

Telefonwerbung

Unter **Telefonwerbung** versteht man die Form der Direktwerbung, bei der dem möglichen Abnehmer einer Ware oder Leistung (Marktteilnehmer) eine telefonisch übermittelte Offerte zugeht, um ihn zum Vertragsabschluss oder zum Anfordern weiterer Informationen zu bewegen. Telefonwerbung ist ohne ausdrückliche oder mutmaßliche Einwilligung des Angerufenen als Form unzumutbarer Belästigung unlauter.

Übersicht

1.	Grundsätzliches	2
2.	Abgrenzungsfragen	3
2.1.	Die Rufnummer ist maßgeblich	3
3.	Werbung bei Gewerbetreibenden	4
3.1.	Grauzone	5
3.2.	Branchenüblicher Werbeanruf	6
3.3.	Varianten der Telefonwerbung	7
3.4.	Vorhandene Geschäftsbeziehung	9
3.5.	Zeitarbeit	10
3.6.	Blindenwarenverkauf	10
4.	Werbung gegenüber dem Verbraucher	11
4.1.	Angabe der Telefonnummer bei Werbeantwort	12
4.2.	Nachbearbeitung gekündigter Abonnements	13
4.3.	Erschliches Einverständnis	13
4.4.	Erbetenes Informationsmaterial	14
4.5.	Verbraucherumfrage	14
4.6.	Mitarbeiter-Abwerbung/Unternehmenswechsel	14
5.	Dialogfreie Telefonwerbung	16
5.1.	Automatische Anrufmaschinen	16
5.2.	Telefonanruf mit Werbeunterbrechung	16
5.3.	Werbung über Mobil-Telefon / SMS-Werbung	17
5.4.	Ping- / Lockanrufe	17
6.	EU-Recht	18
6.1.	Wareterminofferten verboten	18
6.2.	Andere Dienstleistungen	19
7.	Telefonvertrag und Widerrufsrecht (Fernabsatzverträge) ...	19

1. Grundsätzliches

Unzumutbare Belästigung als Regelfall

Der unaufgeforderte Anruf zu Werbezwecken („cold calling“) gegenüber einem privaten Verbraucher (§ 13 BGB) ist grundsätzlich unzulässig.¹ Lediglich beim Anruf an den „sonstigen Marktteilnehmer“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG), sind in gewissem Umfang Ausnahmen statthaft.² Die seit den 70er Jahren stets fortentwickelte³ und heute gefestigte Rechtsprechung⁴ ist in die UWG-Novellierung 2004 und in die verbraucherschützende EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁵ eingeflossen, § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG, bzw. Art. 5 Abs. 4 b, Art. 8 u. 9 iVm Anhang 1 Nr. 26 der o.e. EU-Richtlinie. Danach ist die Werbung mit Telefonanrufen eine „unzumutbare Belästigung“, bzw. eine „Aggressive Geschäftspraktik“, die als unlautere Handlung grundsätzlich verboten ist⁶ und einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz nach §§ 823, 1004 BGB für den privaten Verbraucher (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁷), bzw. nach §§ 3, 7, 8 Abs. 1 UWG für den „sonstigen Marktteilnehmer“⁸ auslöst.

Abwehrmaßnahmen

Im Fall unlauterer Telefonwerbung sind gebündelte Maßnahmen von klagebefugten Verbänden im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG sinnvoll, da der unerbetene Telefonanruf bei einem Unter-

¹ BGH, Urt. v. 16.3.1999, Az.: XI ZR 76/98, zur Unwirksamkeit von formularmäßiger Einverständniserklärung gem. § 9 AGBG, als Ausdruck der mit einer Telefonwerbung grundsätzlich verbundenen belästigenden Störung; siehe dazu Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABI L 149 v. 11.6.2005, S. 22 ff., Art. 5 Abs. 4 b, Art. 8 u. 9 iVm Anhang 1 Nr. 26 (Aggressive Geschäftspraktiken) - seit 1.1.2008 in Deutschland unmittelbar geltendes Recht.

² BGH, Urt. v. 24.1.1991, Az.: I ZR 133/89, WRP 1991, 470 – Telefonwerbung IV.

³ BGH, Urt. v. 19.6.1970, Az.: I ZR 115/68, WRP 1970, 305 = NJW 1970, 1738 – Telefonwerbung; siehe auch Schricker, Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, m.w.H, GRUR Int. 1998, 541 ff.

⁴ BGH, Urt. v. 27.1.2000, Az.: I ZR 241/97, GRUR 2000, 818 – Telefonwerbung VI, m.w.N.

⁵ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABI L 149 v. 11.6.2005, S. 22 ff.

⁶ OLG Hamm, Urt. v. 15.8.2006, Az.: 4 U 78/06, MD 2006, 1285, 1287, 2e.; vgl. Köhler, „Die Bagatelleklausel in § 3 UWG“, GRUR 2005, 1, 7.

⁷ LG Hamburg, Urt. v. 30.6.2006, Az.: 309 S 276/05, GRUR-RR 2007, 61 – Marktforschung m.w.N.

⁸ Zu beachten ist die Frage der Betroffenheit (Mitbewerbereigenschaft) beim Unternehmer, siehe dazu Baumbach/Hefermehl, Komm. UWG § 7 RNr. 33 und Harte-Bavendamm, Komm. UWG § 7 RNr. 120; zum Idealverein als „Mitbewerber“, OLG Hamm, Urt. v. 12.1.2006, Az.: 4 U 140/05, MD 2006, 477, 479 II, 2. „Telefonwerbung“

nehmer, der nicht Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ist, u.U. wegen Geringfügigkeit der Störung keinen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellt, bzw. Maßnahmen des privaten Verbrauchers mit hohen Risiken der Rechtsverfolgung belastet sind.⁹

2. Abgrenzungsfragen

Telefonwerbung im privaten Bereich ist immer verboten, es sei denn, der Anruf erfolgte mit ausdrücklicher oder konkludenter/stillschweigender Einwilligung des Angerufenen (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG), d.h. auf Wunsch des Angerufenen, oder es handelt sich um ein Telefonat im Rahmen einer ständigen, aktuellen Geschäftsbeziehung, in deren Rahmen ein derartiger Anruf gestattet wurde oder nützlich ist. Die Gestattung sollte grundsätzlich bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung protokolliert werden oder Bestandteil eines bestehenden Vertrages sein und müsste in diesem Zusammenhang (Anruf) üblich oder notwendig sein.¹⁰ Im geschäftlichen Bereich ist Telefonwerbung bereits möglich, wenn der Anrufer zumindest aufgrund konkreter Anhaltspunkte von einer mutmaßlichen Einwilligung des Empfängers der Werbung ausgehen kann¹¹ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

Privater oder geschäftlicher Bereich

2.1. Die Rufnummer ist maßgeblich

Auch wenn ein Unternehmer in seinem geschäftlichen Bereich wie eine Privatperson angesprochen wird, beispielsweise zum Abschluss eines persönlichen Kapitalanlagegeschäftes oder eines „Steuermodells“ oder einer privaten Versicherung gelten nicht die zur Werbung im Privatbereich getroffenen Bestimmungen, d.h. der Anrufer kann sich u.U. auf eine mutmaßliche Einwilligung zur Rechtfertigung der Telefonwerbung stützen. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unterscheidet nämlich explizit nur zwischen den Anrufen bei Verbrauchern und anderen Marktteilnehmern, so dass die Prüfung der Zulässigkeit eines werbenden Telefonanrufs entscheidend davon abhängt, unter welcher Rufnummer der Anruf erfolgt ist. Werbliche Anrufe unter einer Privatnummer sind stets Werbung gegenüber Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB, während Telefonwerbung über eine gewerbliche Nummer eine solche gegenüber sonstigen

Privater Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer

⁹ Vgl. Harte-Bavendamm, Komm. UWG § 7 Rdnr. 120 mit Hinweis auf die Rechtsprechung in Anm. 271 und Einl F 133 ff.

