

treten kann? Im inzwischen weitreichend informations-technisch gestützten Arbeitsprozess verwenden Mitarbeiter regelmäßig gestelltes oder eigenes informationsverarbeitendes Gerät räumlich und zeitlich übergreifend. Man denke nur an separate Notebooks, Blackberries oder USB-Sticks. Grenzen zwischen „Office“ und „Home-Office“ verschwimmen. Die übergreifende Informationsverarbeitung und damit oft auch Sicherung wird Bestandteil des Arbeitsprozesses. Der BGH unterstreicht nun richtungsweisend fortdauernden Know-how-Schutz auch in Situationen sowohl zunächst befugter Verschaffung als auch befugter Sicherung, indem er an die spätere Verschaffung aus den privaten Unterlagen anknüpft: Liegen einem ausgeschiedenen Mitarbeiter während der Beschäftigungszeit befugtermaßen angefertigte Unterlagen „beispielsweise in Form privater Aufzeichnungen oder in Form einer auf dem privaten Notebook abgespeicherten Datei vor und entnimmt er ihnen ein Geschäftsgeheimnis seines früheren Arbeitgebers, verschafft er sich damit dieses Geschäftsgeheimnis unbefugt“ und bleibt für eine Mitteilungs- und Verwertung gesetzlich gesperrt¹³.

IV. Schutz auch gegenüber Dritten

Auch ein neuer Arbeitgeber, dem die vom ausgeschiedenen Mitarbeiter unbefugt verschafften know-how-geschützten Informationen „als Quelle“¹⁴ dienen, darf sie weder mitteilen noch verwerten. § 17 II Nr. 2 UWG verbietet auch das Mitteilen und Verwerten know-how-geschützter Informationen, die ursprünglich andere unter Anwendung technischer Mittel oder Herstellung einer verkörperten Wiedergabe – z. B. unter Anwendung von Schreibgerät bzw. Herstellung privater Aufzeichnungen – oder durch Wegnahme unbefugt verschafft oder gesichert haben¹⁵. Vorliegend hatte der neue Arbeitgeber sogar eine eigene Verschaffungshandlung verübt¹⁶, da die ehemaligen Mitarbeiter des Know-how-Inhabers dort als Geschäftsführer fungierten, deren Verhalten gem. § 31 BGB anzurechnen war: „Ist davon auszugehen, dass sich (der neue Arbeitgeber) das Geschäftsgeheimnis ... unbefugt verschafft hat, kann auch eine unbefugte Verwertung i. S. des § 17 II Nr. 2 UWG nicht verneint werden“¹⁷.

V. Überschaubare Darlegungs- und Beweisaufgabe

Prozessual betont der BGH erneut die durchaus überschaubare Darlegungs- und Beweisaufgabe des Know-how-Inhabers. Schon bisher hat er sie ohne weiteres z. B. in einer Situation als erfüllt angesehen, in der ein Know-how-Inhaber den genauen Hergang einer – unbefugten –

Sicherung von Kundendaten nicht kannte und der neue Arbeitgeber eine telefonbuchgestützte Rekonstruktion aus beiläufigen Gedächtnisbehalt einzelner Angaben einwendete¹⁸. Für die Darlegung unbefugter Verschaffung genügt rückschließend von der Verwertungshandlung, dass vorliegend „von einem Telefonanschluss der Beklagten aus nacheinander 44 Kunden per Telefax unter Nummern angeschrieben (wurden), die den Nummern aus der Kundenliste der Klägerin entsprachen“¹⁹. Daher sei „von der nahe liegenden Möglichkeit“²⁰ der unbefugten Verschaffung auszugehen: „Soweit das Berufungsgericht in dieser Hinsicht ein schlüssiges Vorbringen der Klägerin vermisst, überspannt es die Anforderungen, die an den Vortrag eines Verstoßes gegen § 17 II Nr. 2 UWG zu stellen sind“²¹. Für den Bestreitensfall muss der Know-how-Inhaber freilich die Verwertbarkeit angebotener Beweismittel im Auge behalten, vorliegend der Telefonrechnung des neuen Arbeitgebers, die dessen Telefaxverbindungen nachweist²². Hier kann die Vorschaltung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens helfen²³, dessen erforderlichen Anfangsverdachtsnachweis die Entscheidung ebenfalls erleichtert.

13) BGH, GRUR 2006, 1044 (1045 Rdnr. 14) – Kundendatenprogramm.

14) BGH, GRUR 2006, 1044 (1045 Rdnr. 15) – Kundendatenprogramm.

15) „Durch eine ... fremde Handlung nach Nr. 1 erlangt“, § 17 II Nr. 2 Alt. 3 UWG, vgl. Köhler, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm, WettbR*, 25. Auflage (2007), § 17 Rdnr. 46; *Harte-Bavendamm*, in: *Harte/Henning, UWG*, 2004, § 17 Rdnr. 30, jew. unter Führung einer weitgefassten Alt. 2; näher zu Know-how-Verletzungen in Mitteilungsketten *Westermann* (o. Fußn. 2).

16) „Durch eine eigene ... Handlung nach Nr. 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert“, § 17 II Nr. 2 Alt. 2 und 4 UWG.

17) BGH, GRUR 2006, 1044 (1045 Rdnr. 16) – Kundendatenprogramm.

18) BGH, GRUR 1999, 934 – Weinberater; GRUR 2003, 453 (454) – Verwertung von Kundenlisten, „gibt es für die Tatsache, dass (ein ehemaliger Beschäftigter) das Adressenmaterial ... verwenden konnte, keine andere nachvollziehbare Erklärung als die, dass er die Namen zuvor aus der Kundenkartei der Klägerin in seine von ihm selbst gefertigten Aufzeichnungen übertragen hatte, so durfte das BerGer. nicht annehmen, die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis ... nicht erbracht“.

19) BGH, GRUR 2006, 1044 (1045 Rdnr. 15) – Kundendatenprogramm.

20) BGH, GRUR 2006, 1044 (1045 Rdnr. 15) – Kundendatenprogramm.

21) BGH, GRUR 2006, 1044 (1045 Rdnr. 16) – Kundendatenprogramm.

22) BGH, GRUR 2006, 1044 (1046 Rdnr. 20) – Kundendatenprogramm.

23) Näher *Westermann* (o. Fußn. 2).

Rechtliche Aspekte der Telefonwerbung im B-to-B-Bereich

Stephan Pauly* und Julia Jankowski**

In der neueren Rechtsprechung des BGH ist die Tendenz festzustellen, die Interessen der Werbewirtschaft in stärkerem Maße zu berücksichtigen als früher. Zudem legt der BGH in verschiedenen jüngeren Entscheidungen ein geändertes Verbraucherleitbild zu Grunde, nach dem der Verbraucher als mündiger, aufmerksamer und verständiger Marktteilnehmer einzustufen ist. Insbesondere die Entscheidungen des BGH zur Direktansprache am Arbeitsplatz und zum Ansprechen in der Öffentlichkeit machen deutlich, dass der BGH seine bisherige restriktive Haltung maßgeblich eingeschränkt hat. Dies hat Konsequenzen für die Auslegung des § 7 II Nr. 2 UWG. Ein Verbot, einen ersten telefonischen Kontakt zum Zwecke der Werbung aufzunehmen, ist weder durch das Erfordernis des Schutzes vor unlauterem Wett-

bewerb gerechtfertigt, noch europa- oder verfassungsrechtlich geboten.

