

Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen

Bearbeitet von
Prisca Daria Mummenhoff

1. Auflage 2011. Taschenbuch. XX, 431 S. Paperback
ISBN 978 3 631 61902 5
Format (B x L): 14 x 21 cm
Gewicht: 580 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Kapitel: Einleitung

A. Technischer Fortschritt und Persönlichkeitsschutz

Die Möglichkeiten, zu einer anderen Person in Kommunikation zu treten, sind vielfältig. Die Fortentwicklung der Technik stellt immer mehr elektronische Kommunikationsmöglichkeiten bereit, vereinfacht durch Weiterentwicklungen oft die Anwendung der bestehenden Kommunikationsmittel und lässt diese, insbesondere seit der Öffnung des deutschen Telekommunikationsmarktes zum Jahresbeginn 1998, im Zusammenspiel mit dem Wettbewerb der Kommunikationsanbieter, der sich sowohl auf Hard- und Softwarepreise als auch Tarifstrukturen auswirkt, beständig erschwinglicher werden.¹ So nimmt auch die Verbreitung des Telefons immer noch zu. Neben die Festnetzanschlüsse² sind die Mobiltelefone³ getreten. Aus dem Geschäfts- und Privatleben nicht mehr wegzudenken, haben sie bei Jugendlichen gar den Rang eines Statussymbols erreicht. Damit ist die Entwicklung aber noch nicht abgeschlossen. Im Gefolge des Internets breitet sich die Telefonie mittels Internetprotokoll⁴ aus, eine weitere Alter-

1 Zu Mohrenfelds Einzelheiten Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, S. 40 ff.; Jahresbericht 2008, S. 62 ff.; *Dewenter/Haucap*, Liberalisierung, S. 1.

2 *Roßnagel*, KJ 1990, 267 (267) führt für das Jahr 1990 28 Mio. Fernsprechanchlüsse an. Nach Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, S. 29, 30, 45, standen allein im Bereich der schmalbandigen Festnetzanschlüsse Ende März 2005 26,8 Mio. Analoganschlüsse (inklusive öffentlicher Telefonstellen und Anschlüsse für Kabel-TV-Telefonie), 12,1 Mio. ISDN-Basisanschlüsse und 125.000 ISDN-Primäranschlüsse zur Verfügung. Im Jahresbericht 2008 werden auf S. 66 insgesamt 39,09 Mio. Festnetzanschlüsse angegeben.

3 Während sich die Zahl der Festnetzkanäle nur wenig veränderte, ist bei den mobilen Sprechkanälen eine Steigerung von Ende 2003 bis Ende 2004 um 10 % zu verzeichnen. Für Ende 2005 wurden 79,2 Vertragsverhältnisse im deutschen Mobilfunknetz festgehalten. Demgegenüber betrug die Teilnehmerzahl in den Mobilfunknetzen, nach Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 37, im Jahr 1997 erst 8,3 Mio. Für 2008 meldet der Jahresbericht der Bundesnetzagentur 1,3 SIM-Karten pro Einwohner Deutschlands (S. 65) beziehungsweise 107,2 Mio. Mobilfunkanschlüsse (S. 66).

4 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 49 zum Begriff VoIP (Voice over Internet-Protocol); Jahresbericht 2005, S. 39 geht für Ende 2004 von 250.000 aktiven Kunden aus und rechnet in 2005 mit einer Verdopplung der Nutzung als Telefondienst; Tätigkeitsbericht 2008/2009, S. 61 weist für Ende 2008 bereits insgesamt 7 Mio. VoIP-Kunden aus, von denen 4 Mio. ausschließlich über VoIP telefonieren. Zur Technik Hoeren/Sieber/*Mozek/Zendt*, Nr. 23 Rn 3 ff.

native zum mittlerweile fast altmodischen Festnetzanschluss⁵. Sogenannte Flatrate-Angebote, bei denen keine Abrechnung von Einzelgesprächen stattfindet, sondern eine meist monatliche Pauschale in Rechnung gestellt wird, erlauben zunehmend zeitlich unbegrenztes Telefonieren zu überschaubaren Kosten.⁶ Diese Entwicklung lässt die Zahl der Kontaktaufnahmen anwachsen.⁷

Bei den Adressaten stößt diese Zunahme auf unterschiedliche Toleranz, vor allem in Abhängigkeit davon, welche Sphäre des Lebens betroffen ist, die berufliche oder die private. Die unterschiedliche Akzeptanz des Zuwachses an Erreichbarkeit hängt neben der subjektiven Wahrnehmung eines jeden Einzelnen auch objektiv damit zusammen, dass die Kommunikation innerhalb der verschiedenen Lebensbereiche unterschiedlich wahrgenommen wird. Entsprechend sind Kommunikationswege und -zwecke wie auch die Verhaltensregeln in geschäftlichen Beziehungen häufig andere als in privaten.

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Ansprache von Privatpersonen durch Geschäftsleute, und zwar speziell mit der telefonischen Kontaktaufnahme zu Werbezwecken auseinander. Unter Telefonwerbung wird dabei der Versuch des Werbenden verstanden, einen potentiellen Kunden im Rahmen eines Telefongesprächs für die beworbenen Waren oder Dienstleistungen zu interessieren und ihn möglichst zu einem Geschäftsabschluss zu bewegen.⁸ Neben der Absatzförderung werden im Einklang mit dem inzwischen üblichen Sprachgebrauch vom Begriff der Werbung auch Nachfragehandlungen des Anrufers er-

5 FAZ, 17.12.2005, Nr. 294, S. V32.

6 Zum Einfluss von Flatrate-Tarifierungen auf das Nutzungsverhalten Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 60.

7 Die Anzahl der Verbindungsminuten nur im Festnetz stieg, nach Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, S. 34, von 178 Milliarden im Jahr 1997 bis auf 355 Milliarden im Jahr 2002 an, bevor sie bis 2005 auf 337 Milliarden leicht zurückging. Vgl. auch *Pauly/Jankowski*, GRUR 2007, 118 (122) Zum Anstieg bei den verschiedenen Formen kommunikativer Kontakte *Rothley*, Kommerzielle Kommunikation, S. 24, 35 - 46; *ders.*, S. 27, spricht sogar vom drohenden „Information-over-load“, durch den der Empfänger mit neuen Informationen konfrontiert werde, ehe er die alten verarbeiten könne. Zum Anstieg des E-Commerce *Fischer*, Direktmarketing, S. 2 - 5.

8 Vgl. *Gilles*, NJW 1988, 2424 (2424); *Hofmann*, WRP 1970, 8 (8); *Piper/Ohly/Sosnitzka*, § 7 UWG, Rn 43; *Ulrich*, WRP 1996, 1011 (1012). Zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten der Definitionen des Begriffs der Werbung in den verschiedenen Wissenschaften *Scherer*, Verbraucherwerbung, S. 19 - 22. Für eine Einschränkung des Werbebegriffs *Nowak-Over*, GRUR-Prax 2011, 4 (4).

fasst.⁹ Der Begriff der Privatperson bezeichnet in der vorliegenden Arbeit jede natürliche Person in ihrem privaten Bereich¹⁰, unabhängig davon, ob sie bei einem Rechtsgeschäft als Verbraucher¹¹ oder als Unternehmer¹² einzuordnen sein würde. Es kommt nur darauf an, ob sie in ihrer Privatwohnung auf ihrem privaten Festnetzanschluss oder ob sie auf ihrem privaten Mobilfunkanschluss angerufen wird. Entscheidend ist, ob der Telefonanruf die angerufene Person in ihrer Privatsphäre¹³ erreicht. Untersucht wird sodann die aktive Telefonwerbung als eine Form des Direkt- oder Dialogmarketings¹⁴, bei der die Kontaktaufnahme vom Werbenden selbst initiiert wird, also unaufgefordert erfolgt.¹⁵ Für einen solchen Werbeanruf bei einer Privatperson, zu der zuvor keine geschäftlichen

-
- 9 BGH, WRP 2008, 1328 - Faxanfrage; OLG Köln, MMR 2009, 267 (268) - Demoskopie im Unternehmensauftrag; MünchKommUWG-*Leible*, § 7, Rn 104; Piper/*Ohly/Sosnitzka*, § 7 UWG, Rn 42. Vor einer zu weiten Fassung des Begriffs warnt *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 13, Rn 21.
- 10 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 25 „Privatsphärenschutz ist Schutz vor der - unerwünschten - Öffentlichkeit. Privatsphäre und Öffentlichkeit sind also Begriffe, die qualitativ verschiedene Verhaltensräume bezeichnen.“
- 11 Zu Einzelheiten des Begriffsumfangs *Erman/Saenger*, § 13 BGB, Rn 2; *Palandt/Ellenberger*, § 13 BGB, Rn 2.
- 12 Zu Einzelheiten des Begriffsumfangs *Erman/Saenger*, § 14 BGB, Rn 1; *Palandt/Ellenberger*, § 14 BGB, Rn 2.
- 13 Diese Begriffsbildung bedeutet noch keine Festlegung auf die Begriffsbestimmungen der zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelten Sphärentheorie und nimmt die Auseinandersetzung mit deren Einzelheiten nicht vorweg. Dazu im Einzelnen unten 3. Kapitel:B.I.1)a), S. 183.
- 14 Zu Formen und Vorteilen des Direktmarketings, das sich anders als das Massenmarketing nicht an eine anonyme Masse, sondern an den Einzelnen richtet, *Burckhardt*, Direktmarketing, S. 15; *Fischer*, Direktmarketing, S. 7; *Glöckner*, GRUR Int. 2000, 29 (29); *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 3. Zum Wandel der Begriffe vgl. die Geschichte des Deutschen Dialogmarketing Verbandes, www.ddv.de in der sitemap unter Pressematerial.
- 15 Im Gegensatz dazu wendet sich im Falle passiver Telefonwerbung zunächst der Umworbene an den Werbenden. Zur Begrifflichkeit Deutsche Post (Hrsg.), Dialogmarketing 2010, S. 53; *Rothley*, Kommerzielle Kommunikation, S. 58 ff. Zu einzelnen Direktmarketinginstrumenten *Paefgen*, WRP 1994, 73 (75 ff.).