¹⁰ BGH, Urt. v. 27.1.2000, Az.: I ZR 241/97, GRUR 2000, 818 – Telefonwerbung VI.

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.1.1991, Az.: I ZR 133/89, WRP 1991, 470 – Telefonwerbung IV.

Marktteilnehmern ist.¹² Wird demgemäß die in den aktuellen Telefonbüchern einem gewerblichen Unternehmen zugeschriebene Nummer angewählt, der Anschluss aber ohne Kenntnis des Anrufers zu einem privaten Anschluss automatisch umgeleitet, so handelt es sich i.S. des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um einen Telefonanruf gegenüber einem „sonstigen Marktteilnehmer“ – auch, wenn es an dessen „mutmaßlicher Einwilligung“ fehlt, z.B. bei einer Werbung für die Abnahme von Wein gegenüber dem Inhaber eines Blumenhandels¹³ oder gegenüber einem Rechtsanwalt¹⁴.

3. Werbung bei Gewerbetreibenden

Mutmaßliche
Einwilligung

Bei der Telefonwerbung gegenüber „sonstigen Marktteilnehmern“, d.h. Mitbewerbern und gewerblichen Verbrauchern (§ 2 Nr. 2 UWG) kann die Statthaftigkeit der Werbeübermittlung – neben ausdrücklicher oder stillschweigender/konkludenter Einwilligung – auf eine *mutmaßliche Einwilligung* gestützt werden. Ein solches Einverständnis ist aber nicht bereits bei einer nur abstrakten Interessenlage gegeben, da man ansonsten wegen nahezu jeder Anpreisung eine mutmaßliche Einwilligung des Angerufenen konstruieren könnte. Voraussetzung ist vielmehr, dass aus der Sicht des Anrufers vor dem Anruf aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an der Telefonwerbung vermutet werden kann.¹⁵ Eine solche Vermutung ist gerechtfertigt, wenn der Anrufer nach den Gesamtumständen annehmen kann, der Gewerbetreibende wünsche den Anruf oder werde einem solchen Anruf jedenfalls positiv gegenüberstehen.¹⁶ Dies ist der Fall, wenn z.B. ein Kfz-Hersteller einen Autohändler, ein Mietwagenunternehmen, oder den Leiter eines größeren Fuhrparks eines Unternehmens anruft, um eine Probefahrt zu vereinbaren.

Betriebs-
bezogenheit

Während man in diesem Fall eine sachliche *Betriebsbezogenheit* annehmen kann, scheidet eine mutmaßliche Einwilligung zur Telefonwerbung bei einem nur theoretischen allgemeinen Interesse aus,

¹² OLG Köln, Urt. v. 5.11.2004, Az.: 6 U 88/04, GRUR-RR 2005, 138, 139 – Telefonwerbung m.w.N.; vgl. BGH, Urt. v. 24.1.1991, Az.: I ZR 133/89, WRP 1991, 470 – Telefonwerbung IV.

¹³ OLG Köln, Urt. v. 5.11.2004, Az.: 6 U 88/04, GRUR-RR 2005, 138 – Telefonwerbung.

¹⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 30.7.1987, Az.: 6 U 512/86, WRP 1987, 687 – Telefonische Verkaufsanfrage; KG, Urt. v. 10.7.1987, Az.: 5 U 2750/86, WRP 1988, 304 – Telefonwerbung im Weinhandel (auch bei früheren Kunden).

¹⁵ BGH, Urt. v. 24.1.1991, Az.: I ZR 133/89, WRP 1991, 470 – Telefonwerbung IV

¹⁶ OLG Hamm, Urt. v. 12.1.2006, Az.: 4 U 140/05, MD 2006, 477 – Telefonwerbung.

wie beispielsweise beim Anruf gegenüber Rechtsanwälten für einen Online-Informationdienst oder (allgemein) für die Abnahme von Gebrauchsgütern. Eine extensive Interpretation würde dem Schutzzweck des § 7 UWG zuwiderlaufen (Belästigung) und nicht zuletzt faktisch zu einem Rechtfertigungszwang des Angerufenen führen, der darlegen müsste, warum ein bestimmter Anruf für ihn ohne spezifisches (konkretes) Interesse sei.

Man wird in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen haben, dass es bei der Statthaftigkeit der Telefonwerbung nicht nur auf die übermittelten Inhalte ankommt, sondern auch gerade darauf, ob der Angerufene mit der Art der Kontaktaufnahme durch das Telefon einverstanden ist. Die zu vermeidende Belästigung orientiert sich vom Sinn und Zweck der Norm nicht am Werbeinhalt, sondern an der telefonischen Übermittlung derselben.

Einverständnis mit dieser Form der Kontaktaufnahme

Kein (mutmaßliches) sachliches Interesse an einer Telefonwerbung gegenüber Handwerksbetrieben zur entgeltlichen Vermittlung von Bauaufträgen liegt vor, wenn der Werbende diverse Handwerker anrufen lässt, um sich mit Blick auf potenzielle Aufträge ein Bild von deren Leistungsumfang und der Arbeitsbelastung zu machen.¹⁷

Fehlendes Interesse

Statthaft sein kann dagegen der an eine bereits abgegebene Bestellung anknüpfende Anruf, wenn er entweder im Rahmen des Erstkontakts gestattet wurde oder der Anrufer deswegen von einem mutmaßlichen Interesse ausgehen kann, weil es um Folgebedarfsbestellungen geht (Reinigungsmittel, Büromaterial) oder auch darum, einen Anzeigenauftrag zu aktualisieren.¹⁸ Eine Verwilderung der Werbesitten ist dadurch nicht anzunehmen, da der Anrufer jederzeit durch den ausdrücklich geäußerten Wunsch des Kunden, ab sofort nicht mehr angerufen zu werden, an weiterer Telefonwerbung gehindert ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG).

Anknüpfen an vorangegangene Bestellung

3.1. Grauzone

In eine Grauzone fallen Angebote für allgemeine Leistungen (z.B. Sprach- oder Sportkurse) sowie für Waren, die sowohl im betrieblichen als auch im privaten Bereich benutzt werden können, zum Beispiel Putzmittel (Besen, Geschirrhandtücher, WC-Papier), Lebensmittel, Lampen oder Kraftfahrzeuge. Derartige telefonisch

Gemischt nutzbare Leistungen

¹⁷ OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 24.7.2003, Az.: 6 U 36/03, MD 2003, 1006 = GRUR-RR 2003, 320 – Telefonwerbung gegenüber Handwerksbetrieben.