I. Tendenzwende in der Rechtsprechung des BGH

In verschiedenen jüngeren Entscheidungen des BGH ist die Tendenz festzustellen, die Interessen der Werbenden in stärkerem Maße zu berücksichtigen und als schutzwürdiger anzuerkennen, als dies bislang der Fall war. Der BGH erkennt an, dass einerseits die werbende Wirtschaft ein

* Dr., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht in Bonn.

** LL. M., Rechtsanwältin in Bonn.

berechtigtes Interesse daran hat, auf ihre Angebote aufmerksam zu machen, und andererseits heutzutage viele Marktteilnehmer an dieser Art Werbung interessiert sind, um attraktive Angebote wahrnehmen zu können¹. Die sich in der Rechtsprechung abzeichnende Tendenz, die Interessen der Werbenden zunehmend als schutzwürdiger einzustufen, muss auch bei der Auslegung des Begriffs der „mutmaßlichen Einwilligung“ i. S. des § 7 II Nr. 2 UWG berücksichtigt werden. Die Tendenzwende in der Rechtsprechung besitzt daher auch für die erforderliche Abwägung der beteiligten Interessen eine hohe Relevanz.

1. Direktansprache von Passanten in der Öffentlichkeit

Der BGH hat bei einer anderen Fallgruppe der belästigenden Werbung, dem „Ansprechen in der Öffentlichkeit“, seine bisherige restriktive Haltung maßgeblich eingeschränkt. So sieht der BGH entgegen seiner früheren Rechtsprechung das gezielte Ansprechen von Passanten in der Öffentlichkeit dann nicht mehr als wettbewerbswidrig an, wenn für den Umworbenen der Werbezweck direkt erkennbar ist. Die gezielte Direktansprache von Passanten wird nicht mehr ohne weiteres als unzumutbare Belästigung des Angesprochenen angesehen, wenn der Werbende von vornherein als solcher eindeutig erkennbar ist². Ausschlaggebend für diese Rechtsprechungsänderung ist die Annahme des BGH, dass sich die Unlauterkeit des Ansprechens in der Öffentlichkeit nicht mehr mit der Gefahr einer Verstrickung oder Überrumpelung des Verbrauchers begründen lässt, da die beteiligten Verkehrskreise heute stärker als früher auf die Wahrung ihrer eigenen Interessen und weniger auf die Einhaltung bestimmter Umgangsformen bedacht seien³. Daher sei es für den Verbraucher, zumindest wenn für ihn der Werbezweck eindeutig erkennbar ist, jedenfalls zumutbar, sich dem Werbegespräch ohne große Mühe durch Nichtbeachtung des Werbenden oder eine kurze abweisende Bemerkung zu entziehen⁴. Anders soll es lediglich sein, wenn der Werbende einen erkennbar entgegenstehenden Willen des Angesprochenen missachtet.

2. Direktansprache am Arbeitsplatz

Auch die Entscheidungen des BGH zur Direktansprache am Arbeitsplatz⁵ zeigen, dass der BGH die Interessen des Werbenden weit stärker berücksichtigt als früher. Der BGH hat festgestellt, dass es bei einer Abwägung aller beteiligten und berücksichtigungsfähigen Interessen grundsätzlich nicht als wettbewerbswidrig zu beurteilen ist, wenn ein Mitarbeiter eines Unternehmens zum Zweck der Abwerbung erstmals mit einem kurzen Telefonanruf am Arbeitsplatz angesprochen wird. Hierbei hat der BGH das Interesse des abwerbenden Unternehmens an einer telefonischen Kontaktaufnahme als besonders schutzwürdig angesehen, da diesem Interesse auf anderem Weg in vielen Fällen nicht gleichwertig entsprochen werden könne⁶. Der BGH hat in der zweiten Entscheidung⁷ ausgeführt, bei Abwägung der rechtlich geschützten Interessen aller Beteiligten könne ein vollständiges Verbot, einen ersten telefonischen Kontakt aufzunehmen, nicht durch das Erfordernis des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb gerechtfertigt werden. Deshalb ist nach Auffassung des BGH die erste telefonische Kontaktaufnahme grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. Dies gilt für die Kontaktaufnahme als solche, die sich demgemäß auf das dazu Notwendige zu beschränken hat. Wettbewerbswidrig soll es hingegen sein, wenn das Telefongespräch fortgesetzt wird, obwohl der Angerufene zu erkennen gegeben hat, dass er an dem Angebot allgemein kein Interesse hat oder das Gespräch jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt führen will⁸.

3. Übertragbarkeit auf die Telefonwerbung im B-to-B-Bereich

Die oben beschriebene Rechtsprechung ist bei der Auslegung des Begriffs des mutmaßlichen Einverständnisses i. S. des § 7 II Nr. 2 UWG heranzuziehen. Da es den Gewerbetreibenden ohne weiteres möglich ist, durch Nichtbeachtung des Werbenden oder eine kurze abweisende Bemerkung die Werbemaßnahme zu beenden, kann von einer grundsätzlichen Wettbewerbswidrigkeit eines Telefonanrufs daher nicht mehr ausgegangen werden. Die Interessenlage ist vergleichbar. Auch im Bereich der Telefonwerbung stellt der erste telefonische Kontakt zur Vorstellung des Angebots und Eruiierung eines möglichen Bedarfs ein einfaches, zeitsparendes und kostengünstiges Mittel dar, um mit dem beworbenen Unternehmen in Kontakt zu treten, einen etwaigen Bedarf zu ermitteln und ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Weiterhin hat die telefonische Direktansprache den Vorteil, dass der Telefonanruf wegen der Möglichkeit von Rückfragen für den Angerufenen effektiver und zielgerichteter ist. Ebenso wie im Fall der Direktansprache am Arbeitsplatz ist auch im Bereich des Telefonmarketings das Interesse der Werbenden an einer ersten telefonischen Kontaktaufnahme durchaus schützenswert.

Daher kann das grundsätzliche Verdikt der bisherigen Rechtsprechung, nach dem die erstmalige telefonische Direktansprache als grundsätzlich wettbewerbswidrig eingestuft wurde, nicht auf den B-to-B-Bereich übertragen werden. Dies gilt um so mehr, als die Telefonwerbung dem BGH⁹ in seiner Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit des Widerrufsrechts bei so genannten Haustürgeschäften auf telefonische Geschäftsabschlüsse unbedenklich erschien, weil bei Telefonanrufen die Einflussnahme auf den Kunden weniger intensiv sei als beim Geschäftsabschluss an der Haustür und es dem Kunden leichter falle, ein Telefongespräch abzubrechen als einen Besucher aus der Wohnung zu verweisen.

