

FRIEDRICH BERNREUTHER

Zulässigkeit von Telefonwerbung

Das Harmonisierungskonzept der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht

Die Unzulässigkeit der Telefonwerbung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG steht, soweit das Verhältnis des Unternehmers zum Verbraucher betroffen ist, mit dem Unionsrecht nicht im Einklang. Dies deshalb, weil die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) nicht die Unzulässigkeit, sondern die Unlauterkeit dieser Geschäftspraktik unter bestimmten Voraussetzungen regelt und hierbei von einem abgestuften Verbotskonzept ausgeht, welches mit der unter allen Umständen als unlauter anzusehenden Geschäftspraktik in Anhang I Nr. 26 beginnt, mit der konkreten Ausgestaltung der aggressiven Geschäftspraktiken in den Art. 8 und 9 UGP-RL fortgesetzt wird und in die Generalklausel des Art. 5 UGP-RL mündet. Demgegenüber bewertet der deutsche Gesetzgeber anlässlich der UWG-Reform des Jahres 2007 anknüpfend an die Rechtsprechung des

BGH nunmehr die Telefonwerbung nicht mehr als unlauter, sondern als stufenlos unzulässig. Zur nunmehr unionsrechtlich erforderlich gewordenen Rechtfertigung stützt sich der BGH in seiner hier besprochenen, im Jahr 2011 verkündeten Entscheidung „Double-Opt-in-Verfahren“ auf die vom Unionsgesetzgeber i.R.d. Anhangs I Nr. 26 UGP-RL eingeräumte Regelungsmöglichkeit, zwischen einer vorherigen Einwilligung und dem Fehlen eines Widerspruchs zu entscheiden. Dass mit dieser dem nationalen Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeit bei einer Entscheidung für die sog. „Opt-in-Lösung“ das Lauterkeitsrecht nicht verdrängt wird, sondern sowohl die „Opt-in-Lösung“ als auch die „Opt-out-Lösung“ dort integrierbar sind und integriert werden müssen, zeigt der nachstehende Beitrag.

I. Einführung

Nach Meinung des *BGH*¹ steht die Regelung der Telefonwerbung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG „eindeutig“² mit dem Unionsrecht in Einklang. An der deutschen Rechtslage habe die UGP-RL und insbesondere Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 als einzige nicht umgesetzte Regelung des Anhangs I zur UGP-RL nichts geändert. Beachtet man zusätzlich die Tatsache, dass die die gleiche Auffassung vertretende, herrschende juristische Literatur zusätzlich in der Verhältnisbestimmung von Anhang I Nr. 26 Satz 1 zu Satz 2 ein Beispiel für die Verhältnisbestimmung der UGP-RL zu anderen Regelungen im Allgemeinen sieht, gilt der nachstehende Widerspruch nicht nur der Richtigkeit der erwähnten Ent-

scheidung des *BGH* zur Telefonwerbung, sondern auch den konzeptionellen Überlegungen betreffend eine angebliche Nachrangigkeit der UGP-RL.

II. Sachverhalt als Grundlage der Entscheidung „Double-opt-in“

Der Kläger verlangte Zahlung der Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die zuvor abgegebene Unterlassungserklärung und

¹ *BGH* MMR 2011, 662 – Double-Opt-in-Verfahren.

² Zustimmend auch zur „Eindeutigkeit“ *Leible/Günther*, GRUR 2011, 939.

zusätzlich erneute Unterlassung. Die Unterlassungserklärung war unter dem Vorbehalt abgegeben worden, „sofern ... kein ... der ... aktuellen Rechtsprechung ... entsprechendes Einverständnis vorliegt“. Nach Abgabe der Unterlassungserklärung hatte sich zwar der Gesetzeswortlaut zur Telefonwerbung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG geändert, nicht aber die gesetzliche Rechtslage und nicht die Rechtsprechung. Als Folge erneuter, kerngleicher Verletzungshandlung kam es zu den genannten Anträgen des Unterlassungs- und Zahlungsgläubigers sowie zur entsprechenden Verurteilung.

