, dass es sich bei der Telefonwerbung vom Gegenstand betrachtet um aggressive, nicht aber um irreführende Geschäftspraktiken und daher nicht um die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit geht –, eine informierte Entscheidung zu treffen, aufgrund der geschäftlichen Erfahrung durch Telefonwerbung nicht ohne weiteres wesentlich eingeschränkt (vgl. Art. 2 lit j UGP-RL) werden kann. Denn das Werben um Geschäftsabschlüsse und die eingesetzten Möglichkeiten sind nicht nur geschäftlicher Alltag, sondern gehören selbst zu den Handlungsmitteln der Umworbenen. Dass solches zwar auf umworbene Unternehmer, möglicherweise aber nicht auf umworbene Arbeitnehmer, die gleichfalls sonstige Marktteilnehmer sind, zutrifft, wird der Übersichtlichkeit der Systematik halber hier nicht mehr näher thematisiert.

Jedenfalls dürfte für alle Adressaten gelten, dass die individuelle Telefonwerbung kein Massengeschäft ist, mithin das Eingehen auf die Person des Umworbenen erfordert, was dessen Wahrnehmung, Subjekt zu sein, fördert und daher verstärkt gegen eine grundsätzlich anzunehmende wesentliche Einschränkung der Wahlfreiheit spricht.

(2.2.1.1.2) Adressatenkreis der Werbung des Begünstigten

Der durch das Merkmal der „Hartnäckigkeit“ begünstigte Werbungtreibende trifft auf durchschnittlich informierte Verbraucher (nicht: sonstige Marktteilnehmer), bei denen Geschäftsabschlüsse nicht so häufig wie bei der Werbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern zum geschäftlichen Alltag gehören, dasselbe gilt für den eigenen Umgang mit Werbemitteln. Folglich sind Verbraucher einfacher in ihrer Wahlfreiheit zu beeinflussen, was zu den vereinfachten rechtlichen Voraussetzungen („Hartnäckigkeit“) im Widerspruch steht.

(2.2.1.2) Unterschiedliche Behandlung von wesentlich Gleichen

Die unterschiedlichen Sachverhalte werden von denselben⁴⁹⁾ Trägern der öffentlichen Gewalt gestaltet, dem Bundesgesetzgeber. Ungleiche Sachverhalte – individuelle Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern einerseits und gegenüber sonstigen Marktteilnehmern andererseits – werden nicht entsprechend ihrer Ungleichheit ungleich, sondern unter Missachtung der Ungleichheit verstärkt ungleich behandelt. Der Nachteil für den BF liegt in der Verletzung seines Grundrechts auf Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 GG.

48) BVerfGE 73, 339 = NJW 1987, 577 – Solange II; im Grundsatz bestätigt durch BVerfG NJW 2000, 3124; Köhler, GRUR-RR 2008, 145 Fn. 4 mit kritischem Hinweis darauf, dass das BVerfG Vorschriften des UWG zur vergleichenden Werbung nicht als verfassungskonform bezeichnen dürfte, da diese Regelungen Ergebnis der Umsetzung europäischen Rechts und damit der Bewertung des BVerfG insoweit entzogen sind.

49) Jarass/Pieroth, GG 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 4a.

(2.2.1.3) Sachlicher Differenzierungspunkt

Sachliche Differenzierungspunkte für die mutmaßliche Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Eine strengere Prüfung des Differenzierungspunktes ist vorzunehmen, wenn verschiedene Personengruppen und nicht nur verschiedene Sachverhalte ungleich behandelt werden⁵⁰⁾. Ob die Werbung gegenüber Verbrauchern einerseits und gegenüber sonstigen Marktteilnehmern andererseits verschiedene Personengruppen betrifft, bedürfte näherer Aufklärung der tatsächlichen Grundlagen. Eine strengere Prüfung des Differenzierungspunktes ist allerdings deshalb angezeigt, weil die missachtende Ungleichbehandlung in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit des Werbungtreibenden und damit in Art. 12 GG eingreift⁵¹⁾.