4. Fortentwicklung der früheren BGH-Rechtsprechung

In dieselbe Richtung geht bereits eine frühere Entscheidung des BGH¹⁰, wonach das Einverständnis eines gewerblichen oder sonst selbstständigen Anschlussinhabers mit einer Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich auch dann zu vermuten sein kann, wenn die Werbung aus der Sicht des Anzurufenden ebenso gut oder sogar besser auf schriftlichem Wege erfolgen könne. Wer einen Telefonanschluss zu gewerblichen Zwecken unterhalte, rechne mit Anrufen potenzieller Geschäftspartner und solcher Personen, die zu ihm mit Blick auf seine Geschäftstätigkeit auch in deren eigenen Interessen in Verbindung zu treten wünschten. Zutreffend weist der BGH darauf hin, dass ein die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich rechtfertigender Grund nicht nur dann vorliegt, wenn

1) BGH, GRUR 1989, 225 – Handzettel-Wurfsendung.

2) BGH, GRUR 2005, 443 (445) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

3) BGH, GRUR 2004, 699 (701) – Ansprechen in der Öffentlichkeit.

4) BGH, GRUR 2005, 443 (445) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; auch das OLG Bremen, Beschl. vom 22. 7. 2005 – 2 W 54/05 lehnt einen Wettbewerbsverstoß bei einer gezielten und individuellen Direktansprache von Passanten zu Werbezwecken an öffentlichen Orten ab, wenn der Werbende von vornherein als solcher eindeutig erkennbar ist und der zum Zwecke der Werbung Angesprochene sich einem Gespräch ohne weiteres entziehen kann.

5) BGH, GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz und GRUR 2006, 426 – Direktansprache am Arbeitsplatz II.

6) BGH, GRUR 2004, 696 (698) – Direktansprache am Arbeitsplatz.

7) BGH, GRUR 2006, 426 – Direktansprache am Arbeitsplatz II.

8) BGH, GRUR 2004, 696 (699) – Direktansprache am Arbeitsplatz.

9) BGH, GRUR 1996, 375 – Telefonwerbung als Haustürgeschäft.

10) BGH, GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzbeitrag.

dem Anschlussinhaber gerade an einer telefonischen Werbung gelegen ist, weil er diese gegenüber einer schriftlichen als vorzugswürdig erachtet. Ein mutmaßliches Einverständnis des anzurufenden Gewerbetreibenden könne vielmehr auch dann anzunehmen sein, wenn die telefonische Werbemaßnahme zwar gegenüber der schriftlichen Werbung keine Vorzüge aufweise oder ihr sogar Einzelvorteile fehlen, sie aber gleichwohl seinen Interessen noch in einem solchen Maße entspreche, dass die damit verbundenen Belästigungen als hinnehmbar erscheinen lässt. Der *BGH* hat sogar eine mutmaßliche Einwilligung bejaht, soweit das Telefongespräch als Gelegenheit und als „Eintrittspforte“ zur Werbung genutzt wurde. Der *BGH* hat darauf abgestellt, dass es sich bei dem Gegenstand der Werbung um eine sinnvolle und erfahrungsgemäß von dem Gewerbetreibenden auch genutzte Leistung handele. Der *BGH* hat mithin auch in dieser Entscheidung von seiner früheren Rechtsprechung Abstand genommen, das Telefonmarketing als wettbewerbswidrig einzustufen. Vielmehr hat der *BGH* den Inhalt des Gesprächs bewertet und ein die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses rechtfertigendes sachliches Interesse bejaht.

Bereits früher hat der *BGH*¹¹ die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit unaufgeforderter Telefonwerbung bejaht und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei der gebotenen Interessenabwägung auch die Belange des Werbenden zu berücksichtigen sind. Gewerbetreibende und Geschäftsleute stünden erfahrungsgemäß den Anrufen ihnen bisher unbekannter Dritter aufgeschlossener gegenüber als private Telefonanschlussinhaber. Auch wenn der Gewerbetreibende einen Telefonanschluss vorwiegend im eigenen Interesse unterhalte, so rechne er doch im Allgemeinen mit Anrufen möglicher Geschäftspartner sowie solcher Personen, die im eigenen geschäftlichen Interesse mit ihm in Verbindung treten wollen. Hierin liege gerade der innere Grund dafür, dass die für eine Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern entwickelten Grundsätze auf eine Anrufwerbung im geschäftlichen Bereich nicht uneingeschränkt anwendbar sind. Bei der Feststellung des konkreten, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitenden Grundes für die Rechtfertigung der Telefonwerbung sei nicht auf eine generalisierende Betrachtungsweise abzustellen. Vielmehr komme es maßgeblich darauf an, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt sei, der Anzurufende werde der telefonischen Kontaktaufnahme jedenfalls positiv gegenüber stehen. Insoweit komme der Branchenüblichkeit bei der nach § 1 UWG gebotenen Interessenabwägung maßgebliche Bedeutung zu. Denn bei der Beurteilung, ob die angegriffene Werbemaßnahme als sittenwidrig i. S. von § 1 UWG anzusehen sei, komme es entscheidend auf die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise an, die ihrerseits in erster Linie davon beeinflusst wird, ob entsprechende Werbemethoden in den in Frage stehenden Branchen üblich sind. Die Verkehrsauffassung bildet und orientiert sich regelmäßig an dem, was ihr in der Branche begegnet¹². Auch insoweit hat der *BGH* also auf eine inhaltliche Bewertung des Werbeangebots abgestellt.

II. Gesetzesbegründung

Aus der Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, welche Beurteilungskriterien an das Vorliegen eines mutmaßlichen Einverständnisses mit dem Telefonanruf angelegt werden sollen. Die Gesetzesbegründung führt jedoch ausdrücklich aus, dass die Interessenlage bei Werbeanrufen im gewerblichen Bereich anders sei, als dies bei telefonischen Anrufen gegenüber Privatpersonen der Fall ist. Daher könnten Anrufe gegenüber Gewerbetreibenden