Beziehungen bestanden, findet sich in der Diskussion häufig der Begriff des cold call.¹⁶

Die eingangs angesprochenen Veränderungen des Telekommunikationsmarktes bringen eine Effizienzsteigerung der Telefonwerbung durch Ausweitung der technischen Möglichkeiten mit sich und begünstigen ihren Einsatz durch den Preisverfall. Entsprechend ist das Interesse der werbenden Geschäftswelt an einer Marketingmaßnahme, die sowohl die direkte persönliche Ansprache des Umworbenen gewährleistet als auch gleichzeitig den Etat des Unternehmens schont, verständlicherweise groß.¹⁷ Bereits Ende der 1980er Jahre wird, einhergehend mit den Anfängen der ISDN¹⁸-Technologie in Deutschland,¹⁹ ein Anstieg telefonischer Werbung festgestellt.²⁰ Während sich 1988 aber erst 6 % aller Unternehmen in Deutschland telefonische Werbung zunutze machen, sind es sechs Jahre später bereits über 10 %.²¹ Wird der Jahresaufwand für

-
- 16 BMJ-Bericht „cold calling“, 2007, S. 1; OGH Wien, Entsch. v. 29.11.2005, Medien und Recht 2006, 29; OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.8.2008, NJW 2008, 3071; *Hoeren*, BB 2008, 1182 (1190 sub Nr. 26); *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 3. Vgl. auch *Burckhardt*, Direktmarketing, S. 80, nach dem im Gegensatz zu „cold call“ mit „warm call“ solche Werbeanrufe gemeint sind, die im Rahmen einer Geschäftsbeziehung erfolgen.
 - 17 *Köhler*, Festschr. Koppensteiner, S. 431 (432); *Köhler/Piper*, § 1 UWG, Rn 136, 145; *Leible/Sosnütza*, K&R 1998, 283 (284); *Mankowski*, WRP 2008, 15 (19); *Paefgen*, WRP 1994, 73 (73) m.w.N.; *Raczinski/Bernhardt*, VersR 1992, 405 (408); *Raeschke-Kessler/Schroeder*, Festschr. Piper, S. 399 (399); *Ulrich*, Festschr. Vieregge, S. 901 (916). Neben den Ausführungen zur Telefonwerbung auch zur Effizienz und steigenden Verwendung aller Formen des Direktmarketings *Burckhardt*, Direktmarketing, S. 16, 24.
 - 18 „Integrated Services Digital Network“. Zum Begriff und zur Funktionsweise *Linnenkohl*, Festschr. Gnade, S. 195 (203 f.); *Roßnagel*, KJ 1990, 267 (268 ff.).
 - 19 1987 wurde in Deutschland das erste ISDN-Pilotprojekt in Mannheim und Stuttgart durchgeführt. 1989 begann die bundesweite Einführung der ISDN-Technologie, die seit 1993 flächendeckend zur Verfügung steht. Zur Entwicklung des Telefonnetzes *Roßnagel*, KJ 1990, 267 (268); Wikipedia, Geschichte des Telefonnetzes, Nr. 1.4, Nr. 2.
 - 20 *Gilles*, NJW 1988, 2424 (2425), der von einem „bundesdeutschen Boom des Telefonmarketing“ spricht, m.w.N.; *Paefgen*, Anm. zu BGH, ZIP 1989, 1285 (1287 „stürmische Expansion“) - Telefonwerbung II; *Raczinski/Bernhardt*, VersR 1992, 405 (408); *Simon*, CR 1991, 457 (458); *Ulrich*, Festschr. Vieregge, S. 901 (916).
 - 21 *Burckhardt*, Direktmarketing, S. 24.

das gesamte Telemarketing²² 1987 auf 235 Millionen DM geschätzt²³, investieren deutsche Unternehmen 2004 allein 3,1 von 32 Milliarden Euro der Gesamtaufwendungen des Jahres für Direktmarketing nur in aktive Telefonwerbung.²⁴ Dabei sind die Ausgaben im Vergleich zu 2003 sogar gesunken, während die Nutzerzahlen ansteigen. Bedienten sich 2003 241.000 (20 %) der deutschen Unternehmen des aktiven Telefonmarketings, so waren es 2004 285.000²⁵ Firmen (22 % aller Unternehmen).²⁶ Wird aktives Telefonmarketing im Jahr 2005 vor allem zur Kommunikation mit gewerblichen Kunden eingesetzt, entfallen in diesem Zeitraum bereits 19 % des Budgets auf aktive Telefonwerbung gegenüber Privatkunden.²⁷ Es ist von insgesamt 82,6 Millionen telefonischen Werbekontakten im ersten Quartal des Jahres 2006 die Rede.²⁸ Das Bundesministerium der Justiz berichtet von einer Umfrage, nach der es in den ersten drei Quartalen 2006 generell zu einem Anstieg von Werbeanrufen um 31,3 % gekommen sei.²⁹ Die Bundesnetzagentur berichtet 2007, dass die unerwünschte Telefonwerbung im Vergleich zu den Vorjahren erheblich zugenommen habe und dass 70 % aller Werbemaßnahmen über das Telefon erfolgten.³⁰ 2010 wird weiterhin vom zunehmenden Telefonterror gesprochen.³¹

22 Unter Telemarketing wird neben der Telefonwerbung unter anderem die Werbung mittels Telex, Teletex, Telefax oder Bildschirmtext verstanden. Zum Begriff *Gilles*, NJW 1988, 2424 (2424).

23 *Burckhardt*, Direktmarketing, S. 24.

24 Deutsche Post (Hrsg.), Direktmarketing 2005, S. 71 (Basis: Unternehmen ab 0,25 Mio. € Jahresumsatz).

25 Diesem Zuwachs von 44.000 Nutzern des aktiven Telefonmarketings korrespondiert ein Zuwachs von 80.000 Anwendern im Bereich der adressierten Werbesendungen und ein Plus von 28.000 Nutzern im Bereich E-Mail-Marketing (Deutsche Post (Hrsg.), Direktmarketing 2005, S. 33 (Basis: Unternehmen ab 0,25 Mio. € Jahresumsatz)).

26 Deutsche Post (Hrsg.), Direktmarketing 2005, S. 71 (Basis: Unternehmen ab 0,25 Mio. € Jahresumsatz).

27 Deutsche Post (Hrsg.), Direktmarketing 2005, S. 73 (Basis: Unternehmen ab 0,25 Mio. € Jahresumsatz).

28 *Fezer*, WRP 2007, 855 (856).

29 BMJ-Bericht „cold calling“, 2007, S. 1.

30 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2006/2007, BT-Drucks. 16/7700, S. 108.

31 FAZ, 10.7.2010, Nr. 157, S. 9.

Zu sehen ist hierbei, dass die technischen Errungenschaften der Telekommunikation nicht nur die seitens des Kunden gewünschte Kontaktaufnahme erleichtern, sondern dass sie auch die unaufgeforderte persönliche Ansprache von unbekanntenen Personen durch den Werbenden um ein Vielfaches vereinfachen, wenn nicht sogar erst in lohnenswerter Weise möglich machen. Hinzuweisen ist hier beispielsweise auf die Möglichkeiten der computerunterstützten Rufnummernwahl, mit der unter anderem nach dem Zufallsprinzip Telefonanschlüsse angewählt werden können, die in keinem Telefonbuch verzeichnet sind.³² Außerdem können zum Zweck der Zeitersparnis mehrere Rufnummern parallel angewählt und nur der zuerst antwortende Teilnehmer verbunden werden.³³ Die gleiche Technik erlaubt es auch, mittels Auswertung und Verknüpfung verschiedener Daten Kundenprofile zu erstellen und nachfolgend gezielt Telefonanschlüsse auszuwählen, die für eine bestimmte Werbung besonders geeignet erscheinen.³⁴ Überdies werden nicht selten die kundenbezogenen Datensätze von Anruf zu Anruf mit weiteren Informationen angereichert, welche die überraschend angerufene Person dem geschulten Anrufer unfreiwillig preisgibt.³⁵

Zu einer Interessenkollision kommt es, wenn die Werbebotschaft für den Angerufenen unerwünscht ist, dieser vielmehr das Bedürfnis hat, in Ruhe gelassen zu werden und seine Privatsphäre frei von werblicher Ansprache zu halten. In diesem Fall stellt sich aus der Sicht des Umworbene(n) die Frage nach der Zulässigkeit telefonischer Werbung und verlangt nach einer Klärung. Wird konstatiert, dass im Zusammenhang mit der Nutzung neuer Medien aus den Bereichen der Television und des Internets ein Wandel in der Kommunikationsstruktur dahingehend festzustellen sei, dass der Empfänger einer Botschaft zunehmend

32 Zum Einsatz von Anrufmaschinen BMJ-Bericht „cold calling“, 2007, S. 2.

33 Zur Beanstandung des Einsatzes von predictive Dialer-Programmen vgl. die Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 21.9.2009, S. 1.

34 *Bull.*, ZRP 2008, 233 (236 „rücksichtslose Ausnutzung von Möglichkeiten, die durch die Entwicklung der Informationsverarbeitung und der Telefontechnik mitgeschaffen worden sind“); *Conrad*, DuD 2006, 405 (405 „Verbraucher stetig auf dem Weg zu gläsernen Konsumenten“); v. *Nussbaum/Krienke*, MMR 2009, 372 (375 „Auch in Bezug auf das telefonische Direktmarketing haben die modernen Möglichkeiten der Datenspeicherung und des Datenabgleichs neue Risiken [...] geschaffen“); *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 4 „erlauben die Entwicklungen in der Computer- und Telefontechnik einen immer effizienteren Einsatz des Telefons“; *Simon*, CR 1991, 457 (459).

35 *Simon*, CR 1991, 457 (459 „Der Datensatz als Basis für das Marketing-Set lässt sich auf diese Weise wesentlich verbessern“).

selbst bestimmen könne, welche Information ihn zu welcher Zeit erreichen solle,³⁶ so ist dies im Falle der Telefonwerbung trotz und auch wegen des technischen Fortschritts nach wie vor gerade nicht zutreffend, solange Anrufe auf einem nicht eigens durch technische Filter geschützten Anschluss möglich bleiben, deren Gegenstand erst offenbar wird, wenn die Störung bereits erfolgt ist.³⁷ Das Störpotential verlangt nicht nur die gesonderte Betrachtung dieses Marketingmittels, sondern ist zugleich eines der Hauptprobleme telefonischer Werbung. Werbende Nachrichten zwingen den Umworbenen zwar immer, sich mit ihnen zu beschäftigen und sei es nur, die Entscheidung zu treffen, etwa einen Werbebrief, eine E-Mail- oder SMS-Werbung ungelesen zu entsorgen. Bezeichnend für die Telefonwerbung aber ist, dass es dem Umworbenen in dem Moment, in dem ihn die Werbebotschaft erreicht, nicht mehr möglich ist, sich ihrer einfach zu entledigen. Durch den direkten persönlichen Kontakt sind die Ausweichmöglichkeiten des Umworbenen geringer als bei schriftlicher Werbung.

Unerbeten ist Telefonwerbung, wenn der Umworbene ihr nicht zuvor zugestimmt hat. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich dabei auf unentgeltliche Einwilligungen. Die darauf aufbauende Problematik von Einwilligungen, die um des Erhalts geldwerter Vorteile oder Chancen, etwa in Rabattprogrammen oder Gewinnspielen, erteilt werden,³⁸ ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

Die Thematik der Zulässigkeit telefonischer Werbung wird in der Rechtsprechung³⁹ vor allem aus dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts beleuchtet. So

36 Rothley, Kommerzielle Kommunikation, S. 52.

37 Nach einer Stellungnahme der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2007 ist ein Ausfiltern von Werbeanrufen technisch nicht möglich laut BMJ-Bericht „cold calling“, 2007, S. 10).

