

Nikolaus Boos

# Die Einwilligung im Direktmarketing durch Fernkommunikation

# Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft



# Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Band 185

Nikolaus Boos

## **Die Einwilligung im Direktmarketing durch Fernkommunikation**

Tectum Verlag

Nikolaus Boos

Die Einwilligung im Direktmarketing durch Fernkommunikation

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 185

Zugl. Diss. Private Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL) 2022

Eingereicht unter dem Originaltitel: „Die Einwilligung im Direktmarketing.  
Rechtliche Grenzen des Direktmarketings mit Fernkommunikationsmitteln“.

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022

ePDF 978-3-8288-7883-9

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN

978-3-8288-4777-4 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN 1861-7875

Gesamtverantwortung für Herstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

#### **Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

## Vorwort

Diese Arbeit ist an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL) mit dem Titel „Die Einwilligung im Direktmarketing. Rechtliche Grenzen des Direktmarketings mit Fernkommunikationsmitteln“ entstanden. Für die Drucklegung in der vorliegenden Schriftenreihe wurde der Titel abgekürzt in „Die Einwilligung im Direktmarketing durch Fernkommunikation“.

Mein herzlicher Dank gilt allen voran meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jens Eisfeld, für die Betreuung der Dissertation und seine wertvollen Anregungen und Hinweise. Dem Zweitgutachter Prof. Dr. Diethelm Klippel, danke ich für die Übernahme des Koreferats. Bei Herrn Dr. Andreas Sattler, LL.M., bedanke ich mich für sein kurzfristiges Einspringen als Prüfer in der mündlichen Doktoratsprüfung. Für thematische Anregung danke ich Frau Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M.

Ganz herzlich möchte ich mich bei Frau Dr. Elisabeth Berger für ihren unermüdlichen Einsatz und permanente Unterstützung als Studiengangsleiterin während der Erstellung meiner Dissertation bedanken. Zudem bin ich Xenia Flach, LL.B., für das Korrekturlesen der Arbeit zum Dank verpflichtet.

Meiner Mutter, Margarethe Boos, widme ich die Arbeit.

Fellbach, im März 2022

Nikolaus Boos



# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XIII
<b>§ 1 Einleitung</b> .....	1
A Überblick .....	1
B Ziel der Arbeit .....	5
C Gang der Untersuchung .....	6
D Aktualität .....	8
E Stand der Forschung .....	11
<b>§ 2 Rechtsnatur der Einwilligung</b> .....	15
A Überblick .....	17
B Überblick über den Meinungsstreit .....	19
C Einwilligung als Zustimmung im Sinne von § 183 BGB .....	21
D Geschäftsähnliche Handlung .....	23
I „Vorschaubilder“-Rechtsprechung .....	25
1 Anwendbarkeit der § 182 ff. BGB .....	29
2 „Untereinwilligung“ .....	31
II Anwendbarkeit der „Vorschaubilder“-Kriterien .....	32
III Stellungnahme .....	34
E Einwilligung als Rechtsgeschäft .....	36
I Begriff des Rechtsgeschäfts .....	36
1 Einseitiges Rechtsgeschäft .....	37
2 Mehrseitiges Rechtsgeschäft .....	37
II Selbstbestimmung und Selbstverantwortung .....	38

F	Verfügungsgeschäft .....	39
G	Die Einwilligung als Reakt .....	41
H	Stellungnahme .....	42
<b>§ 3</b>	<b>Rechtsgrundlagen .....</b>	<b>47</b>
A	Nationale Rechtsgrundlagen .....	47
I	UWG .....	47
1	Aktueller Stand .....	47
2	Historischer Ausblick .....	49
II	Zivilrecht .....	51
III	Datenschutzrecht .....	53
IV	Verfassungsrecht .....	55
1	Das Recht auf Privatsphäre und Menschenwürde .....	56
2	Unternehmerische Freiheit .....	56
3	Interessenabwägung .....	57
B	Europarechtliche Grundlagen .....	57
I	Vorrang des Unionsrechts .....	57
II	Das primäre Unionsrecht .....	58
III	Das sekundäre Unionsrecht .....	59
1	Richtlinie 2005/29 EG .....	60
2	Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung 2006/114 EG .....	61
3	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31 EG .....	62
4	Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58 EG (ePrivacy-RL) .....	62
5	Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) .....	63
6	Entwurf der ePrivacy-Verordnung .....	65
C	Internationaler Ausblick .....	68
I	Österreich .....	68
II	Schweiz .....	69
III	Fürstentum Liechtenstein .....	70