dann zulässig sein, „wenn der Anruf im konkreten Interessenbereich des Angerufenen liegt“¹³. Unter welchen Voraussetzungen ein Anruf „im konkreten Interessenbereich des Angerufenen liegt“, lässt die Gesetzesbegründung offen. Es handelt sich insoweit bei dem Merkmal der „mutmaßlichen Einwilligung“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Ausfüllung und Interpretation der Rechtsprechung und Literatur überlassen ist. Die von der früheren Rechtsprechung entwickelten und angewandten Kriterien zur Bestimmung des „mutmaßlichen Einverständnisses“ können jedoch nicht übernommen werden. Ansonsten würden entgegen Wortlaut, Sinn und Zweck des Gesetzes und den von der Rechtsprechung selbst betonten Unterschieden zwischen gewerblichen und privaten Werbeadressaten die für die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern entwickelten Grundsätze auf die Werbung gegenüber Unternehmen übertragen werden. Dies hat der Gesetzgeber nicht gewollt.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sich beim Telefonmarketing gegenüber Verbrauchern das „Opt Out“ als internationaler Standard durchsetzt. Anders als in Deutschland ist das Telefonmarketing traditionell in nahezu allen europäischen Ländern auch ohne vorherige Einwilligung erlaubt¹⁴. Entsprechend sieht auch die Europäische Union in der UCP-Richtlinie aus dem Jahr 2005¹⁵ ein „Opt Out“-System vor. Diese Regelung betrifft zwar nur Verbraucher. Wenn jedoch der Europäische Richtliniengeber bereits bei Verbrauchern ein „Opt Out“-System zulässt, muss dies erst recht im B-to-B-Bereich gelten. Anderenfalls wird die Möglichkeit der Unternehmen, mit ihren gewerblichen Kunden in Kontakt zu treten, in unzumutbarer Weise eingeschränkt. Insofern ist es erforderlich, von einer restriktiven Auslegung des Begriffs „mutmaßliche Einwilligung“ Abschied zu nehmen.

III. Keine Gleichstellung der Telefonwerbung im B-to-B-Bereich mit der Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern

1. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung differenziert rein formal zwischen der Telefonwerbung im privaten Bereich und der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich. Hierbei wird ausdrücklich konzediert, dass sich die für die Telefonwerbung im Privatbereich entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze nicht uneingeschränkt auf die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich übertragen lassen, da die bei der Telefonwerbung gegenüber privaten Anschlussinhabern im Vordergrund stehende, nicht hinnehmbare Belästigung im Individualbereich ausscheidet¹⁶. Die frühere Rechtsprechung des *BGH*¹⁷ lässt jedoch den Umstand unberücksichtigt, dass das Schutzbedürfnis der Gewerbetreibenden wesentlich anders zu beurteilen ist, als das bei Privatpersonen der Fall ist. Trotz aller Bemühungen um eine Differenzierung strahlt die zum privaten Bereich aufgebaute Unlauterkeitsargumentation doch auf die Beurtei-

11) *BGH*, GRUR 2001, 1181 – Telefonwerbung für Blindenwaren.

12) Vgl. *BGH*, GRUR 1988, 838 – Kfz-Versteigerung; GRUR 1982, 56 f. – Sommerpreis; GRUR 1984, 664 f. – Winterpreis.

13) BT-Dr 15/1487, S. 21.

14) Vgl. *Paschke*, Neuordnung der privatrechtlichen Grundlagen des Telefonmarketing, 2002, S. 70 ff.

15) RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005, ABIEG Nr. 149 v. 11. 6. 2005, S. 22 – Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

16) *BGH*, GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV.

17) Vgl. *BGH*, GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV; GRUR 1995, 220 (221) – Telefonwerbung V; GRUR 2001, 1181 (1183) – Telefonwerbung für Blindenwaren; GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzbeitrag.

lung der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich aus, so dass sich die restriktiven Begründungsansätze überlappen¹⁸. Dagegen ist in der neueren Rechtsprechung des BGH eine offensichtliche Tendenz festzustellen, die Interessen der Werbewirtschaft in stärkerem Maße zu berücksichtigen als früher.

Unstreitig ist das Schutzbedürfnis bei Gewerbetreibenden wesentlich niedriger anzusetzen als bei Privatpersonen. Bei der Beurteilung der Telefonwerbung im privaten Bereich stellt die Rechtsprechung in ihrer Argumentation seit jeher darauf ab, dass es wesentlich um den „Schutz der Individualsphäre gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben“ gehe. Der Anruf als solcher wird in erster Linie deshalb als wettbewerbswidrig angesehen, da der Einzelne durch den Anruf in seiner geschützten Privatsphäre gestört wird. Die Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber Privaten kann insoweit auch unter den Oberbegriff des Verbraucherschutzes subsumiert werden¹⁹. Es geht also um das typische Schutzbedürfnis privater Letztverbraucher, die als potenzielle Abnehmer des beworbenen Angebots in Betracht kommen. Deren Interessen können aber nicht mit den Interessen einer von der Telefonwerbung angesprochenen Gruppe von Gewerbetreibenden gleichgesetzt werden. Denn im letzteren Fall werden lediglich die geschäftlichen Interessen der beworbenen Unternehmer betroffen, d. h. es geht nicht um den sozialen Schutz der privaten Letztverbraucher. Das Privatsphärenargument greift daher gegenüber Gewerbetreibenden bereits tatbestandlich nicht. Auch die Wertungen des Verbraucherschutzes können nicht auf die Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden angewendet werden. Anders als bei der Telefonwerbung im privaten Bereich ist bei der Telefonwerbung gegenüber Unternehmern die Privat- oder Individualsphäre nicht betroffen. Vielmehr geht es bei der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich um eine Interessenabwägung des wirtschaftlichen Gewinnstrebens des angerufenen Unternehmens gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben des werbenden Unternehmens. Damit stehen sich auf beiden Seiten wirtschaftliche Interessen gegenüber, die prinzipiell als gleichrangig anzusehen sind²⁰.

Dass der BGH²¹ einen bloß allgemeinen Sachbezug zum Geschäftsbetrieb des Angerufenen als nicht ausreichend ansieht, um eine mutmaßliche Einwilligung in die Telefonwerbung zu bejahen, ist nachvollziehbar, weil beispielsweise die Werbung für einen Pkw oder Wein als Vehikel benutzt werden kann, das Telefonverbot gegenüber Verbrauchern zu umgehen. Dieses Argument greift aber nicht, wenn die angebotene Ware einen konkreten Bezug zum Geschäftsbetrieb des Angerufenen hat wie beispielsweise bei einer zielgruppenorientierten angebotenen Fachpublikation. Dass die Gewerbetreibenden mit Anrufen von Personen rechnen, die ihnen telefonisch ihre eigenen Waren oder Dienstleistungen anbieten wollen, ergibt sich letztendlich auch daraus, dass sich in den letzten 15 Jahren die Kommunikationsgewohnheiten völlig verändert haben. Es entspräche einem verkürzten marktwirtschaftlichen Verständnis, wollte man das Unterhalten eines Telefonanschlusses auf das eigene Interesse des Gewerbetreibenden beschränken. Dies hat der BGH²² bereits im Jahre 1991 anerkannt. Erst recht muss dies im Jahre 2006 gelten angesichts der völlig veränderten Kommunikationsgewohnheiten in Wirtschaft und Gesellschaft.