¹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 5.2.2004, Az: I ZR 87/02 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag m.w.N.

übermittelte Offerten sind grundsätzlich nicht statthaft und lassen sich weder als „mutmaßlich“ erwünscht, noch als sozialüblich bewerten, wenn es sich um sog. fördernde Anrufe, d.h. die Verknüpfung von Warenabsatz/Dienstleistung und Förderung eines gemeinnützigen/wohltätigen Zweckes z.B. von Altenheimen, Tier- und Naturschutz, Polizei, Behindertenwerkstätten oder Blindenanstalten handelt.

Direktes
Ansprechen
des intern
Zuständigen

Ausnahmsweise kann man dann einen Sondertatbestand annehmen, wenn sich der Anruf direkt an einen für das beworbene Produkt „zuständigen“ Mitarbeiter wendet, z.B. den verantwortlichen Einkäufer für Büromaterial, Werbegeschenke, Fuhrpark etc. Denkbar sind derartige Abläufe jedoch nahezu ausschließlich bei größeren Unternehmen, nicht dagegen bei unstrukturierten Betrieben, z.B. kleineren Gewerbetreibenden/Freiberuflern (Ärzte, Handwerker, Rechtsanwälte, Steuerberater), in denen multifunktional gearbeitet wird. Dort bleibt die Telefonwerbung auch bei allgemeiner Betriebsbezogenheit als unzumutbare Belästigung unlauter. Wollte man dem entgegen eine nur allgemeine Sachbezogenheit für die Statthaftigkeit der Telefonwerbung ausreichen lassen, würde dies auf eine nahezu unbeschränkte Zulassung der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich mit den genannten belästigenden, nicht generell hinnehmbaren Folgen hinauslaufen.¹⁹

Beispiele

Unstatthaft ist demnach die telefonische Offerte eines Diamantenhändlers bei einem beratenden Ingenieurbüro.²⁰ Ebenso unzulässig ist der Anruf eines Warenterminhändlers, Finanz- oder Anlageberaters oder der Anruf eines Kfz-Händlers zur Einladung zu einer Probefahrt oder zur Anforderung eines Vertreterbesuchs.

3.2. Branchenüblicher Werbeanruf

Angebot
maßgeblich

Neben dem betriebsbezogenen Anruf, der die eigentliche geschäftliche Tätigkeit des Umworbene[n] betrifft und der zugleich unter Annahme eines konkreten Interesses an der telefonischen Unterbreitung erfolgt, wird man den branchenüblichen Anruf als statthaft ansehen dürfen. Es ist hier nicht unbedingt auf die Branchenüblichkeit der Telefonwerbung abzustellen, sondern auf die Branchenüblichkeit des unterbreiteten Angebotes. Ein Verstoß ist z.B. dann nicht gegeben, wenn ein Stoffvertreter den Stoffhändler anruft, um ihm sein neuestes Sortiment vorzustellen bzw. um einen Vor-

¹⁹ BGH, Urt. v. 24.1.1991, Az.: I ZR 133/89, WRP 1991, 470 – Telefonwerbung IV.

²⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 3.5.1995, Az.: 13 U 277/94, WRP 1995, 773.

stellungstermin abzustimmen. Der Anruf eines Lebensmittelhändlers bei einem Restaurantbesitzer, der gleichermaßen an die sinnvolle Nutzung des Telefons wie an die inhaltliche Interessenlage anknüpft, wird von der mutmaßlichen Einwilligung des Angerufenen getragen sein.

Bei der Frage der Branchenüblichkeit des Anrufs ist aber auch stets zu prüfen, ob der Einsatz des Telefons für die Übermittlung der Werbung in einem sachgerechten Verhältnis zu anderen Werbeformen steht (Briefwerbung). Das mutmaßliche Einverständnis ist dabei nicht schon deswegen auszuschließen, weil die entsprechende Werbung auch durch Briefpost übermittelbar ist. Es kann insoweit nach BGH-Rechtsprechung ein großzügiger Maßstab angelegt werden²¹, wobei die allzu häufige „Abfrage“ im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen, z.B. in Bezug auf Versicherungsverträge das Maß des Erträglichen vehement überschreiten kann und daher eine restriktive Handhabung erforderlich ist.²²

Sachgerechte Form

3.3. Varianten der Telefonwerbung

Unzulässig handelt der Vertreter einer Zeitung, Zeitschrift oder eines Anzeigenblattes, der bei Gewerbetreibenden telefonisch für eine Anzeigenschaltung akquiriert.²³ Es kann von Inhabern gewerblicher Telefonanschlüsse nicht angenommen werden könne, sie seien schlechthin damit einverstanden, dass ihnen telefonisch Werbebotschaften aller Art zugeleitet würden. Die Begründung, Werbung wie z.B. die Aufnahme in ein Branchenbuch, sei schließlich eine nützliche und betriebsfördernde Sache, trägt die mutmaßliche Einwilligung wegen fehlender Konkretisierung, bzw. sachlichen Interesses²⁴ nicht. Zudem stellt die Werbung für Anzeigen nur einen Teil der eigenen werblichen Maßnahmen im weitesten Sinne dar. Von derartigen Angeboten ist keineswegs von vornherein zu vermuten, dass für sie bei den Angesprochenen ein sachliches Bedürfnis besteht, wie dies bei einem Angebot von Waren und Leistungen der Fall sein kann, die im engeren Sinne betriebsbezogen sind, also den Gegenstand des Gewerbebetriebes betreffen.

Unzulässige Form der Anzeigenakquisition

²¹ BGH, Urt. v. 5.2.2004, Az.: I ZR 87/02, GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag m.w.N.

²² vgl. Pauly, Jankowski, „Rechtliche Aspekte der Telefonwerbung im B-to-B-Bereich“, GRUR 2007, 118-124 m.w.N.

²³ OLG Hamburg, Urt. v. 3.7.1986, Az.: 3 U 55/86, WRP 1987, 41.

²⁴ Vgl. OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 8.7.2004, Az.: 6 U 59/04, GRUR-RR 2004, 254 – „Berliner Anwaltsspiegel“ m.w.N.