38 Vgl. dazu etwa BGHZ 177, 253 - Payback.

39 Einzelheiten der Judikaturentwicklung werden unten im zweiten Kapitel dargestellt.

An dieser Stelle dienen als Belege der höchstrichterlichen Rechtsprechung: BGHZ 54, 188 - Telefonwerbung I; GRUR 1989, 753 - Telefonwerbung II; GRUR 1990, 280 - Telefonwerbung III; GRUR 1991, 764 - Telefonwerbung IV; GRUR 1995, 220 - Telefonwerbung V; WRP 2000, 722 - Telefonwerbung VI.

Beispiele früher Entscheidungen der Instanzgerichte sind: OLG Hamburg, WRP 1961, 161; OLG Hamm, WRP 1968, 452; LG Dortmund, BB 1968, 970.

Einen Rechtsprechungsüberblick bieten Baumbach/*Hefermehl*, 22. Aufl., § 1 UWG, Rn 67; *Burckhardt*, Direktmarketing, S. 25 ff.; *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 15 - 23; *Schricker*, GRUR Int. 1998, 541 ff.

wertet der Bundesgerichtshof⁴⁰ bislang die unaufgeforderte telefonische Kontaktaufnahme mit Privatpersonen zum Zwecke der Geschäftsanbahnung oder -vorbereitung unter Bezugnahme auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angerufenen als einen Verstoß gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs. Vor allem wegen der auf die technische Eigenart des Telefons zurückzuführenden Möglichkeit des ungehinderten Eindringens in die Privatsphäre des Umworbene(n) sowie der ihr immanenten, eine Verwilderung der Wettbewerbs-sitten bewirkenden Nachahmungsgefahr stuft er im Einklang mit der herrschenden Meinung⁴¹ die unaufgeforderte Telefonwerbung gegenüber Privaten als lauterkeitsrechtlich grundsätzlich unzulässig ein und belegt sie mit einem generellen Verbot. Ausnahmsweise zulässig ist sie danach nur, wenn der Angerufene zuvor sein Einverständnis erklärt hat.⁴² Der Gesetzgeber ist dem in den Neufassungen des § 7 Abs. 2 UWG gefolgt und hat für Verbraucher deren ausdrückliche Einwilligung vorgeschrieben. Außerdem hat er mit §§ 102 Abs. 2, 149 Abs. 1 Nr. 17 c, Abs. 2 TKG ein bußgeldbewehrtes Verbot der Rufnummernunterdrückung erlassen.⁴³ Immer wieder wird diese restriktive Haltung gegenüber telefonischer Werbung kritisiert⁴⁴ und dies im Zuge der voranschreitenden Liberalisierung des europäischen Binnenmarktes zunehmend unter dem Eindruck europarechtlicher Entwicklungen.

B. Persönlichkeitsrisiken durch europäische Rechtsprechung

Unter der Fahne der Dienstleistungsfreiheit sind rechtliche Tendenzen zu beobachten, die dazu neigen, dem Geschäftsverkehr die elektronischen Kommunika-

40 Etwa BGH, VersR 2001, 315 - Geldangelegenheiten.

41 Z. B. Köhler/Bornkamm, § 7 UWG, Rn 125.

42 BGH, VersR 2001, 315 - Geldangelegenheiten.

43 Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29.7.2009, BGBl 2009 I, S. 2413. Vgl. im Einzelnen dazu unten 1. Kapitel:D., S. 18; 3. Kapitel:D.I.3), S. 251; 4. Kapitel:C.I.2), S. 311; 4. Kapitel:C.VI.2)c)cc), S. 344.

44 Beispielsweise *Engels/Brunn*, GRUR 2010, 886 (887); *Kewenig*, Festschr. Lerche, S. 625 ff.; *Paschke*, WRP 2002, 1219 ff. Zum Verlauf der Diskussion *Paefgen*, WRP 1994, 73 ff. Zur Werbung gegenüber Gewerbetreibenden *Böhm*, MMR 1999, 643 (644 ff., 647 f.). Zur vergleichbaren Situation in Österreich *Köhler*, Festschr. Koppensteiner, S. 431 (432).

tionsmöglichkeiten uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen, und die damit geeignet sind, den mit dem Wunsch nach Ruhe angesprochenen Schutz der Privatsphäre⁴⁵ gegenüber unerwünschten Werbeanrufen zu bedrohen. Markantes Beispiel hierfür ist das zu einem Vorabentscheidungsersuchen ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Alpine Investments“,⁴⁶ in dessen Ausgangsverfahren ein niederländischer Finanzvermittler, dessen Aktivitäten sich auch auf Kunden in anderen Mitgliedstaaten erstreckten, die Vereinbarkeit eines Verbots telefonischer Werbung mit Art. 59 EWGV (später Art. 49 EGV, aktuell Art. 56 AEUV) angezweifelt hatte. Das Verbot war nach Verbraucherbeschwerden hinsichtlich auf dem niederländischen Kapitalmarkt gehandelter Warenterminverträge vom niederländischen Finanzminister gegenüber den im Bereich der Warenterminverträge tätigen Finanzdienstleistern erlassen worden und untersagte generell, potentielle Kunden ohne deren vorheriges schriftliches Einverständnis telefonisch oder persönlich zu kontaktieren, wobei es im Bestreben, den Ruf des niederländischen Finanzsektors zu schützen, die grenzüberschreitende Werbung niederländischer Unternehmen ausdrücklich einbezog.⁴⁷

Im Endergebnis hielt das zu beurteilende Verbot zwar stand,⁴⁸ allerdings entschied der Europäische Gerichtshof, dass das Verbot eines Mitgliedstaates gegenüber inländischen Dienstleistungsanbietern, potentiellen Kunden außerhalb des Sitzlandes unaufgefordert telefonisch ihre Dienstleistungen⁴⁹ anzubieten, eine Beschränkung des durch Art. 59 EWGV (später Art. 49 EGV, aktuell Art. 56 AEUV) geschützten grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs⁵⁰ darstelle.⁵¹ Als diese Beschränkung rechtfertigenden zwingenden Grund

45 BVerfGE 27, 1 (6 f.); 44, 197 (203 f.).

46 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141 = NJW 1995, 2541 = WRP 1995, 801 mit Anm. *Grosskopf*, 805 = EuZW 1995, 404 mit Anm. *Reich* 407 = JZ 1996, 144 mit Anm. *Kort*, JZ 1996, 132 - 140.

47 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 1 - 14.

48 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 56.

49 Zur Definition des Begriffs der Dienstleistung siehe Art. 57 AEUV (Art. 50 EGV).

50 Zum Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit und zum Begriff aktiver, passiver und Korrespondenzdienstleistungen *Grosskopf*, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 806 f.) - Alpine Investments; *Kort*, JZ 1996, 132 (133 ff.); *Leible/Sosnitzka*, K&R 1998, 283 (288); *Reich*, Anm. zu EuGH, EuZW 1995, 404 (407) - Alpine Investments. Speziell zum Verbraucher- und Datenschutz im Anschluss an „Alpine Investments“ *Engel/Seelmann-Eggebrecht*, in Dausen, Hdb EU-WirtschaftsR, E V Rn 67 ff.

des Allgemeininteresses⁵² erkannte er im konkreten Fall das Bestreben des Mitgliedstaates an, den guten Ruf des nationalen Finanzsektors aufrecht zu erhalten und das Vertrauen der Kapitalanleger in den inländischen Finanzmarkt zu schützen.⁵³ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung beurteilte das Gericht das generelle Verbot als erforderlich zur Erreichung dieses Ziels und führte, unter Hinweis auf den Überraschungseffekt von cold calling aus, dass eine Privatperson nicht in der Lage sei, sich über die Risiken des Warenermingeschäfts zu informieren oder die Qualität und den Preis der Dienstleistungen an konkurrierenden Angeboten zu messen. Die Gefährlichkeit und Undurchsichtigkeit des Warenerminmarkts verlangten einen Schutz vor den aggressivsten Methoden der Kundenwerbung.⁵⁴ Das Begehren, den gebotenen Schutz durch eine Kontrolle seitens des Wohnsitzstaates des Umworbeneden anstatt durch ein Werbeverbot seitens des Sitzstaates des Anrufers zu gewährleisten, wies er ebenso als nicht hinreichend zurück wie ein rückwirkendes Verbot nur gegenüber bestimmten

51 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 28 - 39 in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jakobs v. 26.1.1995*, Rs. C-384/93, Slg.1994, I-1141, Rn 40 - 62, EuGH, a.a.O., in Rn 33 ff. insbesondere zur Frage der Übertragbarkeit der „Keck und Mithouard“-Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097; ferner Schlussanträge des Generalanwalts *Jakobs v. 26.1.1995*, Rs. C-384/93, Slg.1994, I-1141, insbesondere Rn 59 - 61; *Kort*, JZ 1996, 132 (136 ff.); *Reich*, Anm. zu EuGH, EuZW 1995, 404 (407 f.) - Alpine Investments; *Rothley*, Kommerzielle Kommunikation, S. 141 ff.; *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 315 - 336.

52 Zur Notwendigkeit der Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses *Grosskopf*, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 807) - Alpine Investments; *Roth*, in Dausen, Hdb EU-WirtschaftsR, E I Rn 168; *Reich/Micklitz*, Eur. VerbraucherR, § 3.20, S. 113 f.

53 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 43, 44, 49, 56; in Rn 41 weist er darauf hin, dass seitens der niederländischen Regierung beides zur Begründung des Verbots angeführt worden sei. *Kort*, JZ 1996, 132 (138 f.) vertritt die Auffassung, dass die Anerkennung des Rufs des inländischen Finanzmarktes als Allgemeinwohlinteresse lediglich in dessen Funktion als Ausdruck des Vertrauensschutzes der Kapitalanleger in den niederländischen Kapitalmarkt, und damit als zwingender Grund des Verbraucherschutzes, gemeint sein könne. *Grosskopf*, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 807) - Alpine Investments - versteht dies weiter, indem er annimmt, der Gerichtshof lasse damit über den Verbraucherschutz den Schutz eines Dienstleistungssektors vor unseriösen Marktteilnehmern als weiteren Grund des Allgemeininteresses zu.

54 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 46.