2. Grundrechtslage

Die Grundrechtslage im Fall der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden unterscheidet sich erheblich von derjenigen bei der Telefonwerbung gegenüber Pri-

vaten. Während sich der private Werbeadressat auf seine Privatsphäre und ihren Grundrechtsschutz berufen kann, kann der Werbeadressat im gewerblichen Bereich nur den Schutz der wirtschaftlichen Grundrechte der Art. 12, 14 GG ins Feld führen. Auf genau diese Grundrechte kann sich aber auch der Werbende berufen. Dies hat der BGH in der Entscheidung „Lexikothek“ ausdrücklich klargestellt²³. Darüber hinaus steht dem Werbenden auch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gem. Art. 5 I 1 GG zur Seite²⁴. Betroffen sind damit grundsätzlich gleichwertige Grundrechtspositionen. Wägt man die durch die Grundrechte der Art. 5, 12, 14 GG geschützten Interessen ab, so muss festgestellt werden, dass entgegen der bei Telefonwerbung gegenüber Privatleuten bestehenden Situation eine verfassungsrechtlich begründete einseitige und ausschließliche Schutzbedürftigkeit der Interessen des beworbenen Gewerbetreibenden nicht vorliegt: Die Annahme eines generellen Schutzbedürfnisses der Werbeadressaten, was gegenüber Verbrauchern wegen der asymmetrischen Ausgangslage im geschäftlichen Kontakt gerechtfertigt erscheint, lässt sich im geschäftlichen Verkehr zwischen Gewerbetreibenden nicht rechtfertigen.

Das BVerfG²⁵ hat festgestellt, dass bei einer Einschränkung auf der Grundlage des § 1 UWG a. F. die Verletzung eines hinreichend wichtigen, durch diese Norm geschützten Belanges dargetan werden muss. Dies führt zu einer wettbewerbsbezogenen Auslegung des Begriffs der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG a. F. Es geht darum, Auswüchse des Wettbewerbs zu bekämpfen, die dazu beitragen können, den Wettbewerb zu vergiften, und einen an der Leistung orientierten Wettbewerb gefährden. Die Beurteilung, ob ein beanstandetes Wettbewerbsverhalten sittenwidrig i. S. des § 1 UWG a. F. ist, erfordert regelmäßig eine – am Schutzzweck des § 1 UWG a. F. auszurichtende – Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens aus seinem konkreten Anlass, seinem Zweck, den eingesetzten Mitteln, seinen Begleitumständen und Auswirkungen. Die Bedeutung der Grundrechte ist dabei schon bei der Prüfung, ob das angegriffene Verhalten sittenwidrig ist, mit abzuwägen²⁶. Eine Einschränkung von Grundrechtspositionen eines Werbungstreibenden kommt nach der Rechtsprechung des BVerfG nur ausnahmsweise in Betracht, etwa wenn die Ausübung eines Grundrechts die unantastbare Menschenwürde verletzt. Eine solche Annahme bedarf jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG stets einer sorgfältigen Begründung. Dass eine Werbemaßnahme als befremdlich oder für unangehörig gehalten wird, reicht keinesfalls aus, um ein Verbot nach § 1 UWG a. F. zu begründen. Diese Grundsätze gelten auch für § 3 UWG.

Da eine weitgehende Gleichrangigkeit der zu berücksichtigenden Interessen besteht, ist es nicht zulässig, im Rahmen der Abwägung der Grundrechtspositionen der Beteiligten bei Telefonanrufen gegenüber Gewerbetreibenden schlichtweg die Grundrechtspositionen des Werbeadressaten als schutzwürdiger einzustufen.

18) *Schricker*, GRUR Int 1998, 541 (544 ff., 547); *Klawitter*, GRUR 1991, 766.

19) *Schricker*, GRUR Int 1998, 541 (547); *Paschke* (o. Fußn. 14), S. 45.

20) *Schricker*, GRUR Int 1998, 541 (547); *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 24. Aufl. (2006), § 7 Rdnr. 61.

21) BGH, GRUR 1991, 764 – Telefonwerbung IV.

22) BGH, GRUR 1991, 764 – Telefonwerbung IV.

23) BGH, GRUR 1994, 381 (382) – Lexikothek.

24) *Schricker*, GRUR Int 1998, 541 (548); *Böhm*, MMR 1999, 643.

25) BVerfGE 107, 275 = GRUR 2003, 442 – Benetton-Werbung II.

26) Vgl. BVerfG, GRUR 2001, 1058 f. – Therapeutische Äquivalenz; BGH, GRUR 1995, 592 – Busengrapscher; GRUR 2002, 360 – „H.I.V. POSITIVE“ II.

IV. Interessenabwägung

1. Interessen der Gewerbetreibenden

Ausgehend von dem – gegenüber Verbrauchern geringeren – Schutzbedürfnis der beworbenen Gewerbetreibenden ist festzustellen, dass eine generell schwerwiegende Belästigung und Störung der beruflichen Tätigkeit durch Telefonwerbung, die das Unlauterkeitsurteil rechtfertigen würde, nicht vorliegt.

Bei der Frage, ob die Störung bei dem beworbenen Gewerbetreibenden als wettbewerbswidrige Belästigung einzustufen ist, ist zu berücksichtigen, dass der Gewerbetreibende mit geschäftsbezogenen Anrufen rechnet und ihnen sogar aufgeschlossen gegenübersteht. Auch die Rechtsprechung hat dies entsprechend den tatsächlichen Umständen selbst anerkannt und ausdrücklich klargestellt, dass Gewerbetreibende, Unternehmer und Freiberufler generell mit Telefonanrufen potenzieller Geschäftspartner und sonstiger Personen rechnen, die mit ihnen im eigentlichen geschäftlichen Interesse Kontakt aufnehmen wollen²⁷. Eingehende Kommunikation gehört daher zu ihrem Geschäft. Deshalb stehen Gewerbetreibende insgesamt, wie auch der *BGH* anerkennt, Anrufen durch ihnen bis dahin unbekannte Personen bzw. Unternehmen grundsätzlich aufgeschlossener gegenüber als private Anschlussinhaber²⁸. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bei Gewerbetreibenden, die sich im geschäftlichen Verkehr betätigen, weit weniger die Gefahr der Überrumpfung besteht, als dies bei Privatleuten der Fall ist²⁹. Dieses wirtschaftliche Interesse der Gewerbetreibenden an telefonischen Angeboten muss im Rahmen der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt werden. Denn wer sich als Gewerbetreibender oder sonst geschäftlich Tätiger am Erwerbsleben beteiligt, bringt damit zum Ausdruck, dass er bestimmte Bedarfe zu decken bereit ist. In einer Marktwirtschaft ist es gerade erwünscht, dass auf allen Märkten eine möglichst umfangreiche und intensive Begegnung von Angebot und Nachfrage stattfindet, damit sich das beste Angebot im Wettbewerb durchsetzen kann. Bei der Übermittlung von Angeboten ist die Interaktivität, Schnelligkeit, Einfachheit und Zielgerichtetheit eines telefonischen Angebots im Interesse des Angerufenen und des gesamten Wettbewerbs³⁰.