III. Standpunkt des BGH

Art. 13 Abs. 2 der RL 2002/58/EG (DS-RL für elektronische Kommunikation) erlaubt es, dass erst ein vorheriges Einverständnis die Telefonwerbung zulässig macht (Rdnr. 24). Allerdings wurden die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern auf Grund der UGP-RL vollständig harmonisiert (Rdnr. 25). Nach Anhang I Nr. 26 Satz 1 der UGP-RL ist unter allen Umständen als unlauter das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen anzusehen. Nach Satz 2 der Richtlinienbestimmung gilt das genannte Verbot „unbeschadet“ u.a. der DS-RL (Rdnr. 26). Wegen der insoweit nach wie vor zulässigen Opt-out-Regelung (erst der nachträgliche Widerspruch macht die Telefonwerbung unzulässig) werde Anhang I Nr. 26 nicht überflüssig, die Voraussetzungen des hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens gelten also dort, wo man sich für die Opt-out-Regelung entschieden hat (Rdnr. 27). Diese Auslegung sei so „eindeutig“, dass sie der Pflicht zur Vorlage an den *EuGH* entbehre. Die Annahme des *Berufungsgerichts*, es sei ein wirksamer Unterlassungsvertrag abgeschlossen worden, lässt keinen Rechtsfehler erkennen (Rdnr. 42).

IV. Standpunkte in der juristischen Literatur

Die ganz überwiegende Mehrzahl der Stimmen in der juristischen Literatur, die in der Interpretation des Verhältnisses von Anhang I Nr. 26 Satz 1 zu Satz 2 auch ein Beispiel für die Lösung der allgemeinen Frage der Subsidiarität der UGP-RL gem. Art. 3 Abs. 4 sieht, geht im Wesentlichen wie der *BGH* davon aus, dass das per se-Verbot des Anhangs I Nr. 26 Satz 1 hinter Art. 13 der DS-RL für elektronische Kommunikation zurücktritt.³

Nach *Apetz* besteht eine weitgehend unbeeinflusste Koexistenz der Verbote der UGP-RL mit Art. 13 DS-RL, da die Schutzzwecke beider Richtlinien – Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit einerseits, Privatsphärenschutz andererseits – verschieden sind.⁴ Weiter führt er allerdings aus, dass ein einzelner Werbeanruf grundsätzlich nicht per se geeignet sei, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in erheblicher Weise i.S.v. Art. 8 UGP-RL zu beeinträchtigen.⁵

V. Eigener Standpunkt

Der Unterlassungsanspruch (nachstehend a) und b)) war vom *BGH* als verschuldensunabhängiger Anspruch (Rdnr. 1–41 der Entscheidung) zutreffend vor dem verschuldensabhängigen Vertragsstrafenanspruch (Rdnr. 42) erörtert worden.

1. Standpunkt betreffend den Unterlassungsanspruch

a) Anspruchsaufbau und Schlüssigkeit der Argumente des BGH

■ Vertraglicher und gesetzlicher Unterlassungsanspruch

Der *BGH* geht auf den vorhandenen vertraglichen Unterlassungsanspruch – dessen Bestehen ist Teilvoraussetzung für den vom *BGH* später bejahten Zahlungsanspruch – nicht ein, er befasst sich vielmehr ausschließlich mit dem gesetzlichen Unterlassungsanspruch (Rdnr. 1–41).

Da im konkreten Fall der vertragliche Unterlassungsanspruch auf die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen nicht einwirkt, könnte als Einwand lediglich bestehen bleiben, dass die Zulässigkeit der Telefonwerbung als allgemeine Fragestellung ausmachenden Voraussetzungen im Zuge der Prüfung des vertraglichen Anspruchs arbeitsökonomischer hätten geprüft werden können. Denn die Ausführungen zur Wiederholungsgefahr im Zeitpunkt der Tat und im Zeitpunkt der Entscheidung (Rdnr. 20–22) wären auf der Grundlage des vertraglichen Unterlassungsanspruchs wegen der Entbehrlichkeit der Wiederholungsgefahr bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen⁶ überflüssig gewesen.