(2.2.1.4) Zusammenfassung zu Ziff. (2.2.1) und Folgen

Die unterschiedlich betroffenen Personengruppen unterscheiden sich hinsichtlich des Adressatenkreises, die unterschiedliche Behandlung dieser Adressatenkreise entspricht allerdings nicht den Unterschieden, sondern widerspricht diesen. Damit fehlt es an einem sachlichen Differenzierungspunkt, was zur Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG führt. Die Folge ist, dass die Rechtsprechung der Ungleichbehandlung durch verfassungskonforme Auslegung, mithin durch Anhebung der Voraussetzungen einer „nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung“ i.S.d. § 3 UWG zu begegnen hat. Mithin die Beachtung des Erfordernisses, dass unlauterer Wettbewerb nur bei der Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung i.S.d. § 3 Abs. 1 UWG verboten ist, erfordert trotz der Ersetzung des Merkmals der „Unlauterkeit“ durch die „Unzulässigkeit“ i.S.v. § 7 Abs. 1 UWG. Konkret: § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gilt wegen Art. 3 Abs. 1 GG auch gegenüber sonstigen Marktteilnehmern nur dann, wenn der individuelle Anruf zusätzlich „hartnäckig“ ist, weil erst dann eine Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung gemäß § 3 Abs. 1 UWG gegeben ist.

(2.2.2) Der BF als sonstiger Marktteilnehmer wünscht als Adressat individueller Telefonwerbung von dieser mehr

Der BF rügt die Verletzung von Art. 3 GG, da er als Verbraucher leichter in den Genuss von Telefonwerbung komme. Hier dürfte eine Verletzung von Art. 3 GG deshalb ausscheiden, weil zum einen ein Grundrechtsverstoß fehlt, zum anderen die Ungleichbehandlung nicht unterschiedliche Personenkreise betrifft. Dies hat zur Folge, dass das Fehlen eines sachlichen Differenzierungspunktes nur an jene Voraussetzungen geknüpft ist, welche hier nach diesseitiger Auffassung nicht erfüllt sind.

(3) Zusammenfassung zu Ziff. (1) und Ziff. (2)

Im Rahmen einer Prüfung, ob die unterschiedliche Behandlung der individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern (Voraussetzung: „Hartnäckigkeit“) und gegenüber sonstigen Marktteilnehmern („zumindest mutmaßliche Einwilligung“) gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, kommt vom Sachverhalt her betrachtet allein in Frage, ob Werbungtreibende in ihrer Telefon-

Akquise gegenüber Unternehmern verfassungswidrig oder verfassungskonform behandelt werden. Da die unterschiedlichen Adressatenkreise allerdings nicht entsprechend ihrem Unterschied, sondern im Widerspruch zu den Unterschieden behandelt werden, verstößt eine am Wortlaut ausgerichtete Auslegung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Verfassungskonforme Zustände lassen sich über § 3 Abs. 1 UWG („geeignet ..., spürbar zu beeinträchtigen“)⁵²⁾ erzielen.

2.1.2.3 Historische und objektive Zweckerlegung

Diesseits sind keine Gründe bekannt, welche eine strengere Auslegung der individuellen Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern aus historischen Gründen oder aus objektiven Zweckerwägungen rechtfertigen würden.

2.1.3 Zusammenfassung zu Ziff. 2.1.

Individuelle Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern bestimmt sich nicht nach den Vorgaben der UGP-RL. Was die Vorgaben der RL 2002/58/EG (EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) anbelangt, so werden diese durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 des UWG vom 22. Dezember 2008 eingehalten.

Allerdings führen die Wertungswidersprüche, wie sie aufgrund der individuellen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern und dem damit zu beachtenden Merkmal der „Hartnäckigkeit“ sowie des Erfordernisses der Beeinträchtigung von Verbraucherbelangen gemäß Art. 5 UGP-RL gelten, zu Verletzungen von Art. 3 Abs. 1 GG, die sich durch eine verfassungskonforme Auslegung von § 7 Abs. 1 UWG, mithin durch Rückgriff auf § 3 Abs. 1 UWG, lösen lassen.