Eine erhebliche Störung des Geschäftsablaufs, die als unzumutbare Belästigung eingestuft werden könnte, liegt nicht vor, da die Entgegennahme und Abwicklung des Telefonanrufs in der Gesamtschau weniger Zeitaufwand erfordert als die Bearbeitung eines schriftlichen Angebots. Zudem erlaubt der telefonische Kontakt sofortige Rückfragen und Antworten, die sonst erst in mehreren Etappen bewerkstelligt werden können. Der Zeitaufwand, der für die Abwicklung und Beendigung eines Telefongesprächs anfällt, ist geringer als für das kurze Anlesen und Vernichten unerwünschter Briefwerbung. Im Gegenteil: Die Mühe der Entgegennahme, des Lesens und der Entsorgung eines Briefs erfordert im Zweifel mehr Zeit als die Entgegennahme eines Telefonats, das bei Desinteresse mühelos innerhalb weniger Sekunden durch bloße Mitteilung oder durch einfaches Auflegen des Hörers beendet werden kann. Daher ist der Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten, welchen der Empfänger treiben muss, um der Telefonwerbung zu entgehen, gering. Aus diesem Grund ist der telefonische Erstkontakt für den Angerufenen effektiver und zielgerichteter³¹.

Soweit die Rechtsprechung immer noch davon ausgeht, dass die individuelle telefonische Ansprache den Angerufenen stärker belästigt als etwa die zulässige Briefkastenwerbung³², ist dies angesichts der in den letzten Jahren in

Deutschland in sämtlichen Verkehrskreisen völlig veränderten Kommunikationsgewohnheiten, die sich in der Entwicklung des Verkehrsvolumens widerspiegeln, nicht mehr zeitgemäß. 1997 wurden 178 Mrd. Festnetz-Verbindungsminuten in Deutschland vertelefoniert, 2005 337 Mrd. Festnetz-Verbindungsminuten³³.

Es ist von der Rechtsprechung³⁴ anerkannt, dass Vertreterbesuche bei Unternehmern zulässig sind, soweit kein erkennbar geäußertes Wille entgegensteht. Insoweit sei vom Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen. Es besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass ein Telefonanruf für einen Unternehmer weit weniger störend ist als ein unangekündigter Vertreterbesuch. Allerdings wird ein seriöser Handelsvertreter seinen Besuch regelmäßig vorher telefonisch anmelden. Keiner käme auf die Idee, ein derartiges Telefongespräch als wettbewerbswidrig einzustufen, obwohl der Handelsvertreter nichts anderes tut, als bei einem Neukunden telefonisch das Interesse an dem von ihm vertretenen Angebot zu erfragen.

Demnach ist festzuhalten, dass der Telefonanruf als solcher nicht eine solch belästigende Wirkung entfaltet, dass dieser pauschal als sittenwidrig eingestuft werden kann. Dies gilt auch dann, wenn dieser Telefonanruf von dem Empfänger ebenso missbilligt sein mag, wie Werbung, die den Empfänger über andere Telekommunikationsempfangseinrichtungen wie das Fernseh-, oder Rundfunkgerät oder auf dem herkömmlichen Postweg erreicht.

2. Schutzwürdiges Interesse der Werbewirtschaft

Das Interesse der Werbewirtschaft, auf ihre Angebote mittels einer erstmaligen telefonischen Kontaktaufnahme hinzuweisen, ist grundsätzlich als schützenswert anzusehen. Der *BGH* hat ausdrücklich festgestellt, dass eine telefonische Direktansprache ein einfaches, zeitsparendes und kostengünstiges Mittel ist, um eine erste Kontaktaufnahme zu ermöglichen³⁵, obwohl es offensichtlich ist, dass es an einer mutmaßlichen Einwilligung des Unternehmers in einen Telefonanruf bei einem seiner Mitarbeiter zum Zwecke der Abwerbung fehlt. Die damit verbundene Beeinträchtigung der Betriebsabläufe des Unternehmers hat der *BGH* ausdrücklich als „geringfügig“ bezeichnet, obwohl der angesprochene Mitarbeiter während der Arbeitszeit von seiner Tätigkeit für das Unternehmen abgehalten wird und der Anruf im Interesse eines Wettbewerbers des Unternehmens, in dem der Angerufene tätig ist, erfolgt. Der *BGH* hat weiter darauf hingewiesen, dass der Mitarbeiter ein Interesse daran hat, von Möglichkeiten zu erfahren, die seine berufliche Situation durch einen Arbeitsplatzwechsel verbessern oder verändern können. Der *BGH* hat die Entgegennahme des Anrufs eines Personalberaters am Arbeitsplatz als „einfaches und wichtiges Informationsmittel“ für den Mitarbeiter bezeichnet. Im Rahmen der bei der Beurteilung der Wettbewerbswidrig-

27) *BGH*, GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV; GRUR 2001, 1068 (1071) – Telefonwerbung für Blindenwaren; GRUR 2004, 520 (521) – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

28) *BGH*, GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV; GRUR 2001, 1068 (1071) – Telefonwerbung für Blindenwaren.

29) *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* (o. Fußn. 20), § 7 Rdnr. 61.

30) *Schricker*, GRUR Int 1998, 541 (550).

31) *BGH*, GRUR 2004, 696 (698) – Direktansprache am Arbeitsplatz; *Schricker*, GRUR Int 1998, 541 (550).

32) *BGH*, GRUR 1989, 225 – Handzettel-Wurfsendung.

33) Vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2005, S. 34.

34) *BGH*, GRUR 1994, 380 (382 f.) – Lexikothek; *OLG Hamburg*, WRP 1992, 728 – Vergleichbarkeit von Vertreterbesuchen und Telefonwerbung.

35) *BGH*, GRUR 2004, 696 (697) – Direktansprache am Arbeitsplatz.

keit vorzunehmenden Interessenabwägung hat der BGH das Interesse an einer erstmaligen telefonischen Kontaktaufnahme als schützenswert eingestuft, da diesem Interesse auf anderem Weg in vielen Fällen nicht gleichwertig entsprochen werden könne³⁶.

Diese Argumente sind auch auf die hier interessierenden Fälle übertragbar. Ein Telefonwerbeanruf ist für die werbenden Unternehmen ein einfaches und kostensparendes Mittel, um einen ersten Kontakt mit dem potenziellen Kunden herzustellen und diesem ein Angebot zu unterbreiten. Auf diese Weise kann ein etwaiger Bedarf unmittelbar abgefragt werden, was im Ergebnis zu einer Reduzierung der Werbung insgesamt führt, da weniger „Streuverluste“ auftreten. Durch den Telefonanruf erhält der angerufene Gewerbetreibende die Möglichkeit, von Angeboten Kenntnis zu nehmen. Die Entgegennahme des Anrufs ist für den Gewerbetreibenden ein einfaches und wichtiges Informationsmittel. Die branchenweite Verbreitung der Telefonwerbung ist ein Indiz dafür, dass die Telefonwerbung im B-to-B-Bereich sich jedenfalls in den Grenzen des Zumutbaren hält und daher nicht pauschal als wettbewerbswidrig eingestuft werden kann³⁷.