Unternehmen.⁵⁵ Das Vorbringen, die Pflicht zur Aufzeichnung unaufgeforderter Werbeanrufer, wie sie in anderen Mitgliedstaaten vorgesehen sei, stehe der Erforderlichkeit eines generellen Verbots entgegen, wurde mit der Begründung abgelehnt, die Existenz liberalerer Vorschriften in anderen Mitgliedstaaten führe nicht zur Unverhältnismäßigkeit der strengeren Regelung.⁵⁶ Da sich das zu prüfende Verbot auf die telefonische und persönliche Kontaktaufnahme sowie auf potentielle Kunden beschränke, es bestehenden Kunden also unbenommen sei, neuen Kontakten schriftlich zuzustimmen, sei seine Verhältnismäßigkeit zu bejahen.⁵⁷ Außerdem wies der Gerichtshof darauf hin, dass das Verbot nur für den Markt, in dem zuvor Missstände festgestellt worden seien, erlassen worden war.⁵⁸

Die sehr stark auf den Einzelfall abstellende Begründung⁵⁹ provoziert den Gedanken, dass cold calling im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit vom Europäischen Gerichtshof in weniger sensiblen Bereichen als dem Finanzmarkt grundsätzlich für zulässig angesehen werden könnte. Auf lange Sicht müsste man dann damit rechnen, dass sich Firmen bei inländischen Sachverhalten in gleichem Maße dieser Werbeform bedienen. Der zuvor aufgezeigte technische Standard begünstigt ihren Einsatz. Damit stünde dann für Privatpersonen zu befürchten, jederzeit mit unaufgeforderten Werbeanrufern rechnen zu müssen. Wollten sie dem entgegen, bliebe nur noch die Möglichkeit, das Telefon abzuschalten und damit auch auf die entsprechenden Möglichkeiten eigenbestimmter privater Kommunikation zu verzichten.

55 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 47 - 49.

56 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 51. Schlussanträge des Generalanwalts *Jakobs* v. 26.1.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1994, I-1141, Rn 88. Zustimmend *Engel/Seelmann-Eggebrecht*, in Dausen, Hdb EU-WirtschaftsR, E V Rn 67; *Glöckner*, GRUR Int., 2000, 29 (35); *Köhler*, Festschr. Koppensteiner, S. 431 (436).

57 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 54.

58 EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments, Slg. 1995, I-01141, Rn 54. Zur Möglichkeit, die Mitgliedstaaten auf Regelungen für erwiesene Missbräuche zu beschränken, *Reich*, Anm. zu EuGH, EuZW 1995, 404 (408 re.Sp.) - Alpine Investments.

59 Ähnlich *Reich*, Anm. zu EuGH, EuZW 1995, 404 (407, 408) - Alpine Investments.

Wenn der Europäische Gerichtshof „Alpine Investments“ auch noch nicht zum Anlass genommen hat, sich allgemeiner zu äußern, so wird doch bereits sichtbar, dass er unaufgeforderte Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen entgegen der deutschen Rechtsprechung nicht als generell unzulässig qualifiziert.⁶⁰ Ohne das Problem des ungehinderten Eindringens in die Privatsphäre des Umworbenen und den Schutz der Persönlichkeit auch nur anzusprechen, gelangte das Gericht zur Annahme einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Erst in die Überlegungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung flossen Interessen der umworbenen Privatpersonen ein; dort allerdings auf der Ebene verbraucherschutzrechtlicher Gesichtspunkte, so dass sich die Frage stellt, ob dies der umfassenden Bedeutung des Persönlichkeitsrechts gerecht wird.

Wie sehr der bislang im deutschen Recht erreichte Persönlichkeitsschutz durch die Entscheidung „Alpine Investments“ in Gefahr geraten könnte, zeigen Reaktionen, welche einerseits diese Rechtsprechung als noch zu wenig wettbewerbsfreundlich kritisieren und andererseits ihre Hinweise auf eine wettbewerbsliberale Tendenz schon zugunsten einer Ausdehnung der Telefonwerbung vereinnahmen. So wurde angemerkt, dass der richtige Hinweis, dass das Vorliegen unterschiedlicher Standards in verschiedenen Mitgliedstaaten nicht per se zur Diskriminierung führe, ungenügend sei zur Ablehnung des Vorbringens, eine Pflicht zur Aufzeichnung von Telefonanrufen sei zum Schutz der Allgemeininteressen hinreichend.⁶¹ Vermisst wurde an dieser Stelle die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Aufzeichnungspflicht nicht nach dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffes als eine weniger einschneidende Regelung habe ausreichen müssen.⁶² Die Neigung, dies auch zu bejahen, ist dabei durchaus erkennbar.⁶³

Wurde auf der einen Seite noch überlegt, ob der Hinweis des Europäischen Gerichtshofs, dass vor Erlass des Verbots bereits Missstände tatsächlich festgestellt worden seien, als Voraussetzung für die europarechtliche Zulässigkeit ei-

60 So gesehen auch von *Grosskopf*, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 807 f.) - *Alpine Investments*; *Leible/Sosniūza*, K&R 1998, 283 (289). Gegen diese Interpretation *Köhler*, Festschr. Koppensteiner, S. 431 (436).

61 *Kort*, JZ 1996, 132 (140).

62 *Kort*, JZ 1996, 132 (140).

63 *Kort*, JZ 1996, 132 (140 „ob nicht die weniger strenge Regelung im Vereinigten Königreich zeigt, daß auch die Niederlande nach dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffes eine weniger strenge Regelung [...] hätten treffen müssen“).

nes Verbots telefonischer Werbung verallgemeinerbar sei,⁶⁴ wurde diese Äußerung des Gerichts auf der anderen Seite bereits als eindeutiger Beleg dafür gesehen, dass allein die besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Marktes ein Verbot der Telefonwerbung erlauben könnten.⁶⁵ Aufgrund dieser Einordnung wurde mit dem Argument der Vermeidung einer Inländerdiskriminierung sogar das Abweichen von der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur grundsätzlichen Unzulässigkeit unerbetener Telefonwerbung bei Privaten gefordert.⁶⁶ Da englischen Versicherungen, italienischen Banken, französischen Hoteliers die unaufgeforderte Kontaktaufnahme mit in Deutschland ansässigen Privatpersonen zu Werbezwecken nach „Alpine Investments“ gemäß § 1 UWG a.F. nur noch nach entsprechender Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung untersagt werden könne,⁶⁷ solle künftig auch im Falle rein inländischer Sachverhalte nach europäischem Vorbild jeweils eine Abwägung vorgenommen werden müssen und Telefonwerbung lediglich auf bestimmten Märkten und dies auch nur bei begründetem Anlass untersagt werden dürfen.⁶⁸

C. Persönlichkeitsrisiken durch europäische Gesetzgebung

Ähnlich wie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt europäische Rechtsetzung Tendenzen befürchten, welche ebenfalls geeignet sind, die Möglichkeiten ungefragter telefonischer Ansprache von Privatpersonen durch Geschäftsbetriebe zu erweitern.

Ein Beispiel ist die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz⁶⁹ (Fernabsatzrichtlinie)⁷⁰. Sie regelt den Vertragsabschluss im

64 Reich, Anm. zu EuGH, EuZW 1995, 404 (407, 408) - Alpine Investments.

65 Grosskopf, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 807 f.) - Alpine Investments; Nordemann, WettbewerbsR, Rn 1323, S. 168.

66 Grosskopf, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 808 f.) - Alpine Investments.

67 Grosskopf, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 808) - Alpine Investments.

68 Grosskopf, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 809) - Alpine Investments. Zur Erledigung der Argumentation durch Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie Pi-per/Ohly/Sosnitza, § 7 UWG, Rn 9 a.E.

69 ABLEG 1997 Nr. L 144, S. 19 - 27. Zur Historie der Fernabsatzrichtlinie Baum, Elektron. Vertragsabschluss, S. 164 f.

Fernabsatz⁷¹ zwischen einem Lieferer⁷² und einem Verbraucher⁷³. Der Anwendungsbereich erfasst bereits der Vertragsanbahnung dienende Werbemaßnahmen, die unter Einsatz einer der Fernkommunikationstechniken im Sinne des Art. 2 Nr. 4 der Fernabsatzrichtlinie erfolgen, zu denen unter anderem gemäß Anhang I der Richtlinie auch die telefonische Kommunikation mit Personen zählt.⁷⁴

War zunächst bis zur Verabschiedung des geänderten Richtlinienentwurfs über Fernabsätze⁷⁵ vorgesehen, dass Telefonmarketing nur nach vorheriger Zustimmung der Verbraucher bei bestimmten, nicht nur grenzüberschreitenden Dienstleistungen zulässig sein sollte, so bedarf nach dem derzeit geltenden Art. 10 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie lediglich der Einsatz von Telefax und Voice-Mail-Systemen der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers. Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie ergibt, dass die Verwendung der übrigen Fernkommunikationstechniken solange auch ohne vorheriges Einverständnis der Verbraucher zulässig ist, wie sie nicht vom Verbraucher offenkundig abgelehnt wird. Gegen derartige Werbemaßnahmen wird dem Verbraucher also lediglich ein Widerspruchsrecht an die Hand gegeben.

Obwohl die Fernabsatzrichtlinie nur einen Mindeststandard setzt und in Art. 14 ausdrücklich darauf hinweist, dass strengere Vorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten möglich sind, ist ihr Erlass verschiedentlich zum Anlass genommen worden, eine Änderung der deutschen Rechtsprechung einzufordern.⁷⁶ So wurde die Frage aufgeworfen, ob die deutsche Rechtsprechung mit den Grundfreiheiten vereinbar sei, und vertreten, ein generelles Verbot telefonischer

70 Dazu *Fischer*, Direktmarketing, S. 121 ff.; *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 14 - 173.

71 Siehe zum Begriff Art. 2 Nr. 1 und Nr. 4 der Fernabsatzrichtlinie.

72 Siehe zum Begriff Art. 2 Nr. 3 der Fernabsatzrichtlinie.

73 Siehe zum Begriff Art. 2 Nr. 2 der Fernabsatzrichtlinie.

74 *Leible/Sosnitzka*, K&R 1998, 283 (285). Näher zum Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie *Baum*, Elektron. Vertragsabschluss, S. 165 ff.; *Rothley*, Kommerzielle Kommunikation, S. 99 ff.; *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 152 ff.

75 ABLEG 1993 Nr. C 308, S. 18.

76 *Leible/Sosnitzka*, K&R 1998, 283 (284, 286); *Schmitz*, AfP 1998, 485 (488).