2.2 Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern mittels automatischer Anrufmaschinen

Erneut ist zu unterscheiden zwischen dem Recht der EU und deutschem Recht.

2.2.1 Die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht

Geht es um den Schutz natürlicher Personen als sonstige Marktteilnehmer, bedarf es nach Art. 13 Abs. 1 der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation der vorherigen Einwilligung der Teilnehmer. Geht es um den Schutz juristischer Personen als sonstige Marktteilnehmer, haben – wie schon zuvor bei der individuellen Telefonwerbung, s. o. Ziff. 2.1.1 – die Mitgliedstaaten Sorge zu tragen, dass die berechtigten Interessen dieser Teilnehmer ausreichend geschützt werden.

2.2.2 Die Rechtslage nach deutschem Recht

Nach dem Wortlaut von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine automatische Telefonwerbung ohne Einwilligung unlauter, weil insbesondere in unzumutbarer Weise belästigt wird.

50) Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 19.

51) Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 21.

52) Damit dürfte sich die Entscheidung des BGH WRP 2007, 775 = GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für „Individualverträge“ nicht aufrecht erhalten lassen.

Was den Zusammenhang von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG mit dem Gemeinschaftsrecht anbelangt, so bestimmt sich dieser – wegen der Nichtgeltung der UGP-RL gegenüber sonstigen Marktteilnehmern – lediglich nach den Voraussetzungen der RL 2002/58/EG. Sind die sonstigen Marktteilnehmer natürliche Personen, entspricht § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG der Regelung des Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/58/EG (Erforderlichkeit einer vorherigen Einwilligung). Sind die sonstigen Marktteilnehmer juristische Personen, stellt die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG einen ausreichenden Schutz der berechtigten Interessen i.S.d. Art. 13 Abs. 5 der RL 2002/58/EG dar. Was die in diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH vom 17. Juli 2008⁵³⁾ anbelangt, so betrifft diese zwar die Grenzen von Nachfragewerbung mittels Telefax und E-Mail. Wegen der Identität der Zulässigkeitsvoraussetzungen mit denen der automatischen Anrufwerbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zeitigt dieses Urteil Wirkungen auch hier. Der BGH entschied, dass die Veröffentlichung des Faxanschlusses und der E-Mailadressen etwa auf der Homepage des Werbenden dessen schlüssig erklärtes Einverständnis beinhaltet, Nachfragen hinsichtlich des Waren- oder Leistungsangebots entgegenzunehmen. Kein Fall einer zulässigen Nachfragewerbung liegt aber vor, wenn weder die Nachfrage den typischen Geschäftsgegenstand des Werbenden betrifft (Sachverhalt der BGH-Entscheidung: Angebot von Bannerwerbung gegenüber Fußballverein) noch die auf der Homepage bekannt gegebenen Daten für derartige Aufträge bestimmt sind. Der BGH legt also die Möglichkeit eines durch schlüssiges Verhalten – Bekanntgabe von Fax und E-Mail – erklärten Einverständnisses wie beschrieben näher fest, wobei Ausgangspunkt hierzu die Nachfragewerbung war.

Was den Zusammenhang mit der automatischen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG anbelangt (s.o. Ziff. 1.2), so ergibt sich wegen des dort über die UGP-RL geregelten Merkmals der „Hartnäckigkeit“ bzw. des Erfordernisses der Beeinträchtigung der Verbraucherbelange gem. Art. 5 UGP-RL erneut ein Wertungswiderspruch. Dieser Wertungswiderspruch führt bei wörtlicher Auslegung von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu einer gemäß Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrigen Ungleichbehandlung, welche jedoch über die Schwelle der Unlauterkeit, auf die in Art. 7 Abs. 1 UWG verwiesen wird, im Zuge einer verfassungskonformen Auslegung⁵⁴⁾ berichtigt werden kann.