- Anfrage wegen Änderung
- Anders zu bewerten ist der Anruf, mit dem für eine entgeltliche Änderung eines bereits vorhandenen Eintrags in einem Telefonverzeichnis geworben wird, wenn damit zugleich der Inhalt des bisherigen Standardeintrags für eine neue Auflage des Verzeichnisses überprüft werden soll.²⁵ Dabei steht der Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses der anzurufenden Gewerbetreibenden nicht entgegen, dass bei einem schriftlichen Datenabgleich des Standardeintrags etwaige Unklarheiten oder Unsicherheiten in der Schreibweise besser beseitigt werden könnten als bei einer telefonischen Überprüfung. Es handelt sich hierbei nach BGH-Rechtsprechung um eine noch hinnehmbare Belästigung. Ob aus dieser Begründung zu folgern ist, dass das Gesetzesmerkmal der „unzumutbaren Belästigung“ gemäß § 7 UWG im Einzelfall widerlegt werden kann, ist eher fraglich, da dadurch eine nicht gewollte Rechtsunsicherheit eintreten würde, die das grundsätzliche Verbot der Telefonwerbung angesichts der Vielzahl gleich gelagerter Fallvarianten aushöhlen würde²⁶. Unlauter ist der Anruf beim bestehenden kostenlosen Eintrag, z.B. im Verzeichnis einer Internetsuchmaschine, wenn der telefonische Weg gewählt wurde, um zugleich das Angebot einer erweiterten, entgeltlichen Leistung zu unterbreiten.²⁷
- Fehlende Eilbedürftigkeit
- Fachbuchverlagen ist es nicht gestattet, die berufsspezifischen Abnehmergruppen ihrer Produkte anzurufen, z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater oder Ärzte. Fachbücher, Zeitschriften auch Subskriptionsangebote, Sonderangebote oder Reststücke dürfen deswegen nicht im Wege der Telefonwerbung angeboten werden, weil derartige Gegenstände allenfalls Hilfsmittel des potenziellen Abnehmers sind und nicht zu erkennen ist, warum das angerufene Unternehmen/Büro ein sachliches Interesse daran haben sollte, gerade per Telefon umworben zu werden. Es fehlt dazu insbesondere an einer besonderen, sachlich berechtigten Eilbedürftigkeit. (Zur Abgrenzung: statthaft ist der Anruf des Fischgroßhändlers bei einem Fischrestaurant.)
- Fehlendes Interesse
- Kein sachliches Interesse besteht bei einem Direktmarketing-Unternehmen am Empfang von Telefonwerbung eines Zeit-

²⁵ BGH, Urt. v. 5.2.2004, Az.: I ZR 87/02, GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag, der damit von der Vorinstanz zugunsten einer Liberalisierung der Telefonwerbung abweicht; vgl. dazu: OLG Köln, Urt. v. 8.3.2002, Az.: 6 U 165/01, GRUR-RR 2002, 237 – Auftragsverweiterung.

²⁶ Siehe: Pauly, Jankowski, „Rechtliche Aspekte der Telefonwerbung im B-to-B-Bereich“, GRUR 2007, 118-124 mwN, die eher für einen stärkeren Abbau des Schutzes plädieren.

²⁷ BGH, Urt. v. 20.9.2007, Az.: I ZR 88/05, – Suchmaschineneintrag.

schriftenverlages, nur weil der anrufende Verlag für eine Direktmarketing-Fachzeitschrift wirbt.²⁸ Es ist dabei weder von rechtlicher Bedeutung, ob die Telefonwerbung sich auf den Vertrieb der Zeitschrift oder auf die Akquisition von Anzeigen für diese Zeitschrift bezieht.²⁹

Strittig ist die Entscheidung einzustufen, nach der Rechtsanwälte während der üblichen Bürozeiten *mutmaßlich* mit der telefonischen Eigenwerbung von Mandantenvermittlern einverstanden sind³⁰, da auch bei vorhandenem Interesse am Inhalt der Nachricht eine Übermittlung im Telefonwege nicht nur wegen mangelnde Überprüfbarkeit des Anrufers, sondern auch wegen der objektiven Belästigung eines Rechtsanwaltes durch ein nicht angefordertes und damit den anwaltlichen Betrieb störendes Telefonat ungewünscht erscheint.

Störung des Betriebs

Bei einem Bauhandwerksunternehmen kann nicht ohne weiteres das Einverständnis mit einer telefonischen Kontaktaufnahme zur Vermittlung nicht näher bestimmter Bauaufträge durch Aufnahme in eine allgemeine Interessentendatei vermutet werden.³¹

3.4. Vorhandene Geschäftsbeziehung

Haben zwischen dem Anrufer und dem Werber bereits - entgeltliche³² - Geschäftsbeziehungen bestanden, kann von einem Einverständnis zur Telefonwerbung ausgegangen werden, wenn der Anruf in einem engen zeitlichen Verhältnis zu dem Erstvertrag steht und sachlich geboten erscheint.³³ Die unerbetene Werbung eines Weingutes gegenüber einem Rechtsanwalt, der bereits einmal Besteller war, ist allerdings nicht „üblich“ und sachbezogen, daher unzulässig.³⁴

Enger zeitlicher Bezug

²⁸ Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen, Gutachten 3/98, „Sachliches Interesse des Angerufenen bei Telefonwerbung“, WRP 1999, 450.

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 5.2.2004, Az.: I ZR 87/02, GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag m.w.N.

³⁰ AG Bergisch Gladbach, Urt. v. 4.12.2004, Az.: 61 C 168/03, GRUR-RR 2004, 188 – „Mandatsvermittlung“.

³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 16.11.2006, Az.: I ZR 191/03, MD 2007, 649 – Telefonwerbung für „Individualverträge“ (LS zur Fassung des Klageantrags)

³² Siehe BGH, Urt. v. 20.9.2007, Az.: I ZR 88/05, – Suchmaschineneintrag.

³³ Entspr. Lettl, „Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und e-mail“, in GRUR 2000, 977 (979, Anmerkung 17); LG Oldenburg, GRUR 1988, 551 m.w.H.

³⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 30.7.1987, Az.: 6 U 512/86, WRP 1987, 687 – Telefonische Verkaufsanfrage; KG, Urt. v. 10.7.1987, Az.: 5 U 2750/86, WRP 1988, 304 – Telefonwerbung im Weinhandel (auch bei früheren Kunden).

3.5. Zeitarbeit

Eilbedürftigkeit Das Interesse eines Zeitarbeitsunternehmens, seine Leiharbeiter möglichst kurzfristig und damit kostenoptimiert beim Kunden einsetzen zu können, berechtigt nicht dazu, ein Interesse an telefonischen Angeboten zu vermuten und potenzielle Kunden anzurufen.³⁵

3.6. Blindenwarenverkauf

Langjährige Billigung Die telefonische Akquisition für den Verkauf so genannter Blindenware kollidiert dann nicht mit der Lauterkeit im Wettbewerb, wenn es zutrifft, dass sich alle Blindenwerkstätten seit Jahrzehnten der Methode der Telefonwerbung gegenüber geschäftlichen Kunden bedienen, ohne dass dies jemals von irgendeiner Seite beanstandet worden wäre. Bei der Beurteilung, ob Telefonwerbung auf diesem Gebiet unlauter ist, kommt es entscheidend auf die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise an, die ihrerseits in erster Linie davon beeinflusst werden, ob entsprechende Werbemethoden in der in Frage stehenden Branche üblich sind. Die Verkehrsauffassung bildet und orientiert sich auch auf diesem Gebiet regelmäßig an dem, was ihr in der Branche begegnet.³⁶ Im Streitensfalle ist über diese Frage Beweis zu erheben (Umfragegutachten).

Einer Auskunft des Hamburger Vereins PRO HONORE e.V.³⁷ zufolge, liegen Beschwerden über belästigende Telefonwerbung durch so genannte anerkannte Behindertenwerkstätten in nennenswertem Umfang nicht vor. Blinden- und anerkannte Behindertenwerkstätten werben nicht durch ungezielte (kalte) Telefonanrufe, sondern bedienen ihre Stammkunden, die sie erst anrufen, wenn im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung zur Telefonakquise für Wiederholungsbestellungen das Einverständnis erklärt worden ist³⁸.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.6.1997, Az.: 2 U 13/97, WRP 1997, 853 – Telefonwerbung von Arbeitnehmerverleihern; dazu kritisch: Schrickler in GRUR Int. 1998, 551 (VI), siehe Fußnote 4.