■ Schlüssigkeit der Argumente des BGH

Aus der Tatsache, dass der Normgeber der Europäischen Union in Anhang I Nr. 26 der UGP-RL – die einzige Bestimmung des Anhangs I, die Deutschland nicht umgesetzt hat – mittels des Wortes „unbeschadet“ die Entscheidungsmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers für die Opt-in-Regelung eröffnet hat, folgt nicht die vom *BGH* erblickte Ausgestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers für jeden weiteren Inhalt der Telefonwerbung. Dies ergibt die gedankliche Unterscheidung zwischen Möglichkeiten als solchen und der inhaltlichen Gestaltung einer Möglichkeit. Dies folgt zum Zweiten aus Anhang I Nr. 26, der in Satz 1 die inhaltliche Gestaltung der unter allen Umständen als unlauter anzusehenden Telefonwerbung i.S.v. „hartnäckig und unerwünscht“ regelt und in Satz 2 durch das Wort „unbeschadet“ die Entscheidungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers für die Opt-in-Regelung oder die Opt-out-Regelung eröffnet. Mit der Sicht, Anhang I Nr. 26 Satz 2 derogiere Anhang I Nr. 26 Satz 1, wird nicht nur ein logisches und legislativ vorhandenes Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt. Denn es heißt gerade nicht in Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2: „Die Mitgliedstaaten können bei der Regelung der Telefonwerbung zwischen dem Erfordernis einer vorherigen Einwilligung und einem vorherigen Widerspruch wählen. Im Fall der Regelung der Telefonwerbung als zulässig bei Fehlen eines Widerspruchs ist diese gleichwohl unter allen Umständen unlauter, wenn sie hartnäckig und unerwünscht geschieht“.

Mit dieser Sicht wird zusätzlich die Telefonwerbung außerhalb des gegenüber Verbrauchern vollständig harmonisierten Lauterkeitsrechts gestellt, was der allseits geteilten Auffassung vom Geltungsumfang der UGP-RL⁷ schlechthin widerspricht. Dass solches – Telefonwerbung als außerhalb des Lauterkeitsrechts stehend – tatsächlich Gegenstand eines Rechtsverständnisses in Deutschland ist, zeigt sich an der gesetzgeberischen Bewertung der Telefonwerbung als unzulässig, nicht jedoch als unlauter, was der Gesetzgeber (auch) insoweit von der Rechtsprechung des *I. Zivilsenats des BGH* übernommen hatte.⁸

Hinzu kommt: Wenn die Merkmale „hartnäckig und unerwünscht“ auf Grund der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers für die Opt-in-Regelung nicht mehr gelten würden, wäre unklar, weshalb diese Merkmale i.R.d. Entscheidung eines anderen nationalen Gesetzgebers für die Opt-out-Regelung (erst ein

³ *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 843, insb. Fußn. 33; *Fezer/Mankowski*, UWG, 2. Aufl. 2010, § 7 Rdnr. 4, 25; *Henning-Bodewig*, GRURInt. 2004, 183, 192; *Köhler*, GRUR 2005, 793, 800, Fußn. 52.

⁴ *Apetz*, Das Verbot der aggressiven Geschäftspraktiken, 2011, S. 275, 613 f., 614: „Es ist nicht davon auszugehen, dass Anhang I Nr. 26 S. 2 UGP-RL die Schutzstandards des Art. 13 Richtlinie 2002/58/EG verabsolutieren will ...“.

⁵ *Apetz* (o. Fußn. 4), S. 460 f.

⁶ *BGH* GRUR 1999, 522 – Datenbankabgleich.

⁷ *EuGH* MMR 2010, 181 – Plus Warenhandels-gesellschaft; *BGH* MMR 2011, 383 – Millionen Chance II.