2.2.3 Zusammenfassung zu Ziff. 2.2

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist verfassungskonform dergestalt auszuulegen, dass im Falle fehlender Hartnäckigkeit – deren Schwelle wegen Art. 5 UGP-RL (berufliche Sorgfalt; Eignung zur wesent-

lichen Beeinflussung) niedrig anzusetzen ist – oder im Falle eines unmittelbaren Verstoßes gegen Art. 5 UGP-RL die nach Maßstäben der „Unlauterkeit“ gem. § 3 Abs. 1 UWG zu bestimmende „Unzulässigkeit“ i.S.d. § 7 Abs. 1 fehlt.

3. Zusammenfassung zu Ziff. 1 und Ziff. 2

Anhang I Nr. 26 UGP-RL führt – wenn nicht sonstige, über Art. 8 UGP-RL bzw. über Art. 5 UGP-RL zu berücksichtigende Umstände vorliegen – dazu, dass die Zulässigkeit der individuellen und der automatischen Telefonwerbung am Merkmal der „Hartnäckigkeit“ zu messen ist. Bei der Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern folgt dies aus dem Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung, bei der Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern zwingt Art. 3 Abs. 1 GG zu einer entsprechenden Bewertung. An die Hartnäckigkeit sind aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus – Freiheit in diesem Fall ist primär die Freiheit des Umworbene – keine allzu hohen Voraussetzungen zu stellen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der nationale Gesetzgeber für das Erfordernis eines vorherigen Einverständnisses oder einer Gegenerklärung entschieden hat.

Hiervon ausgehend dürfte „Hartnäckigkeit“ bereits dann zu bejahen sein, wenn nach dem Begrüßungssatz nicht darauf hingewiesen wird, dass durch eine bestimmte Antwort oder durch eine einfache Handlung diese Werbemaßnahme oder sogar jede Werbemaßnahme des Anbieters beendet werden kann. Gleiches dürfte – hier nicht gegenständlich – für die E-Mail-Werbung (Erkennbarkeit des fehlenden, vorausgehenden Einverständnisses im Anzeigebalken) gelten⁵⁵⁾. Genaueres werden Antworten des EuGH auf Vorlageanfragen ergeben. Was die persönliche Einstellung des Verfassers zur Telefonwerbung anbelangt, so wird ausdrücklich offen gelassen, ob dieses Werbement als segensreich betrachtet wird. Als Juristen haben wir jedoch nicht persönliche Einstellungen zu pflegen, sondern das Gesetz anzuwenden. Wenn es also um die Bewertung der Telefonwerbung nach Lauterkeitsrecht geht, dieser Bereich seitens der EU unter Bezugnahme entweder auf die „Hartnäckigkeit“ oder die Möglichkeit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers abschließend geregelt ist, der deutsche Gesetzgeber diese rechtlichen Vorgaben aber ignoriert, wird der Rechtssicherheit, welche vornehmlich in die Hand des Richters gegeben ist, der Wert abgesprochen. Dergestalt darf die Parole aber nicht lauten. Vielmehr: wer in der Telefonwerbung das vom deutschen Gesetzgeber geregelte Verbot will, muss zuvor auf eine geänderte UGP-RL zurückgreifen können. So einfach ist das.

53) BGH WRP 2008, 1330 = GRUR 2008, 025 – FC-Troschenreuth.

54) Die Entscheidung BGH WRP 2007, 775 = GRUR 2007, 607 – Werbung für „Individual-Verträge“ dürfte somit nicht aufrecht zu erhalten sein.

55) A.A. OLG München v. 06.08.2008 – 29 W 1895/08, wo eine zweifache E-Mail-Werbung ohne vorheriges Einverständnis als noch nicht „hartnäckig“ angesehen wird, s.o. Fn. 24.