³⁶ BGH, Urt. v. 25.1.2001, Az.: I ZR 53/99, GRUR 2001, 1181 – Telefonwerbung für Blindenwaren („Branchenübliche Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden“)

³⁷ S. dazu UKlaG i.V.m. UKlaV v. 3.7.2002, § 1 Nr. 2 und Lexikon der Wettbewerbshüter P 1.

³⁸ BGH, Urt. v. 4.11.1958, Az.: I ZR 91/57, GRUR 1959, 143 – Blindenseife.

4. Werbung gegenüber dem Verbraucher

Nur soweit der Anruf ausdrücklich gewünscht war (§ 183 BGB), d.h. eine vorherige Zustimmung vorliegt, ist die Telefonwerbung statthaft (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Für den Nachweis Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete ständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt dies deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit des Ausdrucks voraus³⁹. Durch eine Bestätigungsmail im elektronischen „Double-opt-in-Verfahren“ wird weder ein ständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufen belegt, noch führt sie für sich alleine zu einer Beweiserleichterung zugunsten des Werbenden⁴⁰.

Keine
mutmaßliche
Einwilligung

Konkretes
Einverständ-
nis

Auf eine „mutmaßliche Einwilligung“ kann sich der Anrufer gegenüber dem Verbraucher nicht berufen. Ob der Verweis auf eine stillschweigend/konkludent zum Ausdruck gebrachte Einwilligung mit einem werbenden Telefonat angesichts des Wortlauts des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG noch möglich ist - die Annahme einer solchen Gestattung war früher in deutlich nachvollziehbaren Grenzen⁴¹ anzunehmen, z.B. im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung⁴² (Bank), in der ein Telefonanruf, z.B. über aktuelle Ereignisse (Kursfall) zum Pflichtenbündel des Anrufenden zu zählen ist -, ist strittig⁴³, bzw. nach der Begründung zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht mehr möglich⁴⁴. Im Übrigen hätte die stillschweigende/konkludente Einwilligung ohnehin Ausnahmecharakter.⁴⁵ Es käme dabei darauf an, ob aus der objektiven Sicht des Anrufers bei verständiger Würdigung des Verhaltens des Anzurufenden auf eine tatsächliche Einwilligung geschlossen werden kann. Ein pauschaler Hinweis auf

Konkludente
Einwilligung

³⁹ vgl. Jankowski, „Nichts ist unmöglich! – Möglichkeiten der formularmäßigen Einwilligung in die Telefonwerbung“, in GRUR 2010, 495

⁴⁰ BGH, Urt. vom 10.2.2011, Az.: I ZR 164/09, „Double-opt-in-Verfahren“, GRUR 2011, 936 mit Anmerkung von Leible/Günther zum Einklang mit dem Unionsrecht, Seite 939

⁴¹ OLG Hamm, Urt. v. 15.8.2006, Az.: 4 U 78/06, MD 2006, 1285 – Telefonwerbung m.w.N.; vgl. OLG Köln, Urt. v. 30.11.2001, Az.: 6 U 158/01, MD 2002, 528 – Nicht erbetene Telefonwerbung.

⁴² KG, Urt. v. 10.7.1987, Az.: 5 U 2750/86, WRP 1988, 304 – Telefonwerbung im Weinhandel.

⁴³ siehe Jankowski in FN 39, die von der „Abschaffung“ der konkludenten Einwilligung spricht (s. 501, V.)

⁴⁴ BT-Drucks. 16/10145, zu § 7 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 4 UWG, abgedruckt in Köhler/Bornkamm, 29. Aufl. 2011, S. 1890

⁴⁵ BGH, Urt. v. 8.12.1995, Az.: I ZR 189/92, GRUR 1995, 220/492 – Telefonwerbung V.

eine angebliche Erklärung im Rahmen einer Befragung genügt diesem Erfordernis jedenfalls nicht.⁴⁶ Nicht ausreichend ist auch die *nachträgliche Billigung* eines werbenden Telefonanrufs.⁴⁷

Weitere
Beispiele

Unzulässig im Privatbereich ist der Anruf eines Versicherungsvertreters, der sich auf eine bestehende Versicherung beruft, um telefonisch eine andere Versicherung anzupreisen⁴⁸ oder eine Vertrags-erweiterung anzubieten⁴⁹.

Die einmalige Bestellung, z.B. von Haushaltsartikeln oder die zwei Jahre zurückliegende Weinbestellung⁵⁰ bringt nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass man – im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung – mit telefonischer Akquisition dieses Lieferanten einverstanden ist.

4.1. Angabe der Telefonnummer bei Werbeantwort

Maßgebliche
Fall-
umstände

Ob die Angabe einer Telefonnummer auf einem Werbeantwortschein zur Anforderung von Prospekten ein Einverständnis zur Telefonwerbung zum Ausdruck bringt, wird anhand der konkreten Ausgestaltung objektiv zu bewerten sein.⁵¹

Soweit die Angabe der Telefonnummer, bzw. der Hinweis auf eine Telefonrubrik jedenfalls beim flüchtigen Betrachten nicht auf einen bevorstehenden Werbeanruf schließen lässt, ist daraus ein Einverständnis nicht abzuleiten.⁵² Auch die Tatsache, dass sich ein Kunde in einem nachfolgenden Telefongespräch tatsächlich hat informieren lassen, berechtigt nicht in jedem Fall den Rückschluss, man habe bereits mit der Anforderung des Informationsmaterials unter Angabe

⁴⁶ OLG Hamm, Urt. v. 15.8.2006, Az.: 4 U 78/06, MD 2006, 1285, 1287 – Telefonwerbung.

⁴⁷ OLG Köln, Urt. v. 25.2.2005, Az.: 6 U 155/04, MD 2005, 829 = NJW 2005, 2786 – Telefonisch angebotene neue Tarife.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 27.1.2000, Az.: I ZR 241/97, GRUR 2000, 818 – Telefonwerbung VI; BGH, Urt. v. 8.12.1994, Az.: I ZR 189/92, GRUR 1995, 220 – Telefonwerbung V, Anmerkung: Steinbeck. a.a.O., S. 492; vgl. auch: OLG Köln, Urt. v. 30.11.2001, Az.: 6 U 158/01, MD 2002, 528 – Nicht erbetene Telefonwerbung und OLG Köln, Urt. v. 23.11.2001, Az.: 6 U 133/01, MD 2002, 290 – Telefonakquisition (zu § 1 UWG a.F.).

⁴⁹ OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 21.7.2005, Az.: 6 U 175/04, GRUR 2005, 964 – Telefonisches Versicherungsangebot.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 8.6.1989, Az.: I ZR 178/87, WRP 1990, 169 – Telefonwerbung II (Weinprobe).

⁵¹ BGH, Urt. v. 8.11.1989, Az.: I ZR 55/88, WRP 1990, 288 – Telefonwerbung III (Anruf auf Werbeantwort).

⁵² OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.2.1990, Az.: 6 W 5/90, WRP 1991, 34.

seiner Telefonnummer sein Einverständnis zum Telefonanruf gegeben.

