

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 Kundbeziehung | 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 Bewerbung | 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 |