

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	19
A. Die kommerzielle Kommunikation	20
I. Begriffsbestimmung	22
II. Wirtschaftswissenschaftliches Verständnis	24
III. Grundrechtlicher Schutz der kommerziellen Kommunikation	28
IV. Zusammenfassung	29
B. Neuausrichtung des UWG nach der Reform zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	29
I. Auswirkung der Richtlinie auf das Lauterkeitsrecht	30
II. Vorüberlegung: potentielle Auswirkung auf die kommerzielle Kommunikation via Telefon, Telefax und elektronische Post	34
1. Potentielle Auswirkungen im b2c-Geschäftsbereich	34
2. Auswirkung im b2b-Geschäftsbereich	36
1. Kapitel Anforderungen an die Zulässigkeit einer Werbung gegenüber einem Verbraucher	38
A. Anwendbarkeit des UWG und geltende Fassung	38
I. Internationalprivatrechtliche Anwendbarkeit	38
1. Kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt für das vor dem 11.1.2009 geltende Recht	39
2. Kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt für das nach dem 11.1.2009 geltende Recht	42
3. Anwendung auf das Ansprechen über Telefon, Telefax und elektronischer Post	44
a) Anwendung auf das Ansprechen über Telefon	44
b) Anwendung auf die Telefaxwerbung	45
c) Anwendung auf die elektronische Post	46
4. Zusammenfassung	48
II. Geltende Fassung des UWG und Auswirkung	48
1. UWG in der gültigen Fassung vom 8.7.2004 bis 29.12.2008	49

2. Beeinflussung durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, UWG vom 12.12.2007 bis zum 29.12.2008	49
3. UWG in der Fassung ab dem 30.12.2008	50
4. UWG seit dem 4.8.2009	51
B. Europarechtliche Vorgaben an die einzelnen Kommunikationsformen	51
I. Primärrechtliche Vorgaben	52
II. Sekundärrechtliche Vorgaben	53
1. Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG	53
2. E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG	55
3. Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG für elektronische Kommunikation	55
4. Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen	56
5. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken	57
a) Anforderungen der Nr. 26 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken an die kommerzielle Kommunikation via Telefon, Telefax und elektronische Post	59
b) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 iVm. Nr. 26 des Anhangs I	60
aa) Bedeutung von »unbeschadet« in Nr. 26 S. 2	62
bb) Möglichkeiten der nationalen Abweichung nach Erwägungsgrund 7, Art. 3 Abs. 4 und Art. 3 Abs. 5	66
cc) Übereinstimmen des nationalen Lauterkeitsrechts mit Art. 5 Abs. 5 iVm. Nr. 26 des Anhangs I	69
dd) Zwischenergebnis	71
c) Übereinstimmen des nationalen Lauterkeitsrechts mit den übrigen Voraussetzungen der Richtlinie, insbesondere des Art. 5 Abs. 2 und des Art. 5 Abs. 4 lit. b iVm. Art 8	72
d) Zwischenergebnis	76
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerung	77
2. Kapitel Anforderungen an die Zulässigkeit einer Werbung gegenüber einem Unternehmer	80
A. Geltende Fassung des UWG und europarechtliche Vorgaben	80
I. Geltende Fassung des UWG im b2b-Geschäftsbereich	80
II. Europarechtliche Vorgaben	81
1. Primärrechtliche Anforderungen	81
2. Sekundärrechtliche Vorgaben	82

B. Vergleich mit den Anforderungen im b2c-Geschäftsbereich	83
I. Vergleich der gesetzlichen Anforderungen	83
II. Vergleich mit der Werbung gegenüber einem Verbraucher	84
1. Hintergrund einer lauterkeitsrechtlichen Regelung der unzumutbaren Belästigung	84
2. Geschichtlicher Hintergrund	89
a) UWG in der Fassung vom 7.7.1909	89
b) UWG in der Fassung vom 3.7.2004	90
c) UWG vom 30.12.2008	92
d) Zwischenergebnis	96
III. Das veränderte Leitbild von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern	96
1. Entwicklung des Verbraucherleitbilds: vom schutzbedürftigen zum eigenverantwortlichen Verbraucher	97
2. Inhaltliche Ausgestaltung und Auswirkung	99
a) Inhaltliche Ausgestaltung	99
b) Auswirkung	101
3. Leitbild des sonstigen Marktteilnehmers	102
C. Relevante Faktoren zur Begründung der unzumutbaren Belästigung	104
I. Die unzumutbare Belästigung gegenüber einem Verbraucher	111
1. Generelle Bestimmung der zur Unlauterkeit führenden Faktoren	111
a) »ob« der Kommunikation	111
b) »wie« der Kommunikation	114
aa) Entscheidung über den Kommunikationskanal	114
bb) Entscheidung über den Zeitpunkt	115
cc) Umfang und Dauer	116
dd) Möglichkeit, sich der Kommerziellen Kommunikation zu entziehen	116
ee) Intensität der Beeinträchtigung	117
ff) Zwischenergebnis	121
2. Die zur Unlauterkeit führenden Faktoren bei den einzelnen Kommunikationsformen	121
a) beim Ansprechen über Telefon	121
b) beim Ansprechen unter Verwendung eines Telefax	124
c) beim Ansprechen unter Verwendung einer E-Mail	126
d) beim Ansprechen unter Verwendung einer SMS	130
II. Die unzumutbare Belästigung gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer	131