Die auf einer Teilnahmekarte für ein Gewinnspiel unter der Rubrik „Telefonnummer“ enthaltene Angabe „Zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote der ... GmbH aus dem Abonnementbereich besteht Einverständnis, das jederzeit widerrufen werden kann“, genügt nicht dem Transparenzgebot des § 4 Nr. 5 UWG⁵³

PH-Warnung

Der Wettbewerbsverstoß ist unabhängig vom späteren Verlauf des jeweiligen Telefongesprächs bereits mit dem ungebetenem Anruf zu Werbezwecken gegeben.

4.2. Nachbearbeitung gekündigter Abonnements

Ein strikter Maßstab wird bei der Nachbearbeitung gekündigter Zeitschriften-Abonnementsverträge angelegt. Das OLG Koblenz⁵⁴ bewertete es insoweit als wettbewerbswidrig, Personen, die ein Zeitschriftenabonnement gekündigt hatten, unaufgefordert und ohne deren Einverständnis anzurufen, bzw. anrufen zu lassen mit dem Ziel, in Erfahrung zu bringen, aus welchen Gründen gekündigt wurde, bzw. weshalb der Kunde mit der Lieferung unzufrieden sein könnte und/oder den Kunden dabei zu bewegen, das bestehende Vertragsverhältnis fortzuführen oder Geschäftsbeziehungen wieder aufzunehmen.

Keine Rechtfertigung für Anruf

4.3. Erschliches Einverständnis

Unlauter ist auch die Telefonwerbung bei erschlichenem Einverständnis, z.B. im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel. Es muss stets deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck kommen, dass ein Einverständnis zum Anruf erteilt ist. Die bloße Angabe einer Telefonnummer genügt dazu nicht.⁵⁵ Es genügt auch nicht das schriftliche Einverständnis eines Bankkunden im Rahmen einer vorformulierten Klausel (Antrag auf Eröffnung eines Sparkontos),

Unmissverständliche Erklärung erforderlich

⁵³ BGH, Urt. vom 14.4.2011, Az.: I ZR 50/09, „Einwilligungserklärung für Werbeanrufe“, GRUR 2011, 629

⁵⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 20.12.1990, Az.: 6 U 1859/88, WRP 1991, 332 – Nachbearbeitung gekündigter Abonnementverträge.

⁵⁵ LG Hamburg, Urt. v. 13.8.1987 Az.: 12 O 416/87, MD 1988, 343 – Telefonwerbung für sog. open-end-Abonnements, siehe auch WIK 1988, 160 "Preisausschreiben: Unterschrift mit Folgen" (LG Hamburg, Beschl. v. 8.9.1988, Az.: 12 O 498/88).

nach welcher der Kunde sich mit der persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank einverstanden erklärt hat, wenn später ein mit der Bank verbundenes Lebensversicherungsunternehmen anruft, um den Kunden zum Abschluss eines Vertrages zu bewegen. Eine solche Klausel ist wegen Unangemessenheit unwirksam.⁵⁶

4.4. Erbetenes Informationsmaterial

Kein Einverständnis mit Anruf

Bekundet der Verbraucher an einem Angebot dadurch Interesse, dass er zunächst Informationsmaterial anfordert, liegt darin kein Einverständnis für einen Telefonanruf. Das gilt selbst dann, wenn die Unterlagen erläuterungsbedürftig sind und mit dem Anruf nur der Termin für ein Beratungsgespräch vereinbart werden soll.⁵⁷

Unzulässiger Eingriff in die Entscheidungsfreiheit

Unlauter ist dies vor allem deshalb, weil der Angerufene zuvor Informationsmaterial erbeten hatte und jetzt das Gespräch nicht einfach abbrechen kann. Die Unlauterkeit folgt auch daraus, dass in die Entscheidungsfreiheit des Angerufenen und in seine zeitlichen Dispositionen eingegriffen wird. Der Anrufer greift damit unzulässig in die Privatsphäre des Kunden ein.⁵⁸

PH-Verhaltensempfehlung

Empfehlenswert sind Informations(rahmen-)Verträge mit potenziellen Kunden oder mit deren Berufsverbänden oder Kammern, um im Rahmen einer vertraglichen Übereinkunft telefonisch informieren/offerieren zu können.

4.5. Verbraucherumfrage

Belästigung durch erschweren Abbruch

Die telefonische Befragung durch Markt- und Meinungsforschungsunternehmen (ausgenommen rein wissenschaftliche Zielsetzungen), sind ebenso mit dem strengen Maßstab der Rechtsprechung zu messen. Das unerwünschte Telefonat ist daher als eine entsprechende Eingriffs- und Belästigungshandlung zu bewerten, die gegen §§ 3, 7 Abs. 2 UWG, bzw. beim Verbraucher gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht⁵⁹ verstößt. Dies umso mehr, als man

⁵⁶ BGH, Urt. v. 27.1.2000, Az.: I ZR 241/97, GRUR 2000, 818 – Telefonwerbung VI.

⁵⁷ KG, Urt. v. 13.10.1994, Az.: 25 U 5530/93, WRP 1995, 107.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 16.12.1993, Az.: I ZR 285/91, WRP 1994, 262 – Lexikothek (Telefonwerbung III).

⁵⁹ LG Hamburg, Urt. v. 30.6.2006, Az.: 309 S 276/05, GRUR-RR 2007, 61 – Marktforschung“ m.w.N.

sich einem reinen Werbegespräch eher entziehen kann, als einer Meinungsumfrage.⁶⁰ Ausnahme: Umfragen im öffentlichen Auftrag zur Vorbereitung gesetzgeberischen oder behördlichen Handelns unterliegen nicht dem Werbeverbot. Ferner sind ausgenommen Umfragen, die im überwiegenden öffentlichen und allgemeinen Interesse liegen (Einzelfallbewertung).

4.6. Mitarbeiter-Abwerbung / Unternehmenswechsel

4.6.1. Das telefonische Abwerben von Mitarbeitern durch Anrufe in deren Privatbereich ist zwar im Grundsatz unlauter. Da der Arbeitnehmer aber durch das Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages in seiner Sozialsphäre als (potenzieller) Arbeitnehmer hinsichtlich der Veränderung seiner Arbeitsbiografie angesprochen wird und nicht lediglich zum Objekt einer Werbemaßnahme mit Absatzinteresse eines Gewerbetreibenden gemacht wird, liegt eine Ausnahmesituation vor, die einen solchen Eingriff in geschützte Privatsphäre jedenfalls dann – auch im Verhältnis zum Konkurrenten⁶¹ – rechtfertigt, wenn der Anruf kurz und sachlich ist und nicht aufdringlich, bedrängend oder sonst belästigend geführt wird.⁶²

Anruf unter
privater
Nummer

Anrufe am Arbeitsplatz sind demnach nur erlaubt, wenn sie sich auf eine erste kurze Kontaktausnahme beschränken. Alles, was darüber hinausgeht und auf ein Umwerben des Angerufenen hinausläuft, ist bereits unzulässig.⁶³

Anruf am
Arbeitsplatz

⁶⁰ Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen, Gutachten 1/96, WRP 1997, 298; OLG Stuttgart, Urt. v. 17.1.2002, Az.: 2 U 95/01, GRUR 2002, 457.