⁸ *BGH* MMR 2007, 598 – Telefonwerbung für „Individualverträge“.

vorheriger Widerspruch macht die Telefonwerbung unzulässig) gelten sollte.

Würde gegen sämtliche hier vorgetragenen Argumente (logische Trennung zwischen Wahlmöglichkeit und inhaltlicher Ausgestaltung der Wahlmöglichkeit; Nachrangigkeit von Nr. 26 Satz 2 gegenüber Satz 1 kraft grammatischer und systematischer Argumente; Platzierung der Telefonwerbung im Fall ausschließlicher Maßgeblichkeit der Opt-in-Regelung außerhalb des Lauterkeitsrechts; fehlende Begründung für die Beschränkung der Geltung der Merkmale „hartnäckig und unerwünscht“ auf den Bereich der Opt-out-Möglichkeit) angewendet, nach Entscheidung für die vom Unionsgesetzgeber eingeräumte Möglichkeit für die Opt-in-Regelung verbliebe kein Anwendungsbereich mehr für die Merkmale „hartnäckig und unerwünscht“, weil bei Gebrauchmachen von dem Erfordernis der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung es sachlogisch nicht mehr auf die Voraussetzung eines „hartnäckigen“ Anrufs ankommen könne, wird ein Einwand formuliert, der durchaus Gewicht hat, hierdurch aber noch lange nicht die vorgetragenen Argumente für eine andere Sichtweise widerlegt. Vielmehr wird durch diesen Einwand ein Widerspruch offenbar, der in den Regelungen selbst besteht – und nach einer Harmonisierung ruft.

■ **Schlüssigkeit der Argumente in der juristischen Literatur**
Soweit die Argumente der juristischen Literatur denen des *BGH* gleichen, gelten die vorgetragenen Einwände auch hier: insbesondere Wortlaut, Systematik und Telos von Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 ergeben keine Derogation von Satz 1 durch Satz 2. Soweit Argumente der juristischen Literatur nicht der Rechtsprechung gleichen, ist der Auffassung von den unterschiedlichen Schutzzwecken – Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit einerseits; Schutz der Privatsphäre andererseits – in Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 zuzustimmen. Der Auffassung, dass ein Anruf im geschäftlichen Verkehr innerhalb eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses per se nicht geeignet sei, die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit zu tangieren, ist nicht zuzustimmen.⁹

b) Standpunkt zur Harmonisierung von Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2

Die nachstehenden Ausführungen erfolgen auf der dem nationalen Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeit, zwischen der Opt-in- und der Opt-out-Lösung entscheiden zu können.

■ Lauterkeitsrechtliche Bewertung bei gesetzgeberischer Entscheidung für die Opt-in-Regelung

Hat sich der nationale Gesetzgeber – wie dies für Deutschland gilt – für die Opt-in-Regelung entschieden und liegt im konkreten Fall keine vorherige ausdrückliche Einwilligung vor, ist in jedem Fall eine hartnäckige und unerwünschte Telefonwerbung unlauter, Regelungswidersprüche bestehen nicht.

Ist die Telefonwerbung lediglich hartnäckig, gleichwohl konkret nicht unerwünscht und fehlt eine vorherige Einwilligung, ist die Werbung nicht unter allen Umständen unlauter, Anhang I Nr. 26 Satz 1. Der Widerspruch zwischen Satz 1 und Satz 2 – Nichtverwirklichung der Voraussetzungen gem. Satz 1; Verwirklichung der Voraussetzungen nach Satz 2 – ist (sofern kein Fall der aggressiven Werbung nach Art. 8 oder Art. 9 UGP-RL vorliegt) letztlich i.R.d. Generalklausel nach Art. 5 UGP-RL und damit über die Voraussetzung der beruflichen Sorgfaltspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL zu lösen. Erfolgt der Anruf z.B. im Zusammenhang mit einer bestehenden vertraglichen Beziehung, ist die Werbung nicht in jedem Fall unlauter, weil die fehlende vorherige Einwilligung durch die Tatsache des Nicht-Unerwünschtseins aufgewogen werden kann. Jede andere Deutung

würde nicht dem Lauterkeitsrecht, sondern einem Bevormundungsrecht das Wort reden.