3. Abwägung der beteiligten Interessen im Rahmen des § 7 UWG

a) Keine Unzumutbarkeit der Werbemaßnahme

Der BGH begründet die Unlauterkeit der unerbetenen Telefonanrufe bei gewerblichen Anschlussinhabern damit, dass die Anrufe zu belästigenden oder sonst unerwünschten Störungen in der beruflichen Tätigkeit des Gewerbetreibenden führen können. Nach der gesetzlichen Regelung ist eine Werbemaßnahme nur dann unlauter, wenn sie den Marktteilnehmer „in unzumutbarer Weise“ belästigt. Dass ein Kontakt „unerwünscht“ ist, bedeutet nicht, dass er als „sittenwidrig“ und „unlauter“ i. S. des § 7 UWG eingestuft werden muss. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass jede Werbemaßnahme mit einer gewissen Belästigung für den Adressaten verbunden ist, weil und soweit er sich damit auseinandersetzen muss. Da Wettbewerb ohne Werbung aber nicht möglich ist, ist den Marktteilnehmern ein gewisses Maß an Belästigung durch Werbung zuzumuten³⁸. Es geht daher nur darum, mittels des Wettbewerbsrechts diejenigen Belästigungen auszuschalten, die als unerträglich empfunden werden. Hierbei ist nicht auf den individuellen Werbeadressaten abzustellen, sondern auf den durchschnittlich empfindlichen Marktteilnehmer.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Werbemaßnahme wettbewerbswidrig ist, muss berücksichtigt werden, dass der Begriff der Lauterkeit und die sich daraus ergebenden Verhaltensregeln dem ständigen Wandel unterliegen und sich die Anschauungen und Wertungen darüber, was im Wettbewerb den guten Sitten entspricht, ändern³⁹. Dies ist auch bei der erforderlichen Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden zu beachten. Deshalb muss bei der vorzunehmenden Interessenabwägung berücksichtigt werden, dass nicht jede von der Werbung ausgehende Belästigung unlauter ist. Erst dann, wenn ein gewisses Maß an Belästigung überschritten wird, kann die Handlung auch als wettbewerbswidrig eingestuft werden⁴⁰.

Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit sind insbesondere der Aufwand an Zeit und die Mühe und Kosten, welche der Empfänger tragen muss, um der Werbung zu entgehen, von Bedeutung. Je höher dieser Aufwand ist, desto höher ist prinzipiell auch der Grad der Belästigung. Weiterhin fließt in den Grad der Unzumutbarkeit auch die Wahrscheinlichkeit ein, mit welcher die Werbemaßnahme die Entscheidung des Adressaten über den Erwerb der

beworbenen Leistung unsachlich beeinflusst, also insbesondere ob der Absatz der Ware durch sachfremde Momente erreicht werden soll⁴¹.

Die durch einen Telefonanruf im geschäftlichen Bereich verursachte Störung erreicht nicht einen solchen Grad an Belästigung, dass der Telefonanruf als solcher pauschal als unlauter eingestuft werden könnte. Dies gilt um so mehr, wenn man die beteiligten Interessen und die Geringfügigkeit der tatsächlichen Störung berücksichtigt.

b) Allenfalls geringfügige Störungen der Gewerbetreibenden

Die tatsächlichen Störungen im Geschäftsgang sind gering. Vielmehr entfaltet der Telefonanruf als solcher nur dann belästigende Wirkung, wenn besondere Umstände hinzutreten, die auf eine Verletzung der Grundsätze des Leistungswettbewerbs hindeuten, wie beispielsweise die Missachtung des Wunsches, das Gespräch zu beenden oder die unsachliche und nachhaltige Beeinflussung des Kunden.

c) Keine unsachliche Beeinflussung

Auch eine unsachliche Beeinflussung der beworbenen Unternehmen durch den Telefonwerbeanruf ist nicht zu befürchten. Eine Werbemaßnahme ist auch dann als sittenwidrige belästigende Werbung einzustufen, wenn bei der Werbung die Gefahr besteht, dass der Werbeadressat seine Kaufentscheidung nur deshalb trifft, weil er vom Werbenden ohne oder gegen seinen Willen in eine bestimmte Situation gebracht wurde. Wird dem Umworbenen durch die Werbemethode eine ruhige und sachliche Prüfung des Angebots unmöglich gemacht, so ist diese Werbemethode als belästigend anzusehen, da die Gefahr droht, dass der Umworbene nur deshalb zum Vertragsschluss bereit ist, weil er dem Werber entgehen will⁴². Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bei Unternehmen generell weitaus weniger die Gefahr einer Überrumpelung besteht. Weiterhin bleibt dem beworbenen Unternehmen im Rahmen des Telefonanrufs die Möglichkeit, das Angebot in ruhiger und sachlicher Weise zu prüfen. Der Gewerbetreibende kann sich zudem dem Anruf ohne wesentliche Schwierigkeiten einfach dadurch entziehen, dass er bei Desinteresse an dem beworbenen Produkt das Telefongespräch beendet. Bei Gewerbetreibenden ist auch nicht zu erwarten, dass diese aus Geboten der Höflichkeit und aus der Unfähigkeit, das Angebot abzulehnen, das geführte Gespräch fortsetzen und sich durch den Telefonanruf zum Kauf des beworbenen Produkts verleiten lassen.

Der BGH stellt in seiner neueren Rechtsprechung darauf ab, dass die beteiligten Verkehrskreise heutzutage stärker als früher auf die Wahrung ihrer eigenen Interessen und weniger auf die Einhaltung bestimmter Umgangsformen bedacht sind. Nach Ansicht des BGH kann die Unlauterkeit der Werbemethode nicht mehr mit der Gefahr einer Verstrickung oder Überrumpelung des Verbrauchers begründet werden, da für den mündigen Verbraucher nicht die Gefahr bestehe, dass er sich durch die

36) BGH, GRUR 2004, 696 (699) – Direktansprache am Arbeitsplatz.

37) Schricker, GRUR Int 1998, 541 (546); Böhm, MMR 1999, 643 (645).

38) Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (o. Fußn. 20), § 7 Rdnr. 13; Mankowski, in: Fezer, UWG, 2005, § 7 Rdnrn. 27 ff.

39) BGH, NJW 1998, 2208 (2211); Böhm, MMR 1999, 643 (644).

40) Schricker, GRUR Int 1998, 541 (550); Böhm, MMR 1999, 643 (644).

41) Mankowski, in: Fezer (o. Fußn. 38), § 7 Rdnr. 29; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (o. Fußn. 20), § 7 Rdnr. 9.

42) Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (o. Fußn. 20), § 7 Rdnr. 8; Ueber, in: Harte/Henning, UWG, 2004, § 7 Rdnr. 11.