Werbung stelle einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Warenverkehrs-⁷⁷ wie die Dienstleistungsfreiheit⁷⁸ dar. Eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses,⁷⁹ insbesondere Gründe des Verbraucherschutzes, wie auch eine Rechtfertigung durch das aus Artt. 8 und 10 EMRK abgeleitete Interesse der Betroffenen am Schutz ihres Privatlebens vor Belästigungen durch besonders aufdringliche Kommunikationstechniken wurden verneint.⁸⁰ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung seien Erforderlichkeit und Angemessenheit eines generellen Verbots zu bezweifeln, da die Möglichkeit, die Zulässigkeit vom Fehlen einer vorherigen offenkundigen Ablehnung des Verbrauchers abhängig zu machen, weniger einschneidend und zugleich ein hinreichend effektives Mittel zum Schutz der in Rede stehenden Allgemeininteressen sei, ohne die berührten Interessen der Marktgegenseite zu vernachlässigen. Dazu wurde darauf verwiesen, dass der Fernabsatzrichtlinie, wenn sie auch nicht einziger Maßstab für weitergehende nationale Bestimmungen sei, doch zumindest eine gewisse Indizwirkung zukomme.⁸¹

Gegen das generelle Verbot telefonischer Werbung beziehungsweise gegen das Zustimmungserfordernis und für eine Anpassung des deutschen Rechts an die in der Richtlinie geregelte Widerspruchslösung wird ferner das Ziel der Vereinheitlichung des Binnenmarktes vorgebracht und darauf verwiesen, dass dies letztlich auch die wettbewerbsgerechtere Lösung darstelle.⁸² Außerdem wird in diesem Kontext auf die Rechtslage bei der Briefkastenwerbung hingewiesen, bei der die Rechtsprechung zu einer Widerspruchslösung gelangt sei. Eine davon

77 So *Leible/Sosnitza*, K&R 1998, 283 (287), die das deutsche Verbot der Telefonwerbung dann als Warenverkehrsbehinderung einstufen wollen, wenn es zur Folge hat, dass ein Anbieter gezwungen wird, seine Vertriebskonzeption zu ändern.

78 So *Leible/Sosnitza*, K&R 1998, 283 (288), deren Ansicht nach das deutsche Verbot telefonischer Werbemaßnahmen jedenfalls dann einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit bedeute, wenn die Telefonwerbung von einer professionellen Telefonmarketing-Agentur erbracht werde.

79 Dazu *Köhler*, Festschr. Koppenscheider, S. 431 (434 f.).

80 *Leible/Sosnitza*, K&R 1998, 283 (288 ff.).

81 *Leible/Sosnitza*, K&R 1998, 283 (289 li.Sp.).

82 *Leible/Sosnitza*, K&R 1998, 283 (289 f.). Zum Grünbuch *Kommerzielle Kommunikation Rothley*, *Kommerzielle Kommunikation*, S. 53; *Schmid*, *Freier Dienstleistungsverkehr*, S. 6.

abweichende Behandlung der Telefonwerbung sei gerade auch in Anbetracht der Zulässigkeit von Vertreterbesuchen nicht nachvollziehbar.⁸³

Wenngleich der Bundesgerichtshof mittlerweile zu Recht klargestellt hat, dass die strengere deutsche Rechtsprechung von der Fernabsatzrichtlinie und ihrer Umsetzung unberührt bleibt,⁸⁴ gehen die Versuche, die Privatsphäre des Bürgers aufzubrechen, unvermindert weiter.⁸⁵ Der Druck des Gemeinschaftsrechts, dem ein konsistenter Ansatz zur Regelung unerbetener Kommunikation in der Literatur abgesprochen wird,⁸⁶ hält dabei trotz Atempausen an. Die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG vom 12.7.2002⁸⁷ überlässt in Art. 13 Abs. 3 den Mitgliedstaaten für die Regelung der Telefonwerbung die Wahl zwischen Opt-in- und Opt-out-Lösungen⁸⁸. Sie verschafft dem deutschen Gesetzgeber damit erfreulichen Spielraum.⁸⁹ Die Richtlinie 2005/29/EG vom 11.6.2005⁹⁰ verbietet zwar in Art. 8 aggressive Geschäftspraktiken und in Art. 9 Belästigungen, verschärft die Situation aber wieder: Nr. 26 ihres Anhangs I über Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten, nimmt eine aggressive Geschäftspraxis nicht bereits bei unerbetener Telefonwerbung, sondern erst dann an, wenn durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon ge-

83 *Leible/Sosnitzka*, K&R 1998, 283 (290 f.).

84 BGH, GRUR 2000, 818 - Telefonwerbung VI = WRP 2000, 722; BGH, GRUR 2001, 1181 - Blindenwaren = WRP 2001, 1068. Zustimmend *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1343 f.); *Köhler*, Festschr. Koppstein, S. 431 (437); *Möllers*, Anm. zu BGH, JZ 1999, 1120 (1124); *Piper/Ohly/Sosnitzka*, § 7 UWG, Rn 12; *Seichter/Witzmann*, WRP 2007, 699 (701).

Differenzierend *Scherer*, WRP 2001, 1255.

85 Etwa *Paschke*, WRP 2002, 1219 ff.

86 *Reich/Micklitz*, Eur. VerbraucherR, § 7.4, S. 322 f.

87 ABl. EG 2002 Nr. L 201, S. 37. Art. 13 der Datenschutzrichtlinie wurde geändert durch RL 2009/136/EG v. 25.11.2009, ABl. EG 2009 Nr. L 337, S. 11, wobei Art. 13 Abs. 3 im wesentlichen unverändert geblieben ist.

88 Zu den Begriffen im Einzelnen *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 13, Rn 13; <http://de.wikipedia.org/wiki/opt-in>; <http://de.wikipedia.org/wiki/opt-out>.

89 Zu Einzelheiten *MünchKommUWG-Leible*, § 7, Rn 38 sowie Rn 66 zur Überlegenheit des Opt-in-Modells aus Sicht des Persönlichkeitsschutzes, allerdings in Rn 102 mit „guten Gründen für eine grundsätzliche Zulässigkeit unerbetener Telefonwerbung“ sympathisierend. Vgl. weiter *Piper/Ohly/Sosnitzka*, § 7 UWG, Rn 10. Zur Kontroverse im Rahmen der UWG-Reform des Jahres 2004 *Fezer*, WRP 2010, 1075 (1076 f.).

90 ABl. EG 2005 Nr. L 149, S. 22; sogenannte UGP-Richtlinie.

worben wird. Obwohl dabei die Datenschutzrichtlinie unberührt gelassen wird,⁹¹ sehen Stimmen im Schrifttum hier erwartungsgemäß Anlass für neue Attacken gegen ein grundsätzliches Verbot der Telefonwerbung.⁹² Soweit in der Literatur de lege lata die gemeinschaftsrechtliche Unbedenklichkeit des Verbots unerbetener Telefonwerbung⁹³ eingeräumt wird, wird de lege ferenda in einer erwarteten Richtlinie über Verbraucherrechte⁹⁴ neues Ungemach für den Schutz der Privatsphäre beschworen.⁹⁵

D. Schutzbedarf privater Werbeadressaten

Entgegen dem beschriebenen, vom supranationalen Recht begünstigten Trend wurden im deutschen Lauterkeitsrecht anlässlich der Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahre 2004 in § 7 UWG deutliche Hürden zum Schutz der Privatsphäre aufgerichtet. Danach stellte eine Belästigung⁹⁶ gemäß § 7 Abs. 1 UWG (2004) eine im Sinne des § 3 UWG (2004)⁹⁷ unzulässige Wettbewerbshandlung dar. Mit der weiteren Novelle vom 22.12.2008⁹⁸ wurden §§ 3 und 7 UWG neu gefasst und es entfiel die Verbindung zwischen ihnen.⁹⁹ § 7 UWG wurde eigenständig und dahingehend geändert, dass gemäß § 7 Abs. 1 UWG (2008) eine geschäftliche Handlung unzulässig ist, durch die

91 Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 7 UWG, Rn 11.

92 *Bernreuther*, WRP 2009, 390 (398 „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“)

93 *Fezer/Mankowski*, § 7 UWG, Rn 25, 28, 110, 117 ff.; Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 7 UWG, Rn 7 ff.

94 KOM (2008) 614.

95 *Tonner/Reich*, VuR 2009, 95 (102 f.).

96 Zur Belästigung als Wettbewerbsverstoß vgl. die gleichnamige Untersuchung von *Burmeister*, passim.

97 Zu Entstehungsgeschichte und Gestalt der Generalklausel *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG, Rn 1 ff.

98 BGBl 2008 I, S. 2949.

99 Zur neuen Systematik der §§ 3, 7 UWG *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG, Rn 5.

ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird. Eine Belästigung wiederum ist nicht nur „insbesondere“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG 2004), sondern „stets“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG 2008) anzunehmen bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung. Mit der zusätzlichen Gesetzesänderung vom 29.7.2009¹⁰⁰ wurde bezüglich der erforderlichen Einwilligung des Verbrauchers sodann festgelegt, dass es gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (2009) einer „ausdrücklichen“ Einwilligung bedarf. Verstöße hiergegen können gemäß § 20 UWG (2009) von der Bundesnetzagentur als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu 50.000 Euro belegt werden. Außerdem kann bei verbotener Rufnummernunterdrückung gemäß §§ 149 Abs. 1 Nr. 17 c, Abs. 2, Abs. 3 i.V.m. 102 Abs. 2 TKG von der Bundesnetzagentur ein Bußgeld bis zu 10.000 Euro verhängt werden.

Nichtsdestoweniger besteht nach wie vor ein hoher Schutzbedarf privater Werbeadressaten. So haben der Blick auf „Alpine Investments“ wie auf gesetzgeberische Tätigkeiten der Europäischen Union gezeigt, dass man auf europäischer Ebene mit der Thematik telefonischer Werbung auf Dauer wesentlich großzügiger umgehen könnte, als dies bisher nach der lauterkeitsrechtlichen Praxis in Deutschland der Fall war. Weiter bestätigt sich, dass die aufgezeigte Entwicklung zu erheblichem Druck genutzt¹⁰¹ wird, unerlaubte Werbeanrufe großzügiger zu beurteilen als bisher. Vor dem Hintergrund, dass eine weitergehende europäische Sichtweise stellenweise bereits das deutsche Wettbewerbsrecht beeinflusst,¹⁰² geben die im Bereich des Wettbewerbs getroffenen Äußerungen Anlass zur Sorge, dass im Gefolge einer immer liberaleren Handhabung

100 BGBl 2009 I, S. 2413.

101 Kritisch zur restriktiven deutschen Handhabung beispielsweise *Bernreuther*, WRP 2009, 390 (398); *Engels/Brunn*, GRUR 2010, 886 (887 „nachhaltig zu hinterfragen“); *Grosskopf*, Anm. zu EuGH, WRP 1995, 801 (805, 808 f.) - *Alpine Investments*; *Kewenig*, Festschr. Lerche, S. 625 ff.; *Kort*, JZ 1996, 132 (140); *Leible/Sosnitzka*, K&R 1998, 283 (284, 286); *Paefgen*, WRP 1994, 73 ff.; *Paschke*, WRP 2002, 1219 ff.; *Schmitz*, AfP 1998, 485 (488).