Ist die Telefonwerbung lediglich unerwünscht, gleichwohl nicht hartnäckig und fehlt es – wie für die Diskussion dieses Gliederungspunkts notwendig vorauszusetzen ist – an einer vorherigen, ausdrücklichen Einwilligung, ist der Anruf im Falle des Nichteingreifens der Voraussetzungen gem. Art. 8 und Art. 9 UGP-RL nur dann unlauter, wenn sich dies neuerlich aus Art. 5 UGP-RL und damit insbesondere auf Grund der Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL ergibt. Erneut kann die Lösung weder in der Ausblendung von Satz 1 noch von Satz 2, sondern nur in der Harmonisierung beider Regelungen liegen.

Erfolgt – um im Beispiel zu bleiben – der Anruf innerhalb bestehender vertraglicher Beziehungen unter Bezugnahme auf diese bei sofortigem Rückzug als Folge erkennbaren Ablehnungsverhaltens, führt die Abwägung zwischen dem Fehlen der vorherigen Einwilligung und dem Vorhandensein der beruflichen Sorgfaltspflicht nicht in jedem Fall zu einem Lauterkeitsverstoß. Wiederholt sich allerdings dieser Vorgang, spricht vieles dafür, dass nunmehr die Unlauterkeit gem. Art. 5 UGP-RL gegeben ist. Mit diesen Lösungsvorschlägen wird der allgemeine Befund bestätigt, dass auf Grund des Zulässigkeitskriteriums der Opt-in-Möglichkeit der europäische Gesetzgeber allgemein noch nicht über die Lauterkeit entschieden hat, ferner dass nur eine flexible Bestimmung des Verhältnisses zwischen Satz 1 und Satz 2 der Verhältnisbestimmung der genannten Regelung unter Anwendung des unentbehrlichen juristischen Handwerkszeugs, mithin des Savignyschen Methodenschemas gerecht wird.¹⁰

■ Lauterkeitsrechtliche Bewertung bei gesetzgeberischer Entscheidung für die Opt-out-Regelung

Hat sich der nationale Gesetzgeber für die Opt-out-Regelung entschieden, ist eine hartnäckige und unerwünschte Telefonwerbung unter allen Umständen unlauter. Dies liegt durch die Verwirklichung von Satz 1 und Satz 2 auf der Hand, wenn ein vorheriger Widerspruch erklärt worden war. Aber auch bei fehlendem vorherigem Widerspruch etwa mangels Eintrag in die sog. Robinson-Liste ist der hartnäckige und unerwünschte Anruf unzulässig, weil der Anruf nicht nur hartnäckig, sondern auch konkret unerwünscht ist. Dass hiervon der Anrufer wegen des Fehlens eines vorherigen Widerspruchs nichts wissen konnte, ist im Anwendungsbereich des UWG nach der hier vorgenommenen Interpretation von Anhang I Nr. 26 Satz 1 – „unter allen Umständen unlauter“ – ohne Belang auf Grund der gesetzgeberischen Entscheidung des Unionsgesetzgebers.

Dass ein Anruf auch dann hartnäckig und unerwünscht sein kann, wenn ein dem Anruf vorausgehender Widerspruch fehlt, dürfte wegen der Möglichkeit einer ausdrücklich erklärten oder sich aus den Umständen ergebenden Unerwünschtheit im konkreten Zusammenhang mit dem Anruf einleuchten.

Ist die Telefonwerbung lediglich hartnäckig, gleichwohl konkret nicht unerwünscht, ist aber gegen diese Art von Telefonwerbung ein vorhergehender Widerspruch erklärt worden, wird die Lösung dieses in Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 angelegten Konflikts erneut letztlich in der Konkretisierung des Merkmals der beruflichen Sorgfaltspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL zu sehen sein: die Telefonwerbung ist nicht unter allen Umständen als unlauter anzusehen. Erfolgt der Anruf innerhalb der erwähnten bestehenden vertraglichen Beziehung unter Bezug-

⁹ S.o. IV. nebst Fußn. 5.