1. Generelle Bestimmung der zur Unlauterkeit führenden Faktoren	131
a) Beeinträchtigte Interessen	131
aa) Aufdrängen der Information	132
bb) Störung des Betriebsablaufs	133
cc) Kostennachteile	134
dd) Blockierung der Anlage	134
ee) Zwischenergebnis	134
b) Unzumutbarkeit	135
2. Die zur Unlauterkeit führenden Faktoren bei den einzelnen Kommunikationsformen	137
a) Aufdrängen der Information	137
b) Störung des betrieblichen Ablaufs	137
aa) bei einem telefonischen Ansprechen	138
bb) bei einem Ansprechen unter Verwendung eines Telefax	138
cc) bei einem Ansprechen via E-Mail	139
dd) bei einem Ansprechen via SMS	141
c) Kostennachteile	141
aa) beim Ansprechen via Telefon	142
bb) bei der Telefaxwerbung	142
cc) bei der E-Mail Werbung	142
dd) bei der SMS-Werbung	143
d) Blockierung der Anlage	143
aa) bei der Telefonwerbung	144
bb) bei der Telefax-Werbung	144
cc) bei der E-Mail Werbung	145
dd) bei der SMS-Werbung	145
e) Unzumutbarkeit	145
aa) bei der Werbung via Telefon	146
bb) bei einer Werbung via Telefax	147
cc) bei der E-Mail Werbung	147
dd) bei der SMS-Werbung	148
3. Vergleich	148
4. Mögliche Rechtfertigung des festgestellten Wertungswiderspruchs	150

3. Kapitel Zulässigkeit der Werbung via Telefon, Telefax und elektronische Post gegenüber einem Verbraucher	153
A. Überblick über die Rechtsprechung zur Rechtslage vor der UWG-Reform 2004	153
B. Tatbestandsvoraussetzungen	156
I. hartnäckiges Ansprechen zu Werbezwecken	156
1. zu Werbezwecken	156
2. Hartnäckiges Ansprechen	159
II. gegenüber einem Verbraucher	161
III. Ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung	162
1. Europarechtliche Vorgaben	162
2. Rechtsnatur der Einwilligung	164
3. Einwilligung in die Werbung unter Verwendung eines Telefonanrufs	165
a) spezifische Angabe für den konkreten Fall ohne Zwang	165
b) Vorformulierte Einwilligung	167
aa) Eröffnung der AGB-Prüfung	167
bb) Inhaltsprüfung	168
cc) Sonderfälle	171
dd) Ergebnis: Zulässigkeit von Klauseln	172
c) Rechtslage vor dem 4.8.2009	173
aa) Anforderungen der Rechtsprechung	174
(1) Äußerungen und Handlungsweisen des Verbrauchers	174
(2) bestehende Kundebeziehung	175
(3) Vorbereitungshandlungen	176
(4) Branchenüblichkeit	176
(5) Zwischenergebnis	177
bb) Anforderungen der Literatur	177
cc) Zwischenergebnis	179
4. Einwilligung in die Werbung unter Verwendung eines Telefax	179
5. Einwilligung in die Werbung unter Verwendung elektronischer Post	180
a) ausdrückliche vorherige Einwilligung für den konkreten Fall	180
b) Ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage und der Rechtsfolge	182
c) Die Regelung des § 7 Abs. 3 UWG	183

aa) Unternehmen hat im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG)	183
(1) erhalten	183
(2) im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung	183
(3) Reichweite des Zusammenhangs	185
(a) Vertragsabschluss oder Vertragsanbahnung	185
(b) Art der Erlangung	187
(c) zeitliche Grenze	189
(4) elektronische Postadresse	190
(5) der Werbende	191
(6) Zusammenfassung	192
bb) Unternehmer verwendet die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG)	193
(1) Sinn und Zweck der Vorschrift	193
(2) eigene Produkte oder Dienstleistung	194
(3) ähnliche Produkte oder Dienstleistungen	195
(4) Abgrenzung zum ursprünglichen Vertragsgegenstand	196
(5) Wechselseitigkeit der Werbung	197
(6) Menge der Ansprache	197
(7) Zusammenfassung zu § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG	198
cc) Kunde hat der Verwendung nicht widersprochen (§ 7 Abs. 3 Nr. 3 UWG)	198
dd) Hinweis auf Widerspruchsmöglichkeit zu Normaltarifen (§ 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG)	199
d) Sonderfall: Newsletter	202
IV. Eignung, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen	203
1. Einordnung und europarechtliche Vorgaben	203
2. Rechtssystematische Überlegungen	204
a) Verhältnis von Art. 5 Abs. 2 zu Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	205
b) Verhältnis von Art. 5 Abs. 2 zu Art. 5 Abs. 5 iVm. Anhang I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	207
c) Zusammenfassung	208