⁶¹ Harte-Bavendamm, Komm UWG § 7 RNr. 147, der die mutmaßliche Einwilligung des Arbeitgebers nicht annimmt und von einer unzumutbaren Belästigung ausgeht.

⁶² OLG Jena, Urt. v. 23.10.2002, Az.: 2 U 282/02, GRUR-RR 2003, 158 – „Häusliche Kontaktaufnahme“ m.w.N.

⁶³ BGH, Urt. v. 4.3.2004, Az.: I ZR 221/01, GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz I; BGH, Urt. v. 9.2.2006, Az.: I ZR 73/02, GRUR 2006, 426 – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGH, Urt. v. 22.11.2007, Az.: I ZR 183/04 – Direktansprache am Arbeitsplatz III; vgl. dazu auch: vgl. Pauly, Jankowski, „Rechtliche Aspekte der Telefonwerbung im B-to-B-Bereich“, GRUR 2007, 118-124, 119, 2. Direktansprache am Arbeitsplatz

Telefon-
werbung
nach Unter-
nehmens-
wechsel

4.6.2. Wechselt ein Arbeitnehmer zu einem anderen Unternehmen, so kann er Kunden seines früheren Arbeitgebers, die ihm aus der früheren Tätigkeit her bekannt sind, anrufen, um sie von seinem Wechsel in Kenntnis zu setzen⁶⁴. Für den (früheren) Kunden, bzw. dessen Mitarbeiter besteht ein natürliches Interesse daran, zu erfahren, dass der fragliche Mitarbeiter (Anrufer) nun nicht mehr bei seinem früheren Arbeitgeber tätig ist. Dabei ist es auch nicht anstößig, dass der Anrufer versucht, Kunden seines früheren Mitarbeiters für seinen jetzigen Arbeitgeber zu gewinnen. Der Kundenkreis ist kein geschütztes Rechtsgut. Das Abwerben von Kunden gehört vielmehr zum Wesen des Wettbewerbs, auch wenn die Kunden noch an den Mitbewerber gebunden sind⁶⁵

5. Dialogfreie Telefonwerbung

5.1. Automatische Anrufmaschinen

Ausdrück-
liches Ein-
verständnis
erforderlich

Die mutmaßliche Einwilligung genügt für die Statthaftigkeit dieser aggressiven Werbevariante (Voice-Mail-System) nicht (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Zur Verwendung von Anrufmaschinen für Werbezwecke sollte daher stets das ausdrückliche (schriftliche) Einverständnis des Anzurufenden vorliegen.

5.2. Telefonanruf mit Werbeunterbrechung

Lästig, aber
nicht un-
zumutbar
belästigend

Wird Verbrauchern im Rahmen eines „werbefinanzierten Telefongesprächs“, bei dem nach einer Gesprächsdauer von jeweils 90 bis 180 Sekunden eine Werbeunterbrechung von 20 Sekunden eingeblendet wird, Werbung unterbreitet, ist dies vom Standpunkt des Angerufenen zwar eine fragwürdige, störende Situation, da dessen grundsätzliches Einverständnis zur Werbung dieser Art fehlt. Der Bundesgerichtshof hält dies jedoch für statthaft, weil dadurch noch keine unzumutbare Belästigung des Angerufenen erfolgt. Der Umworbene werde nämlich nicht im Wege der Direktansprache mit einem von ihm gegebenenfalls als aufdringlich empfundenen Einzelanruf konfrontiert, auf den er zu reagieren habe, sondern er werde lediglich einer „Berieselung“ ausgesetzt. Auch sei diese Variante der Telefonwerbung keine unstatthafte Laienwerbung,

⁶⁴ BGH, Urt. v. 11.3.2010, Az.: I ZR 27/08, „Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel“, GRUR 2010, 939, mit eingehender Abhandlung der Telefonwerbegrundsätze

⁶⁵ BGH, aaO (59), S. 941 (30)

denn es würden die persönlichen Beziehungen zwischen den Anrufenden nicht über die Maßen, resp. unzumutbar strapaziert.⁶⁶

5.3. Werbung über Mobil-Telefon / SMS-Werbung

Während der Werbeanruf über das Mobiltelefon eher weniger festzustellen ist, werden in zunehmendem Maße Werbebotschaften per SMS übermittelt. Die direkte Übernahme der Telefonwerbegrundsätze auf SMS-Werbung ist nicht angezeigt, da der Verbraucher nicht in einer der Telefonwerbung vergleichbaren Weise in seinem Persönlichkeitsrecht tangiert wird. Diese Werbevariante ist gleichwohl nicht mit den anständigen Gepflogenheiten im Wettbewerb vereinbar, da SMS-Werbung den Empfangsspeicher des Empfangsgerätes benutzt *und* mit einer Akzeptanz dieser Werbung ein massiver Nachahmungseffekt (Verwilderung) eintreten würde, der den Gebrauch des Mobiltelefons für eigene Zwecke blockiert.⁶⁷ Unzeitige, z.T. verschleierte „Werbe-Anrufe“ über Mobiltelefon stellen sich zudem häufig als Falle für den Empfänger dar, der unter falschen oder verlockenden Rückrufaufforderungen (Displayanzeige) eine Abwesenheitsnachricht mit Rückrufmodalität erhält und erst nach dem Entstehen z.T. übermäßiger Gebühren feststellt, dass der Hinweis nur Werbezwecken oder schlicht dem Schinden von Auslandgebühren diene. Neben Unlauterkeit liegt in diesen Fällen auch der Verdacht einer strafbaren Handlung nahe (§§ 16 Abs. 1 UWG, 263 StGB).

Nachahmungsgefahr und Gebührenfalle

Bei derart unverlangt zugesendeten Werbe-Kurznachrichten hat der Verbraucher gegenüber der Telefongesellschaft nach § 13 a UKlaG einen eigenen Anspruch auf Auskunft über Namen und Anschrift des Inhabers des Anschlusses.⁶⁸

5.4. Ping- / Lockanrufe

Bei dieser Telefonwerbevariante erfolgt ein nach einmaligem Anklingeln unterbrochener Anruf unter Hinterlassung einer Telefon-Sondernummer des Anrufenden, die den Empfänger durch persönliche, z.T. anzügliche, resp. erotisierende Angaben zum Rückruf

Grundsätzliches Verbot

⁶⁶ BGH, Urt. v. 20.12.2001, Az.: I ZR 227/99, GRUR 2002, 637/638 – Werbefinanzierte Telefongespräche.

⁶⁷ Krajewski, Werbung über das Handy – Zur Zulässigkeit kommerzieller SMS-Nachrichten, MMR 2001, 86 ff m.w.N.; vgl. auch Grundsätze über Telefaxwerbung u. E-Mail-Werbung.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 19.7.2007, Az.: I ZR 191/04, Pressemitteilung des BGH Nr. 106 v. 19.7.2007

veranlassen soll. Diese Vorgehensweise stellt grundsätzlich eine unzulässige Telefonwerbung dar.⁶⁹

6. EU-Recht

Einzelfall-
prüfung

Der Europäische Gerichtshof bewertet Telefonmarketing gegenüber Privatpersonen unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes nicht generell als unlauter.⁷⁰ Er hält vielmehr im Einzelfall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für angebracht. Es ist jeweils zu prüfen, ob ein Verbot von „cold calls“ im Hinblick auf den betroffenen Markt erforderlich ist. Das ist immer dann anzunehmen, wenn es auf den betreffenden Märkten bereits zu Missbräuchen gekommen ist.⁷¹ Zu beachten ist vor allem, dass gegenüber Verbrauchern das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen über Telefon als aggressive Geschäftspraktik nunmehr in jedem Fall durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁷² unmittelbar verboten ist.