102 *Glöckner*, GRUR Int. 2000, 29 (36) und *Schricker*, GRUR Int. 1998, 541 (541), jeweils m.w.N., weisen zu Recht auf die Entwicklung im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Tatbestände zur Irreführung und zur Telefonwerbung hin, die durch das großzügigere europarechtliche Verbraucherverständnis beeinflusst werden. Zu weiteren Bereichen, in denen eine Liberalisierung gefordert wird *Schricker*, GRUR Int. 1994, 586 (590 ff.).

des Wettbewerbsrechts durch supranationale Einflüsse auch eine Liberalisierung telefonischer Werbung drohen könnte.¹⁰³

Den in der europäischen Rechtsetzung und Rechtsprechung erkennbaren Tendenzen zur Liberalisierung des Wettbewerbs in Bezug auf die Ansprache potentieller Kunden sind jedoch drei Einwände entgegenzuhalten. Der erste folgt aus dem Umstand, dass jede Ansprache von Kunden deren Persönlichkeitsrechte berührt. Diese wiederum genießen gemeinschaftsrechtlichen, nach jüngerer Sprachübung unionsrechtlichen¹⁰⁴, Grundrechtsschutz.¹⁰⁵ Dieser fand seine Ausprägung zunächst in Art. 6 Abs. 2 EUV (Nizza-Fassung). Danach achtet die Europäische Union die Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Diese Norm kodifizierte mithin die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Grundrechtsbindung und zu den daraus folgenden Schranken der Grundfreiheiten.¹⁰⁶ In Fortentwicklung der bisherigen Rechtslage erkennt die Europäische Union nach Art. 6 Abs. 1 EUV (Lissabon-Fassung) die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt sind, und qualifiziert die Grundrechtecharta und die Verträge als rechtlich gleichrangig. Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind sodann gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV (Lissabon-Fassung) als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

Durch seine Anerkennung¹⁰⁷ verleiht Art. 6 EUV (Lissabon-Fassung) der Grundrechtecharta den Rang von Primärrecht.¹⁰⁸ Mithin ist die Grundrechtechar-

103 *Schricker*, GRUR Int. 1998, 541 (551) fordert ausdrücklich eine Liberalisierung auch der Telefonwerbung, insbesondere im geschäftlichen Bereich.

104 *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65).

105 Insoweit zustimmend *Leible/Sosnitzer*, K&R 1998, 283 (288 sub b).

106 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Aufl., S. 239 f., Rn 588.

107 Um die dogmatische Einordnung dieser Anerkennung wird gestritten. Den Begriff der Verweisung benutzen etwa *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65); *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 6 EUV, Rn 6; *Pache/Rösch*, EuZW 2008, 519 (519). Hingegen lehnen *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 297, Rn 662 die Annahme einer Verweisung ab und qualifizieren Art. 6 Abs. 1 EUV als Geltungsanordnung (Satz 1) und Rangzuweisung (Satz 2).

ta im Rahmen europarechtskonformer Auslegung bindend.¹⁰⁹ Ihre Garantien genießen Anwendungsvorrang.¹¹⁰ Dabei kodifiziert Art. 6 Abs. 3 EUV (Lissabon-Fassung) die Formel des Europäischen Gerichtshofs zum Grundrechtsschutz¹¹¹ und sichert damit den erreichten Schutzstandard¹¹² ab.

Damit stellt sich auf der supranationalen Ebene die Frage nach den Grenzen der Telefonwerbung als Frage nach dem Umfang der Dienstleistungsfreiheit der Artt. 56 ff. AEUV (ehemals Artt. 49 ff. EGV)¹¹³ und deren Einschränkung zum Schutz unions- beziehungsweise gemeinschaftsrechtlicher Grundrechte Dritter.¹¹⁴ Zu den supranational anerkannten Grundrechten gehört traditionell¹¹⁵ das Recht auf Achtung der Privatsphäre.¹¹⁶ Art. 7 GRC formuliert, dass jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation hat.¹¹⁷ Die Reichweite der hier genannten Schutzgegen-

108 *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65); *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 6 EUV, Rn 8; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 298, Rn 662. Zur Bindung der Union an die EMRK vor und nach Verbindlichwerden der Grundrechtecharta *Rohleder*, Grundrechtsschutz, S. 366 ff.

109 *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65).

110 *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65).

111 *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 6 EUV, Rn 24; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 298 f., Rn 664.

112 Zur Problematik der Schutzniveaunklausel des Art. 53 GRC *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 294 f., Rn 656.

113 Zur Entwicklung *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 56 AEUV, Rn 1.

114 Dazu EuGH, Urt. v. 12.6.2003, Slg. 2003, S. I-5659, Rn 74 ff. - Schmidberger; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 309, Rn 687, S. 469 f., Rn 978, 980. Allgemein zur Kollision von Grundrechtspositionen *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 6 EUV, Rn 34.

115 Zum Schutz des Privatlebens durch den EuGH vor dem Lissabon-Vertrag *Jarass*, Art. 7 GRC, Rn 2 a.E. Allgemein zur materiell-inhaltlichen Fortschreibung der allgemeinen Grundsätze und Grundrechte durch die Grundrechtecharta *Pache/Rösch*, EuZW 2008, 519 (520).

116 EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Slg. 1994, S. I-4737, Rn 17 - X/Kommission; *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 6 EUV, Rn 33; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 302, Rn 671; *Jarass*, Art. 7 GRC, Rn 2 f.; *Schmid*, Freier Dienstleistungsverkehr, S. 343.

117 Nach *Meyer/Bernsdorff*, Art. 7 GRC, Rn 1 „[...] benennt Art. 7 [GRC] vier Schutzbereiche der Privatsphäre, [...]“. Ihm folgend *Jarass*, Art. 7 GRC, Rn 1, der sodann unter Rn 6 ausführt, „Die Achtung des Privatlebens [...] schützt [...] die Privatsphäre, einschl. der Intimsphäre. [...] Nicht erfasst wird dagegen die Sozialsphäre.“ Zur Ver-

stände war im Kodifikationsprozess umstritten.¹¹⁸ In der Ausgestaltung, die ihnen die weitere Entwicklung verleihen wird,¹¹⁹ sind sie mit der Dienstleistungsfreiheit abzuwägen, sobald und soweit Telefonwerbung den Privatbereich tangiert.¹²⁰

Davon abgesehen kann immer dann, wenn ein nationales Grundrecht im Unionsrecht anerkannt ist, das nationale Grundrecht ein die öffentliche Ordnung ausfüllendes berechtigtes Interesse darstellen und nach Art. 62 AEUV (ehemals Art. 55 EGV) in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 AEUV (ehemals Art. 46 Abs. 1 EGV) die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen.¹²¹

Schließlich berührt der Persönlichkeitsschutz von Adressaten des Direktmarketings die nationalen Grundrechte als Gegenstand der Solange-Rechtsprechung¹²² des Bundesverfassungsgerichts,¹²³ welche in ihrer Ausprägung durch die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹²⁴ teilweise als Soweit-Rechtsprechung¹²⁵ bezeichnet wird. Danach verlangt das Grundgesetz zwar nur einen im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz auf der supranationalen Ebene, jedoch ist der Schutz des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG dann unterschritten, wenn der gemeinschafts- beziehungsweise unionsrechtliche Grundrechtsschutz in Bezug auf ein Grundrecht des Grundgesetzes generell unter das unabdingbare Maß absinkt.¹²⁶

wendung der Begrifflichkeiten verschiedener Sphären nach nationalem Verständnis siehe im Einzelnen unten 3. Kapitel:B.I.1)a), S. 183 ff.

118 Zur Diskussion im Grundrechtekonvent Meyer/Bernsdorff, Art. 7 GRC, Rn 6 - 13.

119 Zur begrifflichen Erfassung des Privatlebens Meyer/Bernsdorff, Art. 7 GRC, Rn 19.

120 Allgemein zur Rechtfertigung einer Einschränkung aus Gründen des Grundrechtsschutzes Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, S. 470, Rn 980.

121 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, S. 467 f., Rn 974 f.

122 Zur Entwicklung vgl. Krewet, Wechselwirkungen, S. 116 ff.

123 BVerfGE 73, 339 - Solange II; bekräftigt durch BVerfGE 102, 147 (163) - Bananenmarktordnung.

124 BVerfGE 123, 267 - Lissabonvertrag.

125 Augsberg, DÖV 2010, 153 (156 f.).

126 BVerfGE 102, 147 (164 „der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz“) - Bananenmarktordnung. Grundsätzliche Erwägungen zur Solange-Rechtsprechung Augsberg, DÖV 2010, 153 (155 f.).

Die durch die Verweisung des Art. 6 Abs. 1 EUV (Lissabon-Fassung) auf die Grundrechtecharta entstandene Stärkung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes wirkt sich vordergründig prozessual aus. Soweit bei Streitigkeiten über unerlaubte Telefonwerbung bürgerlichrechtliche oder lauterkeitsrechtliche Vorschriften eine Rolle spielen, die zur Umsetzung von europäischen Richtlinien erlassen oder novelliert worden sind, ist gegebenenfalls eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof geboten¹²⁷, ehe anschließend geprüft werden kann, ob der Europäische Gerichtshof die nationalen Grundrechte in einem Maße erkannt hat, welches das Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts erfordert¹²⁸. In diesem Zusammenhang wird teilweise von einer Auffangfunktion¹²⁹, teilweise von einer Reservekompetenz¹³⁰ des Bundesverfassungsgerichts gesprochen.

Was die materiellen Konsequenzen anbelangt, ist der gewachsene nationale Grundrechtsschutz gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV (Lissabon-Fassung) auch vom Europäischen Gerichtshof zu beachten.¹³¹ Schon allein deshalb ist seine Ausgestaltung für die Beurteilung unerlaubter Telefonwerbung von Bedeutung. Zum anderen aber zeigen das Ringen um die Inhalte des Art. 7 GRC im Grundrechtekonvent¹³² sowie das unionsrechtlich noch ungeklärte Verhältnis von Privatleben, Privatsphäre und allgemeiner Handlungsfreiheit¹³³, dass die zu erwartende Auslegung der in Art. 7 GRC kodifizierten Kompromissformeln eine Vergewisserung des nationalen grundrechtlichen Schutzzumfangs unabdingbar macht, damit das Bundesverfassungsgericht seiner Wächterfunktion¹³⁴ gerecht werden kann.

In einem durch die technische Ausweitung der Möglichkeiten zum Direktmarketing begünstigten Konflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und Persönlichkeitsschutz kommt folglich dem nationalen Verständnis der unantastbaren Bereiche der Privatperson nach wie vor zentrale Bedeutung zu. Dieses nationale

127 Vgl. BVerfGE 118, 79 (97) - Emissionshandel I; *Augsberg*, DÖV 2010, 153 (157); *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65).

128 *Busch*, DRiZ 2010, 63 (66).

129 *Busch*, DRiZ 2010, 63 (65).

130 *Augsberg*, DÖV 2010, 153 (158).

131 Dazu *Geiger/Khan/Kotzur*, Art. 6 EUV, Rn 23 f.

132 *Meyer/Bernsdorff*, Art. 7 GRC, Rn 6 - 13.

133 *Jarass*, Art. 7 GRC, Rn 3, 6, 7; *Meyer/Bernsdorff*, Art. 7 GRC, Rn 15, 19.