¹⁰ Esser, JZ 1975, 551 ff.; hierbei sollte beachtet werden, dass der soeben zitierte Aufsatz von Esser zeitlich nach dessen Werk „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“, 2. Aufl. 1972, rangiert.

nahme auf diese, dürfte die Abwägung zwischen der fehlenden Unerwünschtheit des Anrufs mit dem zuvor erklärten Widerspruch gegen die Werbemaßnahme im Regelfall die Lauterkeit des Anrufs ergeben.

Ist die Telefonwerbung konkret unerwünscht, bei zuvor erklärtem Widerspruch, allerdings nicht hartnäckig, ist sie nicht unter allen Umständen unlauter nach Anhang I Nr. 26 Satz 1. Konkrete Unerwünschtheit und zuvor erklärter Widerspruch kollidieren nicht, die konkrete Unlauterkeit ergibt sich – sofern nicht bereits Art. 8 und Art. 9 UGP-RL einschlägig sind – erneut aus Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL. Insbesondere im Rahmen dieser Vorschrift ist nach dem hier vorgestellten Konzept bei der Bestimmung der beruflichen Sorgfaltspflicht zu berücksichtigen, dass der Anruf über den zuvor erklärten Widerspruch als gesetzgeberische Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers sich hinweggesetzt hat und dieser Verstoß auch nicht durch konkret fehlende Unerwünschtheit ausgeglichen wird. Es wird daher der Anruf im Regelfall unlauter i.S.v. Art. 5 UGP-RL sein.

2. Standpunkt betreffend den Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe

Wie erwähnt (s. unter 1.) war die Unterlassungserklärung unter dem Vorbehalt abgegeben worden, „sofern für derartige Anrufe kein den Anforderungen der jeweils aktuellen Rechtsprechung zur Telefonwerbung entsprechendes Einverständnis vorliegt“.

Ob eine derartige Einschränkung zur Beseitigung der Wiederholungsfahr geeignet ist, hängt davon ab, ob die vertragliche Unterlassungspflicht immer noch vorhersehbar und damit bestimmbar war bzw. ist. Dies wird hier – entgegen der den Zahlungsanspruch ohne Begründung bejahenden Auffassung des *BGH* – verneint: Die Abhängigkeit der Unterlassungserklärung „von der jeweils aktuellen Rechtsprechung zum Einverständnis bei der Telefonwerbung“ verweist auf einen Sachverhalt, den es zumindest seinerzeit nicht gab. Dies machen z.B. die instanzgerichtlichen Entscheidungen zum „Payback“-Fall¹¹ deutlich. Die den Tatbestand des Verbots bestimmende „Einschränkung“ lautet nicht: „... sofern derartige Aussagen hinsichtlich der Voraussetzungen des Einverständnisses nicht mit der jeweiligen höchstrichterlichen¹² Rechtsprechung in Übereinstimmung stehen“. Zwar kam es auf die Anforderungen der jeweils aktuellen Rechtsprechung zur Telefonwerbung betreffend das Einverständnis nicht an. Da mittlerweile allerdings auch im konkreten Unterlassungsprozess der abstrakte Kontrollmaßstab (mithin die sog. „kundenfeindlichste“ Auslegung) gilt,¹³ bleibt es bei dem Ergebnis der Unwirksamkeit der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung und somit bei dem Fehlen einer Zahlungsverpflichtung.

VI. Zusammenfassung

Nach Auffassung des *BGH* und der herrschenden Lehre wird die Regelung des Anhangs I Nr. 26 Satz 1 (unter allen Umständen unlauter ist der hartnäckige und unerwünschte Anruf) überflüssig,

wenn sich der nationale Gesetzgeber gem. Anhang I Nr. 26 Satz 2 für die Opt-in-Möglichkeit, also das Erfordernis einer vorherigen Einwilligung entschieden hat. Diese Interpretation der genannten Bestimmungen sei „eindeutig“.