Werbemethode zu einem unerwünschten Vertragsschluss bewegen lasse⁴³. Der BGH lehnt eine „unzumutbare Belästigung“ ab, wenn der Werbende von vorneherein als solcher eindeutig erkennbar ist. Der BGH stellt darauf ab, dass der Angesprochene fast immer die Möglichkeit hat, sich einem Gespräch ohne große Mühe durch Nichtbeachtung des Werbenden oder eine kurze abweisende Bemerkung oder Geste zu entziehen⁴⁴. Diese neue Rechtsprechung des BGH muss auch im Rahmen der hier vorzunehmenden Interessenabwägung berücksichtigt werden, da sonst eine „Wertungskonfusion“ entsteht. Wenn schon das direkte Ansprechen von Verbrauchern in der Öffentlichkeit nicht als wettbewerbswidrige Belästigung anzusehen ist, wenn der Werbezweck erkennbar ist, so muss dies erst recht für eine entsprechende telefonische Kontaktaufnahme mit Gewerbetreibenden gelten, die sich ohne große Mühe durch Nichtbeachtung des Werbenden, durch eine kurze abweisende Bemerkung oder durch bloßes Auflegen des Telefonhörers der Werbung entziehen können. Eine Verstrickung oder Überrumpelung des Gewerbetreibenden ist nicht zu erwarten.

Der BGH legt in zahlreichen neueren Entscheidungen ein geändertes Verbraucherleitbild zu Grunde, das die Verbraucher als aufgeklärte und mündige Marktteilnehmer einstuft, die auf die Wahrung ihrer eigenen Interessen bedacht sind und auch in der Regel selbst in der Lage sind, unerwünschte Werbemethoden zu unterbinden. Dieses geänderte Leitbild des durch die Werbung angesprochenen Verbrauchers muss erst recht für die Bewerbung von Gewerbetreibenden gelten.

d) Nachahmungsgefahr

Auch die von der Literatur gegen die Zulässigkeit von Telefonwerbung gegenüber Unternehmen ins Feld geführte Gefahr der Nachahmung führt nicht zu einer grundsätzlichen Wettbewerbswidrigkeit der Telefonmarketingaktionen im B-to-B-Bereich. Zunächst überzeugt schon der methodische Ansatz nicht, eine Werbeform nur deshalb für sittenwidrig zu erklären, weil sie möglicherweise verstärkt angewendet werden wird⁴⁵. Dass sachbezogene Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation führt, zeigt zudem auch ein vergleichender Blick auf die tatsächliche und rechtliche Situation in den meisten europäischen Mitgliedstaaten, in denen die Telefonwerbung sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Bereich zulässig ist⁴⁶. Von einer „Verrohung“ der Wettbewerbsitten und des Telefonverkehrs ist in diesen Mitgliedstaaten nichts bekannt.

V. Auslegung des Begriffs „mutmaßliche Einwilligung“

Es ist daher eine Auslegung des Begriffs „mutmaßliche Einwilligung“ und des von der Gesetzesbegründung geforderten „konkreten Interesses“ erforderlich, die die tatsächlichen Schutz Gesichtspunkte des Werbenden und des Angerufenen angemessen berücksichtigt und in einen angemessenen, beiden Interessen Geltung verschaffenden Ausgleich bringt. Dem tatsächlichen Schutzbedürfnis der Beteiligten wird unserer Auffassung nach Genüge getan, wenn man den Begriff der mutmaßlichen Einwilligung wie folgt auslegt:

Eine mutmaßliche Einwilligung in Telefonwerbbeanrufe bei Gewerbetreibenden, Freiberuflern und sonst geschäftlich Tätigen ist immer dann anzunehmen, wenn nach der Art des Angebots und der Art der Tätigkeit des Adressaten ein nicht nur marginaler sachlicher Zusammenhang besteht, der ein geschäftliches Interesse am Anruf als möglich und nicht abwegig erscheinen lässt⁴⁷. Hierbei muss der

Anruf „betriebsbezogen“ sein, d. h. zwischen der Substanz des beworbenen Produkts oder der beworbenen Leistung und dem Geschäftsbereich des Unternehmens muss ein enger Zusammenhang bestehen. Weiterhin ist die Telefonwerbung, wie auch nach der früheren Rechtsprechung⁴⁸, dann zulässig, wenn zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen eine Geschäftsbeziehung besteht oder angebahnt werden soll. In beiden Fällen ist das Schutzbedürfnis der beworbenen Gewerbetreibenden deshalb gering, weil der Kontakt auf Grund des beworbenen Produkts bzw. wegen der Art des Unternehmens gerade gewünscht ist. Fordert man eine Betriebsbezogenheit des Telefonanrufs, kann es zudem weder zu unerwünschten Nachahmungen, noch zu einer Verwilderung der Wettbewerbsitten kommen. Denn die Voraussetzungen, nach denen das Telefonmarketing zulässig sein soll, sind weiterhin streng konturiert und lassen gerade nicht jeden Telefonkontakt zu Werbezwecken zu. Vielmehr dürfen den Unternehmen tatsächlich nur solche Angebote unterbreitet werden, die den geschäftlichen Bedarf und den konkreten Interessensbereich des beworbenen Unternehmens betreffen. Eine pauschale Indizierung der Rechtswidrigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn die Voraussetzung der Betriebsbezogenheit des Anrufs nicht gegeben ist. Weiterhin kann der Telefonanruf aus anderen Gründen als wettbewerbswidrig zu qualifizieren sein, so beispielsweise wenn der Wunsch, das Gespräch zu beenden, missachtet wird. Mit dem BGH⁴⁹ ist daher die erste telefonische Kontaktaufnahme als zulässig zu erachten, wenn das beworbene Angebot einen engen sachlichen Zusammenhang zu dem Geschäftsbereich des Angerufenen aufweist.

43) BGH, GRUR 2004, 699 (700) – Ansprechen in der Öffentlichkeit.

44) BGH, GRUR 2005, 443 (445) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

45) Böhm, MMR 1999, 643 (646).

46) Paschke (o. Fußn. 14), S. 70 ff.

47) Schrickler, GRUR Int 1998, 541 (551); Mankowski, in: Fezer (o. Fußn. 38), § 7 Rdnr. 68; Böhm, MMR 1999, 643 (648).

48) BGH, GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV; GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

49) BGH, GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz; GRUR 2006, 426 – Direktansprache am Arbeitsplatz II.

Report

Aktuelle Berichte – Februar 2007

Henrike Weiden*

1. EU und G8 gegen Produkt- und Markenpiraterie

Die Europäische Kommission hat im November 2006 ihre Statistik über beschlagnahmte Güter an den Grenzen der Gemeinschaft im Jahr 2005 vorgelegt, durch die geistige Eigentumsrechte verletzt worden sind¹. Die Zahlen sind nach wie vor alarmierend; die Zollbehörden haben über 75 Millionen rechtsverletzende Waren ermittelt. Kopierte Kleidungsstücke und Accessoires wurden dabei mit der höchsten Steigerung gegenüber dem Vorjahr sichergestellt.

* Dr., LL. M., Cordova (USA).

1) http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics/counterf_comm_2005_en.pdf.