134 Diese Formulierung findet sich auch bei *Krewet*, Wechselwirkungen, S. 136.

Verständnis ist nach alledem Quelle der Unionsgrundrechte,¹³⁵ es dient als Konkretisierungskriterium der öffentlichen Ordnung und nicht zuletzt fließt es im Sinne der Solange-Rechtsprechung in die Bestimmung der grundgesetzlich normierten Mindestgarantie des Persönlichkeitsschutzes ein.

Damit gilt es angesichts der aufgezeigten Persönlichkeitsrisiken durch europäische Entwicklungen, den verfassungsrechtlich gesicherten Persönlichkeitsschutz in den Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG¹³⁶ aufzuspüren und der Frage nachzugehen, welche daraus abzuleitenden bürgerlichrechtlich gewachsenen Grenzen die Telefonwerbung beschränken.

Untermauert wird die Notwendigkeit dieser Untersuchung durch einen Blick auf die praktischen Konsequenzen. Vergegenwärtigt man sich, welcher Überflutung mit telefonischer Werbung der Privatbereich allein angesichts der eingangs wiedergegebenen Zahlen¹³⁷ zum anhaltenden Interesse von Unternehmen am Einsatz telefonischer Werbung ausgesetzt wäre, wenn hier eine Liberalisierung voran schreiten würde, so wird die Brisanz der Persönlichkeitsrechtsgefährdung deutlich. Zudem ist ein Ende des starken Einsatzes aktiver Telefonwerbung nicht in Sicht.

Der Deutsche Dialogmarketing Verband meldet Werbeaufwendungen für das gesamte Telefonmarketing im Jahr 2008 in Höhe von 5,2 Milliarden Euro,¹³⁸ 2,7 Milliarden Euro entfallen dabei auf aktive Telefonwerbung.¹³⁹ Obwohl sich im darauf folgenden Jahr zur Zeit des In-Kraft-Tretens der gesetzlichen Neuerungen zur Telefonwerbung die Wirtschaftskrise bereits in Kürzungen der Gesamtwerbebudgets niederschlägt und obwohl im Jahr 2009 im Vorjahresvergleich insbesondere auch die Gesamtaufwendungen für aktive Telefonwerbung,

135 Geiger/Khan/Kotzur, Art. 6 EUV, Rn 28 führt aus „Rechtserkenntnisquelle sind die Verfassungen der Mitgliedstaaten und die alle Mitgliedstaaten bindenden Menschenrechtsverträge, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention nebst Zusatzprotokollen.“; Streinz/Ohler/Herrmann, Lissabon-Vertrag, Teil 1 § 1 Kap. IV. Zur Bedeutung der EMRK Krewet, Wechselwirkungen, S. 51 ff. Zum Stellenwert der EMRK im deutschen Recht, Rohleder, Grundrechtsschutz, S. 148 ff.

136 In der Zitierweise übernimmt die vorliegende Arbeit die zivilrechtliche Praxis. Zur öffentlichrechtlichen Übung Jarass, NJW 1989, 857.

137 Dazu oben 1. Kapitel:A., S. 4 f.

138 www.ddv.de in der sitemap unter Pressematerial-Kennzahlen. Vgl. außerdem Deutsche Post (Hrsg.), Dialogmarketing 2010, S. 37.

139 Deutsche Post (Hrsg.), Dialogmarketing 2010, S. 63.

bei leichtem Anstieg der Nutzerzahl,¹⁴⁰ zurückgehen,¹⁴¹ betragen die Gesamtaufwendungen für aktive Telefonwerbung selbst dann noch 2,2 Milliarden Euro.¹⁴²

Angesichts solcher Daten zur Telefonwerbung wird in der Literatur bezweifelt, dass bei ihrer Anwendung stets die vom Bundesgerichtshof aufgezeigten und inzwischen kodifizierten Grenzen beachtet werden.¹⁴³ Mit gutem Grund steht in Frage, dass die Bußgeldandrohung des Gesetzgebers¹⁴⁴ die Missbräuche unterbindet.¹⁴⁵ Inzwischen belegt die rechtstatsächliche Entwicklung, dass es sich hierbei nicht nur um eine Vermutung handelt und dass es noch nicht einmal einer Liberalisierung gesetzlicher Vorschriften bedarf, um eine zunehmende Bedrohung der Privatsphäre durch Telefonwerbung anzunehmen. Obwohl mit Inkraft-Treten der Änderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Telekommunikationsgesetzes am 4.8.2009 Werbeanrufe ohne Einwilligung des Angerufenen und Werbeanrufe mit unterdrückter Rufnummer als Ord-

-
- 140 Der Nutzerzahl stehen beim aktiven Telefonmarketing laut Deutsche Post (Hrsg.), Dialogmarketing 2010, S. 37 399.000 Unternehmen im Jahr 2008 429.000 Unternehmen im Jahr 2009 gegenüber, beim passiven Telefonmarketing ist die Nutzerzahl von 386.000 im Jahr 2008 auf 511.000 im Jahr 2009 angestiegen.
- 141 Neben den allgemeinen, krisenbedingten Budgetkürzungen beschreibt Deutsche Post (Hrsg.), Dialogmarketing 2010, S. 53 den Rückgang der Gesamtaufwendungen für aktives wie passives Telefonmarketing in 2009 auch als eine „Folge der Datenschutznovelle vom September 2009“.
- 142 Deutsche Post (Hrsg.), Dialogmarketing 2010, S. 4, 9, 37, 63 ff.
- 143 *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 13, Rn 36 „In der Praxis wird die gesetzliche Regelung in denkbar größtem Umfang missachtet“; *Fezer*, WRP 2007, 855 (856 „Das wuchernde Phänomen“); *Leible/Sosnitza*, K&R, 1998, 283 (284); *Gilles*, NJW 1988, 2424 (2426 „normsprengende Kraft des Faktischen [...] trauriges Beispiel für die Ineffizienz von Recht und Richtersprüchen“); *Keßler*, VuR, 1997, 257 (257 f.).
- 144 Zum Schutzzweck der Novellierung RegEntw BT-Drucks. 16/10734, S. 6. Zum Ausmaß der Missbräuche *Bull*, ZRP 2008, 233 (233).
- 145 *Vander*, MMR 2008, 639 (641, 643). Ähnlich *Ditscheid/Ufer*, MMR 2009, 367 (371 „muss die Praxis zeigen“); *Ufer*, K&R 2008, 493 (498 „wenig geeignet“). Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum RegEntw eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung wegen Zweifeln an der Abschreckungswirkung eine Erhöhung der Bußgeldobergrenze von 50.000 auf 250.000 Euro gefordert, BT-Drucks. 16/10734, S. 21 Nr. 6. Außerdem hat er einen Unterlassungstatbestand gefordert, der das Dulden der Rufnummernunterdrückung beim Diensteanbieter erfasst, BT-Drucks. 16/10734, S. 22 Nr. 8.

nungswidrigkeiten bußgeldbewehrt sind, ist die Welle unerlaubter Werbeanrufe ungebrochen. Berichten der Bundesnetzagentur zufolge haben sich in der Zeit von August 2009 bis April 2010 allein 57.000 Angerufene die Mühe einer schriftlichen Beschwerde bei der Bundesnetzagentur gemacht,¹⁴⁶ was einen Hinweis auf das tatsächliche Ausmaß unzulässiger Telefonwerbung selbst nach Kodifizierung ihres Verbots gibt.

Bis April 2010 führten im Übrigen laut Bundesnetzagentur elf Ordnungswidrigkeitsverfahren¹⁴⁷ zum Erlass von Bußgeldbescheiden gegen die ausführenden Call-Center wie auch gegen die Auftraggeber in einer Gesamthöhe von rund 694.000 Euro wegen unerlaubter Telefonwerbung und wegen Missachtung der Rufnummernanzeigepflicht, wobei die Bundesnetzagentur neben der unterdrückten auch die fingierte Rufnummer ahndet.¹⁴⁸ In diesem Zusammenhang berichtet die Presse im Juli 2010, dass nur ein einziger dieser Bescheide bis dahin rechtskräftig geworden sei.¹⁴⁹

Obwohl also die Bundesnetzagentur hohe Bußgelder verhängt und obwohl sie dies sowohl in Pressemitteilungen öffentlich macht als auch die Tatsache bekannt gibt, dass sie in zahlreichen Fällen noch ermittelt,¹⁵⁰ muss sie feststellen, dass sich die Unternehmen davon offensichtlich nicht beeindrucken lassen, und spricht sogar von einem Desinteresse gegenüber dem gesetzlichen Verbot.¹⁵¹

146 Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 29.7.2010, S. 2. Dabei geht aus einer Pressemitteilung vom 29.1.2010, S. 2 hervor, dass von Juli bis Dezember 2009 bereits 28.000 Beschwerden wegen unerlaubter Telefonwerbung eingegangen sind, so dass also über den Zeitraum bis April 2010 ein in etwa gleichmäßiges Auftreten der Beschwerdefälle festzustellen ist.

147 Von neun Fällen, in denen im Dezember 2009 und Januar 2010 insgesamt Bußgelder in Höhe von 500.000 Euro verhängt wurden, berichtet die Bundesnetzagentur mit Pressemitteilung vom 29.1.2010, S. 1. Von zwei Fällen, die mehrere Taten umfassen, in denen insgesamt Bußgelder in Höhe von 194.000 Euro verhängt wurden, berichtet die Bundesnetzagentur mit Pressemitteilung vom 29.7.2010, S. 1.

148 Bundesnetzagentur, Pressemitteilungen vom 29.1.2010, S. 1 und vom 29.7.2010, S. 2.

149 FAZ, 10.7.2010, Nr. 157, S. 9.

150 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung vom 29.7.2010, S. 2.

151 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung vom 29.1.2010, S. 1 „Das ersichtliche Desinteresse einiger Unternehmen am seit langem gesetzlich bestehenden Verbot unerlaubter Telefonwerbung ist nicht akzeptabel.“

Die Bundesnetzagentur sieht sich bei Ermittlungs- und Bußgeldverfahren Schwierigkeiten der Beweisführung ausgesetzt.¹⁵² Ferner macht sie zu Recht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass das Bußgeldverfahren nicht einmal alle störenden Konstellationen abdecke, und verweist darauf, dass sie auch nach der neuen Gesetzeslage weder Ping-Anrufe¹⁵³, noch telefonische Bandansagen oder Werbeanrufe unter Einsatz von Wahlautomaten mit Bußgeld ahnden könne.¹⁵⁴ Sie prangert an, dass ihr in solchen Fällen als Reaktionsmöglichkeiten lediglich die Verwaltungsmaßnahmen des Telekommunikationsgesetzes wie etwa die Rufnummernabschaltung oder ein Rechnungs- und Inkassoverbot verblieben.¹⁵⁵ Hierzu wird indes als bereits gängige Praxis berichtet, dass sich die Unternehmen im Falle der Abschaltung ihrer Nummer einfach umbenennen und eine neue Nummer beantragen.¹⁵⁶ Aus denselben Gründen sowie ferner, wenn ausländische Firmensitze, Briefkastenfirmen oder falsche Rufnummern eine Rolle spielen, ist regelmäßig die Durchsetzbarkeit von Sanktionen problematisch.¹⁵⁷

Nach alledem hat sich vor dem Hintergrund der technisch und wirtschaftlich günstigen Bedingungen auch nach den gesetzlichen Novellierungen, die im Lauterkeits- und Telekommunikationsrecht angesiedelt sind, an der tatsächlichen Bedrohung der Privatsphäre des Angerufenen durch unerlaubte Telefonwerbung nichts geändert.¹⁵⁸ Die tatsächliche Verfolgbarkeit ist angesichts der Erfolgsquo-

152 Bundesnetzagentur, Pressemitteilungen vom 29.1.2010, S. 2 und vom 29.7.2010, S. 1. Vgl. *Bokel/Tews*, NJW-aktuell 33/2010, 16 (17 „letztendlich scheitern die meisten Fälle in der Praxis an Identifikations- und Durchsetzungsproblemen.“).