d) Konsequenz für das Verhältnis von § 3 Abs. 2 S. 1 UWG zu § 3 Abs. 1 UWG	208
3. Tatbestandsvoraussetzungen	210
a) Spürbare Beeinträchtigung der Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen	212
b) Entscheidung, die der Verbraucher andernfalls nicht getroffen hätte	214
c) Kausalität	216
V. Rechtfertigung: Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung	218
 4. Kapitel Zulässigkeit der Werbung via Telefon, Telefax und elektronische Post gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer	 220
A. Entwicklung der Rechtsprechung zur Werbung gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer	222
I. Rechtslage vor der UWG-Reform 2004	222
II. Rechtslage nach den UWG-Reformen 2004 und 2008	225
1. Einwilligung in die Telefonwerbung	226
a) tatsächliche Einwilligung	226
aa) bei Angebotswerbung	227
bb) bei Nachfragewerbung	228
b) Mutmaßliche Einwilligung	229
aa) Rechtsprechung	229
bb) Literatur	230
cc) Bewertung	231
(1) Inhalt der Werbung	233
(2) Art der Werbung	233
dd) Einzelfälle	234
(1) Branchenüblichkeit	234
(2) Äußerung des generellen Interesses gegenüber Dritten	234
(3) Arbeitnehmerüberlassung/ Leiharbeiter	235
(4) Eintragung in Branchenbüchern	236
(5) Nachbearbeiten	237
(6) Abwerben von Mitarbeitern	238
2. in die Werbung via Telefax	239
a) Angebotswerbung	240
aa) Handlungsweise des Adressaten	240
bb) Inhalt der Werbebotschaft	242
cc) Begleitumstände des Kontakts	243
b) Nachfragewerbung	244

c) mutmaßliche Einwilligung	245
3. Werbung via elektronische Post	245
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vorschlags für eine Neuregelung des werblichen Ansprechens gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer	246
I. werbliches Ansprechen	246
II. sonstiger Marktteilnehmer	246
III. Erkennbares Nichtwünschen	247
5. Kapitel Zulässigkeit nicht-werblicher kommerzieller Kommunikation	251
A. Vorüberlegungen	252
B. Überprüfung einzelner Fallgruppen	252
I. Nachvertragliche Kommunikation	253
1. im b2c-Geschäftsverkehr	254
a) Geschäftspraktik nach Art. 2 lit. d der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und Guidance der Kommission	254
b) Auswirkung auf § 2 Nr. 1 UWG	256
c) Unterschied zwischen Werbung und geschäftlicher Handlung	257
d) Anwendung auf die nachvertragliche Kommunikation	258
aa) Verhinderung der Geltendmachung vertraglicher Rechte	259
bb) Zufriedenheitsumfragen	259
cc) Bearbeitung der Durchführung, inklusive Zahlungsaufforderung	262
dd) Zwischenergebnis	263
2. Im b2b-Geschäftsverkehr	263
3. Vergleich der beeinträchtigten Interessen	264
a) im b2c-Geschäftsbereich	264
b) im b2b-Geschäftsbereich	267
4. Schlussfolgerungen für die Zulässigkeitsvoraussetzungen	268
II. Newsletter/ Information über die eigene unternehmerische Tätigkeit	269
III. Übersendung von Coupons	272
IV. Aufforderung zur Teilnahme an Gewinnspielen	274
V. Sponsoring	275
VI. Mischformen privater Kommunikation und elektronischem Direktmarketing	278
VII. Ansprechen um Spenden zu generieren	280
VIII. Ansprechen bei Gefahr im Verzug	282

IX. Sonderformen	284
1. Umgekehrte Telefonwerbung und Lockanrufe	284
2. Bluetooth-Werbung/ Near Field Communication	285
C. Zusammenfassung	287
6. Kapitel: Rechtsfolgen der unlauteren kommerziellen Kommunikation	289
A. Bestehendes System der Rechtsfolgen	289
I. Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG	289
II. Schadensersatzanspruch gem. § 9 UWG	293
III. Gewinnabschöpfungsanspruch gem. § 10 UWG	295
IV. Bußgeldvorschriften für die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern	298
V. Zwischenergebnis	298
B. Zivilrechtliche Ergänzung des Rechtsfolgensystems des UWG	299
I. Europarechtliche Vorgaben	299
II. Schutzlücke für subjektive Rechte individuell Betroffener	300
1. Rechtswirksamkeit von Folgeverträgen	301
a) Bewertung durch die h.M.	301
aa) bürgerlich-rechtliche Nichtigkeitsgründe und Widerrufsrecht	302
bb) Grundsätzliche Rechtsgedanken zur Rechtswirksamkeit von Folgeverträgen	303
b) Neubewertung der Rechtswirksamkeit von Folgeverträgen und Kritik an der h.M.	304
2. Lösungsvorschlag zur Schließung der Schutzlücke	306
3. Zivilrechtlicher Schadensersatz	310
a) Schadensersatz über § 823 Abs. 2 BGB	310
b) Schadensersatz über § 823 Abs. 1 BGB	313
c) Zwischenergebnis	313
Resümee und Ausblick	314
Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse	317
Literaturverzeichnis	323