Nach teilweiser Auffassung in der juristischen Literatur existieren die Regelungen von Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 auf Grund der unterschiedlichen Schutzzwecke – Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit einerseits; Schutz der Privatsphäre andererseits – neben Art. 13 der RL 2002/58/EG (DS-RL).

Nach der hier begründeten Meinung sind im Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts (geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 1 UWG; konkreter Angebots- bzw. Nachfragewettbewerb gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UWG) i.R.d. gesetzgeberischen Entscheidung für die Opt-in- oder die Opt-out-Regelung die Voraussetzungen des Lauterkeitsrechts am Interpretationsmaßstab der UGP-RL zu beachten.

Konkret gilt: In kritischer Hinsicht wird eingewendet, dass die grammatische Auslegung von Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 die Möglichkeit für den nationalen Gesetzgeber ergibt, zwischen Opt-in- und Opt-out-Möglichkeit zu entscheiden, nicht aber, die Vorgabe des Unionsgesetzgebers in Nr. 26 Satz 1 zu beseitigen. Die systematische Auslegung bestätigt dies: die Wahlmöglichkeit zwischen Opt-in und Opt-out in Satz 2 steht allenfalls in einem Gleich-, nicht aber in einem Vorrangverhältnis zu Satz 1. Bindet man logische Erwägungen in das Telos-Argument ein, ist erneut zwischen der Festlegung der inhaltlichen Ausgestaltung von gewählten Möglichkeiten (Satz 1) und der Wahlmöglichkeit (Satz 2) zu unterscheiden. Als methodisches Manko kommt hinzu, dass der *BGH* nicht positiv begründet, weshalb Nr. 26 Satz 1 nur bei der Opt-out-Möglichkeit gelten soll. Als Konsequenz der Entscheidung des *BGH* ist schließlich festzustellen, dass mit dieser Interpretation die Telefonwerbung außerhalb des Lauterkeitsrechts platziert wird.

Die Abgabe einer Unterlassungserklärung unter dem Vorbehalt „sofern ... kein ... der ... aktuellen Rechtsprechung ... entsprechendes Einverständnis vorliegt“, ist nicht hinreichend bestimmt und beseitigt daher die Wiederholungsfahr nicht, führt also nicht zu einer vertraglichen Anspruchsgrundlage.

Das dargestellte Konzept der Harmonisierung zwischen Anhang I Nr. 26 Satz 1 und Satz 2 führt nicht nur nicht zu der vom *BGH* vertretenen Lösung der Nichtgeltung der Merkmale „hartnäckig und unerwünscht“ i.R.d. Verwirklichung der Opt-in-Möglichkeit, sondern auch zu einer flexibleren Haltung bei der Telefonwerbung, die als einziges Werbemittel die Wertungen des vor der UWG-Reform von 2004 in majestätischer Einsamkeit aufragenden, überholten Lauterkeitsrechts überdauert hat. Über das Erfordernis der beruflichen Sorgfaltspflicht lassen sich Telefonwerbeganoven problemlos in den Griff bekommen und zugleich berechnete Belange der Werbewirtschaft angemessen verwirklichen.



Friedrich Bernreuther
ist Rechtsanwalt und Partner von CUROS Rechtsanwälte.

¹¹ *LG München I* DuD 2006, 309; *OLG München* MMR 2007, 47; *BGH* MMR 2008, 731 m. Anm. *Grapentin* – Payback.

¹² *BGH* GRUR 2009, 1096 – Mescher weis; vgl. auch *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, Kap. 8 Rdnr. 8 m.w.Nw.

¹³ *BGH* NJW 2008, 2172 – Erdgassondervertrag; *BGH* NJW 2008, 2495 Rdnr. 20; *BGH* NJW 2009, 3716; *BGH* NJW 2009, 3714 und *BGH* NJW 2009, 2051.