153 Unter den sogenannten Ping-Anrufen versteht man Lockanrufe, die nach einem Signalton abgebrochen werden, und darauf abzielen, dass der Angerufene über die Rückrufoption seines Telefons die Nummer eines Mehrwertdienstes anruft.

154 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung vom 29.1.2010, S. 2 und Pressemitteilung vom 29.7.2010, S. 2.

155 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung vom 29.1.2010, S. 2 und Pressemitteilung vom 29.7.2010, S. 2. Ebenso FAZ, 10.7.2010, Nr. 157, S. 9 und 3.8.2010, Nr. 177, S. 11.

156 FAZ, 3.8.2010, Nr. 177, S. 11.

157 *Bokel/Tews*, NJW-aktuell 33/2010, 16 (17); *Köhler*, NJW 2009, 2567 (2569).

158 Zu derselben Einschätzung gelangt ein Bericht in der FAZ vom 10.7.2010, der ein knappes Jahr nach der gesetzlichen Neuregelung feststellt „Kaum Fortschritte gibt es auch bei der Bekämpfung unerlaubter Werbeanrufe. Selbst die Androhung hoher Bußgelder von bis zu 500.000 Euro scheint nicht zu fruchten.“

te eher theoretischer denn wirksamer Natur.¹⁵⁹ Darüber hinaus steht nach dieser Entwicklung zu erwarten, dass nicht zuletzt die sich weiterentwickelnden technischen Möglichkeiten der Telefonie immer wieder für Schutzlücken sorgen werden und dass sie zunehmend zur Behinderung der Verfolgung missbraucht werden.

Nach diesem Befund gilt es, die bürgerlichrechtlichen Grundlagen der lauterkeitsrechtlichen Einordnung von Telefonanrufen als unzumutbare Belästigung aufzudecken und der Frage nachzugehen, ob die lauterkeitsrechtliche Regelung Ober- oder Untergrenze des Persönlichkeitschutzes ist, ob eine Einwilligung des Angerufenen in allen denkbaren Situationen eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erlaubt oder ob je nach den Umständen unaufgeforderte Werbeanrufe trotz genereller Einwilligung unzulässig sind. Zu untersuchen ist, ob lauterkeitsrechtlich erhebliche wie auch unerhebliche Beeinträchtigungen von Privatpersonen bürgerlichrechtlich je nach den dort maßgeblichen Kriterien abgewehrt werden können. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf die Frage nach der Qualifizierung unerbetener Telefonwerbung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und auf dessen Einordnung in § 823 Abs. 1 BGB. Das von den Ergebnissen dieser Erörterungen unabhängige Problem, ob § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist, wird nicht mehr erörtert.

Da der Interessenkonflikt seinen rechtstatsächlichen Ursprung in der lauterkeitsrechtlichen Bewertung findet, stellt sich dabei zunächst die Frage, welche lauterkeitsrechtliche Judikaturentwicklung der Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorangegangen ist. Darüber hinaus wird die Fokussierung auf den Verbraucherschutz aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht ebenso zu bewerten sein wie die Rechtstechnik der Sanktion.

E. Gang der Untersuchung

Entsprechend der vorangegangenen Problembeschreibung beginnt die Arbeit im nachfolgenden zweiten Kapitel mit der Darstellung, welche Beurteilungen telefonischer Werbung in der Rechtsprechung zu finden sind. Eingegangen wird auf

159 Ebenso *Bokel/Tews*, NJW-aktuell 33/2010, 16 (17 „Insbesondere seit In-Kraft-Treten des Gesetzes haben zudem viele der unseriösen Firmen ihren Firmensitz ins Ausland verlegt oder lassen ihre Rufnummern über Briefkastenfirmen registrieren, was die Rechtsverfolgung erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich macht.“).

die wettbewerbsrechtliche Judikatur, indem vor allem die Entscheidungen „Telefonwerbung I - VI“ des Bundesgerichtshofs behandelt werden, die sich ausführlich mit der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit telefonischer Werbung auseinandersetzen und zwar im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung des § 1 UWG a.F. In der dabei vom Bundesgerichtshof durchgeführten Interessenabwägung werden die widerstreitenden Interessen des Werbenden und des Angerufenen deutlich sichtbar. Hinweise auf die Wertungen der Instanzgerichte sowie die Resonanz der Rechtsprechung in der Literatur schließen sich an.

Da die restriktive lauterkeitsrechtliche Bewertung des Bundesgerichtshofs mit einer Verletzung des bürgerlichrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründet wird und auch die eingangs gegebene Problembeschreibung auf den Persönlichkeitsschutz als den eigentlich gefährdeten Bereich hinweist, ist im dritten Kapitel die Einordnung eines Werbeanrufs als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Angerufenen zu untersuchen. Die Klärung der Frage, ob und unter welchen Umständen ein Werbeanruf bei einer Privatperson eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedeuten kann, beginnt mit der Darstellung der Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die notwendig ist, um die Einordnung telefonischer Werbung in dieses umfassende Rahmenrecht¹⁶⁰ vornehmen zu können.

Der Ansatz am bürgerlichrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht des telefonisch Umworbenen führt sodann zu den Besonderheiten, die sich aus der Qualifizierung dieses Rechtsinstituts als Rahmenrecht ergeben. Sie bestehen darin, dass bei einer faktischen Berührung des Persönlichkeitsrechts erst eine Interessenabwägung Aufschluss darüber gibt, ob der Privatperson Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stehen.¹⁶¹ Wenn diese Abwägung grundsätzlich bewältigt ist, können im konkreten Einzelfall die üblichen Rechtfertigungsgründe eingreifen. In diesem Zusammenhang gewinnt dann der Erlaubnisvorbehalt eine Bedeutung, welche in der vorliegenden Arbeit eine eigene Untersuchung der Einverständniserklärung notwendig macht. Dabei geht es zunächst um die Frage, wie sich grundlegende Interessenabwägung und Einwilligung zueinander verhalten. In den Fällen, in denen grundsätzlich eine Verletzung des allgemeinen

160 Begriff von *Fikentscher*, SchuldR, 9. Aufl., Rn 1216, 1225 = *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, Rn 1571, 1584; benutzt unter anderem von BGHZ 169, 340 - Rücktritt des Finanzministers; *Esser*, Schuldrecht I AT, 3. Aufl., § 8 II 2, S. 57; *Neumann-Duesberg*, VersR 1991, 957 (957); *Schlechtriem*, Schuldrecht - Bes. Teil, Rn 838.

161 Vgl. BGHZ 13, 334 (338) - Leserbrief; MünchKommBGB-Rixecker, § 12 BGB Anh., Rn 8; *Neumann-Duesberg*, VersR 1991, 957 (957).

Persönlichkeitsrechts in Betracht gezogen wird, schließen sich Überlegungen zu den Anforderungen¹⁶² und der Wirkung eines Einverständnisses mit Werbeanrufern seitens der Privatperson an. Es wird zu erwägen sein, ob ein Eintrag im Telefonbuch, die Angabe der Telefonnummer auf Briefköpfen¹⁶³, das bloße Schweigen auf die briefliche Ankündigung eines Anrufes¹⁶⁴ sowie weitere denkbare Konstellationen bereits als Einverständnis mit einem zukünftigen Telefonanruf zu Werbezwecken gewertet werden können. Dem schließt sich im vierten Kapitel die Frage an, was aus der Qualifizierung bestimmter Werbeanrufe als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Einzelnen hinsichtlich denkbarer Anspruchsgrundlagen sowie -gegner zu folgern ist, um einen angemessenen Schutz der Privatperson vor Telefonwerbung zu erreichen.

Soweit eine Persönlichkeitsverletzung bejaht wird, ist aufgrund der nicht unbeachtlichen Anzahl von Sachverhalten, in denen dem Angerufenen die Identität seines Anspruchsgegners verborgen bleibt,¹⁶⁵ und die zur Einstufung aller Verschleierungstaktiken als unzumutbare Belästigung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG geführt hat, auch die praktische Durchsetzbarkeit der möglichen Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz in den Blick zu nehmen. Damit verbunden ist die Erörterung der verantwortlichen Störer. Als potentielle Störer werden zunächst die Personen in Betracht gezogen, die den konkreten Anruf entweder selbst tätigen, oder in deren Auftrag die Werbemaßnahmen erfolgen. Darüber hinaus wird überlegt, ob auch die Telefongesellschaften, über die die Werbeanrufe abgewickelt werden, als Störer eingestuft werden können mit der Konsequenz, auf Verhinderung der Anrufe in Anspruch genommen werden zu können.

Soweit dieser Weg nicht gangbar ist, wird überprüft, ob die beteiligten Telefongesellschaften auch als Nichtstörer die Identität des Anrufers preisgeben müssen. Damit wird sich die Frage nach Auskunftsansprüchen der umworbenen

162 Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Baumbach/*Hefermehl*, 22. Aufl., § 1 UWG, Rn 67. Ebenfalls mit weiteren Nachweisen *Köhler/Piper*, § 1 UWG, Rn 151.

163 In beiden Fällen ablehnend BGH, GRUR 1989, 753 (754) - Telefonwerbung II.

164 Ablehnend BGH, GRUR 1989, 753 (754) - Telefonwerbung II.

165 Zu dieser Gefahr nachdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zur Einführung des § 13 a UKlaG, BT-Drucks. 14/9353, S. 7. Des weiteren Begründung des RegEntw eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung, BT-Drucks. 16/10734, S. 7, 14 f., sowie die vom Bundesrat geäußerten Zweifel am Erfolg der geplanten Abschreckungsmaßnahmen, BT-Drucks. 16/10734, S. 21 Nr. 6, S. 22 Nr. 8.

Privatperson gegen die an dem Werbeanruf technisch beteiligten Telefongesellschaften stellen. Denn im Falle anonymer Anrufe sind sie die einzigen, die aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Technologien und Daten möglicherweise in der Lage sind, Aufschluss über die Identität des werbenden Anrufers als dem etwaigen Anspruchsgegner zu geben.