<b>§ 4 Relevante Begriffe</b> .....	73
A Voraussetzungen eines Direktmarketings .....	73
I Individueller und persönlicher Kontakt .....	74
1 Insbesondere Telefonmarketing .....	75
2 Weiter Werbebegriff .....	75
II Formen des Direktmarketings .....	76
1 Telefon-Marketing .....	76
1.1 Begriff .....	76
1.2 Bedeutung des Telefonmarketings .....	76
1.3 Cold Calling und Warm Calling .....	78
2 Telefax-Marketing, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG .....	79
2.1 Begriff .....	79
2.2 Bedeutung des Faxmarketings .....	79
3 Direktmarketing anhand elektronischer Post, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG .....	80
3.1 Elektronische Post .....	80
3.2 Kundenzufriedenheitsanfrage .....	81
3.3 Check-Mail .....	83
3.4 Einwilligung .....	84
B Adressaten des Direktmarketings .....	86
I Verbraucher .....	86
II Sonstiger Marktteilnehmer .....	86
<b>§ 5 Voraussetzungen der Einwilligung</b> .....	89
A Der Einwilligungsbegriff .....	89
B Wettbewerbsrechtliche Einwilligung .....	90
C Die Willensbekundung .....	93
I Ausdrückliche Einwilligung .....	95
1 Form der Einwilligung .....	98
2 Formulärmäßige Erklärung in AGB .....	101
2.1 Qualifikation als AGB .....	103
2.2 Inhaltskontrolle .....	104
2.3 Erkaufen der Einwilligung .....	106

2.4 Koppelung mit einer anderen Erklärung .....	109
2.5 Dritteinwilligung als überraschende Klausel .....	110
2.6 Zusammenfassung zur Zulässigkeit der AGB-Klauseln .....	111
II Konkludente Erklärung .....	111
1 Definition .....	112
2 Reicht konkludente Einwilligung trotzdem aus? .....	113
D Freiwilligkeit .....	120
E Informiertheit .....	122
F Bestimmtheit .....	123
G Unmissverständlichkeit .....	124
H Unterscheidbarkeit von anderen Sachverhalten .....	125
I Payback-Entscheidung des BGH .....	126
II Datenschutzrechtliche Auslegung .....	128
III Stellungnahme .....	129
I Mutmaßliche Einwilligung .....	131
I Nur sonstige Marktteilnehmer .....	132
II Briefkastenwerbung und Verbraucher .....	134
III Sachliches Interesse .....	136
1 Geschäftsbeziehung .....	137
2 Äußerung eines Interesses .....	138
3 Branchenüblichkeit .....	139
4 Anlass eines unternehmerischen Hilfsgeschäftes .....	140
IV E-Mail-Werbung und Verbraucher .....	141
<b>§ 6 Interessenabwägung .....</b>	<b>145</b>
A Abwägung der Grundrechte .....	147
B Rechtsprechung der Instanzgerichte .....	149
I Abwägung E-Mail versus Telefon .....	153
1 UWG-Regelung .....	153
2 Rechtsprechung der Instanzgerichte .....	155
II Belästigungsintensität .....	159

---

C	Stellungnahme .....	160
<b>§ 7</b>	<b>Einwilligungsfähigkeit .....</b>	<b>169</b>
A	Diskussionsstand .....	171
B	Einsichtsfähigkeit .....	173
I	Altersgrenzen .....	174
II	Individuelle Feststellung .....	176
C	Vorschriften über Geschäftsfähigkeit .....	178
D	Stellungnahme .....	183
<b>§ 8</b>	<b>Reichweite der Einwilligung .....</b>	<b>187</b>
A	Inhaltliche Reichweite .....	187
B	Wirkung für andere Werbende .....	189
C	Wirkung für andere Umworbene .....	191
D	Geltungsdauer und Widerruf .....	193
I	Zeitliche Begrenzung .....	193
II	Widerruf der Einwilligung .....	195
1	Einseitige Einwilligung .....	196
2	Schuldvertragliche Einwilligung .....	198
2.1	Abgrenzung zum Widerspruchsrecht .....	200
2.2	Widerrufempfänger .....	200
<b>§ 9</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>203</b>
A	Thesen .....	203
B	Datenschutz und Direktmarketing .....	205
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>207</b>
<b>Anhang .....</b>		<b>217</b>



## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Customer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGBL.	Bundesgesetzblatt bzw. Bundesgesetzblatt Teil I, II bzw. III
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bd.	Band
Bst.	Buchstabe
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DSG	Datenschutzgesetz
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DSRL	Datenschutzrichtlinie
E.	Erwägung(en)
ebd.	ebenda
ePrivacy-RL	ePrivacy-Richtlinie
ePrivacy-VO	ePrivacy-Verordnung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
f.	folgende

## Abkürzungsverzeichnis

---

ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
ggf.	gegebenenfalls
Hg.	Herausgeber
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber(schaft)
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m	in Verbindung mit
LG	Landgericht
lit.	litera(e)
m.E.	meines Erachtens
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
öTKG	österreichisches Telekommunikationsgesetz
o.g.	oben genannte
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RiLi	Richtlinie
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sog.	sogenannte
TMG	Telemediengesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.a.	und andere bzw. unter anderem
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG
u. dgl.	und dergleichen
UrhG	Urhebergesetz
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung
Ziff.	Ziffer(n)

z.B.                    zum Beispiel  
zzgl.                    zuzüglich