Ob die Merkmale „hartnäckig“ und „unerwünscht“ im Sinne der Richtlinie nur kumulativ zu verstehen sind, ist mit Blick auf die eindeutige Festlegung der Rechtsprechung, die bereits aus der Unerwünschtheit des Anrufs die Unlauterkeit folgert, eher fernliegend, zumal die EU-Richtlinie bestehende nationale Gepflogenheiten nicht außer Kraft gesetzt hat⁷³.

Der unerwünschte Anruf ist im Verhältnis zum umworbenen Verbraucher demgemäß in jedem Falle unlauter, d.h. auch im Falle fehlender Hartnäckigkeit, es sei denn die Wahlfreiheit des Verbrauchers wird dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt⁷⁴. Einem Wegfall der „Spürbarkeit“ iSd. § 3 Abs. 1 UWG käme besonderer Ausnahmecharakter zu.

⁶⁹ VG Köln, Urt. v. 28.1.2005, Az.: 11 K 3734/04 GRUR 2005, 965 (Leitsatz) = NJW 2005, 1880

⁷⁰ Glöckner, *Cold Calling* und europäische Richtlinie zum Fernabsatz – ein trojanisches Pferd im deutschen Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2000, 29 (31 II); Lettl, Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und E-Mail, GRUR 2000, 977 (982, 983 E/G).

⁷¹ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Az.: C-384/93, WRP 1995, 801 mit Anmerkung von Grosskopf.

⁷² Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 149 v. 11.6.2005, S. 22 ff..

⁷³ vgl. BGH, Urt. vom 10.2.2011, Az.: I ZR 164/09, „Double-opt-in-Verfahren“, GRUR 2011, 936 mit Anmerkung von Leible/Günther zum Einklang mit dem Unionsrecht, Seite 939

⁷⁴ vgl. EU-Richtlinie Einleitung Nr. 16

6.1. Warenterminofferten verboten

Art. 49 EG steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die es zum Schutz des Vertrauens der Kapitalanleger in die nationalen Finanzmärkte untersagt, in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potenziellen Kunden unaufgefordert telefonisch Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen in Warenterminverträgen anzubieten.⁷⁵

Verbot kein Verstoß gegen Dienstleistungsfreiheit

6.2. Andere Dienstleistungen

Ob der Europäische Gerichtshof damit zugleich die Möglichkeit aufgezeigt hat, auf neutralen Märkten, z.B. dem Gebiet der Versicherungen⁷⁶, des Urlaubswesens, der Bankdienstleistungen⁷⁷ per Telefonmarketing Kontakt zum Kunden zu suchen, ist seit Inkrafttreten der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken als nationales Recht nicht anzunehmen⁷⁸.

Offene Rechtsfragen

7. Telefonvertrag und Widerrufsrecht (Fernabsatzverträge)

Verträge, die auf eine telefonische Akquisition zurückzuführen sind, werden nach den Grundsätzen über mündliche Verträge behandelt⁷⁹. Sie sind grundsätzlich wirksam, wobei die Bestimmungen über Fernabsatzverträge gemäß §§ 312 b ff. BGB zu beachten sind, wenn der Vertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, d.h. ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien, z.B. per Telefon, Katalog, E-Mail, Rundfunk, TV, § 312 b Abs. 2 BGB abgeschlossen worden ist. Bei solchermaßen verkaufsbezogenen Telefongesprächen ist der Verbraucher rechtzeitig vor Vertragsabschluss deutlich über den geschäftlichen Zweck des Vertrages zu informieren. Der Unternehmer (Telefonverkäufer) muss seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Vertrages bereits zu Beginn des Gesprächs ausdrücklich

Telefonische Akquisition

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Az.: C-384/93, WRP 1995, 801 – Leitsatz 3.

⁷⁶ Vgl. § 312 Abs. 3 und § 312 b Abs. 3 Nr 3 BGB: kein Widerrufsrecht bei Versicherungsverträgen, auch bei Telefonwerbung.

⁷⁷ Vgl. Fußnote 32, d.h. kein Widerrufsrecht, ausgenommen Darlehensvermittlungsverträge.

⁷⁸ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 149 v. 11.6.2005, S. 22 ff. vgl. Einl. Nr. 16 und Anhang 1 Nr. 16, siehe auch OLG Köln, Urt. v. 25.2.2005, Az.: 6 U 155/04, MD 2005, 829, 830, II. 1. Zur Verfassungskonformität: BGH, Urt. v. 16.12.1993, Az.: I ZR 285/91, WRP 1994, 262 – „Lexikothek“

⁷⁹ Vgl. Lettl, Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und e-mail, GRUR 2000, 977.

offen legen (§ 312 c Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BGB, Ausnahmen: § 312 b Abs. 2, 312 c Abs. 3)⁸⁰.

Widerrufsrecht Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht / Rückgaberecht gemäß §§ 355, bzw. 356 BGB zu (Fristbeginn bei Telefonvertrag über Waren: ab Lieferung, siehe § 312 d Abs. 2 BGB).

Nur telefonische Terminvereinbarung Beruht ein unter anwesenden Vertragsparteien zustande gekommener Vertrag auf telefonischer Vertragsanbahnung, gelten die vorgenannten Grundsätze nicht. Soweit (telefonisch) ein Termin zur Vertragsverhandlung/-abschluss vereinbart wurde, kann jedoch das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften⁸¹ zur Anwendung kommen (§ 312 Abs. 1 BGB), es sei denn der Anbieter ist *zur mündlichen Vertragsverhandlung* „auf *diese* telefonische Bestellung“ des Verbrauchers⁸² erschienen (§ 312 Abs. 3 BGB).

Zu weiteren Kommunikationsformen siehe Ausführungen zu den PH-Stichworten: → Telefax-Werbung; → Internet und Werbung; → Briefwerbung und → E-Mail-Werbung.

*Autor: Otto D. Dobbeck*⁸³

⁸⁰ vgl. KG, Beschl. v. 13.2.2007, Az.: 5 W 34/07, MD 2007, 325 - „Identitätsangabe bei Fernabsatz von Waren im Internet“

⁸¹ BGH, Urt. v. 16.1.1996, Az.: XI ZR 57/95, WRP 1996, 426 (428) – Telefonwerbung als Haustürgeschäft mit Hinweis auf die dazu bestehende herrschende Literaturmeinung, der das Gericht unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung folgt.

⁸² Vgl. Bartl, Mitschneiden von Verkaufsgesprächen oder Verkaufsveranstaltungen auf Tonband – unzulässige Beschaffung von Beweismitteln im Wettbewerbsprozeß, WRP 1996, 386.

⁸³ Rechtsanwalt in Hamburg, ra-hamburg@t-online.de