

Die unzumutbare Belästigung nach der UWG Novelle 2008 und dem  
Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur  
Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen  
Vertriebsformen

Bearbeitet von  
Judith Antonia Loeck

1. Auflage 2011. Buch. 190 S. Hardcover  
ISBN 978 3 631 61099 2  
Format (B x L): 14,8 x 21 cm  
Gewicht: 350 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
A. Einführung .....	17
I. Ausgangslage und Problemstellung .....	17
II. Ziel der Arbeit .....	19
III. Gang der Darstellung.....	19
B. Historische Entwicklung der unzumutbaren Belästigungen unter UWG a.F. und UWG 2004.....	21
I. Überblick über die Rechtslage unter § 1 UWG a.F. ....	21
1. Fallgruppen belästigender Werbung .....	21
2. Rechtliche Bewertung der Fallgruppen .....	22
a) „Opt-out“-Prinzip bei Brief-, Briefkasten- und Haustür- werbung.....	22
b) „Opt-in“-Prinzip bei den übrigen Fallgruppen .....	23
3. Schutzrichtung des Verbots belästigender Werbung .....	23
II. Überblick über die Rechtslage unter UWG 2004 .....	24
1. UWG Novelle 2004 .....	24
a) Schutzzweck des UWG 2004.....	24
b) Zentraler Begriff der Wettbewerbshandlung.....	25
c) Generalklausel.....	25
d) Katalog unlauterer Wettbewerbshandlungen .....	25
aa) § 4 UWG 2004 .....	26
bb) §§ 5-7 UWG 2004 .....	26
2. Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund des § 7 UWG 2004.....	26
a) Anwendungsbereich und Schutzzweck der E-Datenschutz- richtlinie .....	27
b) Direktwerbung gegenüber natürlichen Personen.....	27
aa) „Opt-in“ für automatische Anrufmaschinen, Fax und elektronische Post.....	27
bb) Ausnahmetatbestand für elektronische Post .....	28
cc) „Opt-in“ oder „Opt-out“ für Telefonwerbung .....	28
c) Direktwerbung gegenüber juristischen Personen .....	29

d) Verbot anonymer Direktwerbung.....	30
3. Der Tatbestand der unzumutbaren Belästigungen in § 7 UWG	
2004.....	30
a) § 7 im Gefüge des UWG 2004.....	30
b) Systematik des § 7 UWG 2004.....	30
c) Materiell-rechtliche Aspekte.....	31
aa) Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG 2004.....	31
bb) Fallgruppen des § 7 Abs. 2 UWG 2004.....	31
cc) Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG 2004.....	32
dd) Normzweck des § 7 UWG 2004.....	32
C. UWG Novelle 2008 und das Gesetz gegen unerlaubte Telefonwerbung	
als Ausgangslage für die Beurteilung des § 7 UWG.....	35
I. Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund der UWG Novelle 2008.....	35
1. Anwendungsbereich und Schutzzweck der UGP-Richtlinie.....	35
2. Verbot unlauterer Geschäftspraktiken.....	36
3. Belästigung als aggressive Geschäftspraktik.....	37
4. Belästigung und Anhang I UGP-Richtlinie.....	38
5. Verhältnis zur E-Datenschutzrichtlinie.....	39
6. Ergebnis.....	40
II. Überblick über die UWG Novelle 2008.....	40
1. Gleichbleibender Schutzzweck des UWG.....	40
2. Geschäftliche Handlung statt Wettbewerbshandlung.....	41
3. Neue Generalklausel.....	42
a) Verbotstatbestand in § 3 Abs. 3 UWG.....	42
b) Verbotstatbestände in § 3 Abs. 1 und 2 UWG.....	43
4. Abkopplung von § 3 UWG.....	43
a) Abkopplung der §§ 4-6 UWG.....	43
b) Abkopplung des § 7 UWG.....	44
5. Aggressive geschäftliche Handlungen als Fälle von § 4 Nr. 1	
und 2 UWG.....	44
6. Irreführung gem. §§ 5, 5 a UWG.....	45
III. Überblick über die Gesetzesnovellierungen durch das Gesetz gegen	
unerlaubte Telefonwerbung.....	45
1. Änderungen zum UWG.....	45
2. Änderungen zum Telekommunikationsgesetz („TKG“)......	46
3. Änderungen zum Bürgerlichem Recht.....	46
D. Der neue Tatbestand des § 7 UWG.....	47
I. Neue Stellung des § 7 UWG im Gefüge des UWG.....	47

II. Neue Systematik des § 7 UWG .....	48
1. Generalklausel und Beispielsfall in § 7 Abs. 1 UWG.....	48
2. Per-se-Verbote in § 7 Abs. 2 UWG .....	48
3. Auswirkungen auf die systematische Herangehensweise bei der Rechtsanwendung.....	49
III. Per se verbotene unzumutbare Belästigungen .....	49
1. Telefonwerbung .....	50
a) Wirtschaftliche Relevanz bei fehlender Popularität .....	50
b) Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund.....	51
c) Einzahl- anstelle einer Mehrzahlformulierung.....	52
d) Begriff der Werbung .....	52
aa) Begriff der Werbung im Gemeinschaftsrecht.....	53
(1) E-Datenschutzrichtlinie .....	54
(2) UGP-Richtlinie .....	54
(3) Irreführungsrichtlinie.....	55
(4) Zwischenergebnis .....	56
bb) Auslegung des Begriffes der Werbung.....	56
(1) Schutzzweck von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG .....	56
(a) Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern.....	56
(b) Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern.....	58
(2) Nachfragemassnahmen als Absatzhandlungen .....	59
(3) Werbung als Hauptanwendungsfall der geschäftlichen Handlung .....	59
(4) Ergebnis.....	60
e) Anforderungen an die Einwilligung seitens des Verbrau- chers.....	60
aa) Vorherige Einwilligung .....	60
bb) Ausdrückliche vorherige Einwilligung.....	60
(1) Maßgeblicher gemeinschaftsrechtlicher Begriff der Einwilligung .....	62
(2) Richtlinienkonforme Auslegung.....	63
(3) Vereinbarkeit mit der unter UWG 2004 herrschen- den Meinung.....	65
(a) Analyse der Rechtsprechung zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG 2004.....	65
(b) Beurteilung unter § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG .....	67
(c) Bewertung und Zwischenergebnis.....	68
(4) Ausdrücklichkeitserfordernis als Präzisierung oder als materiell-rechtliche Verschärfung? .....	68

(5) Vereinbarkeit mit Art. 13 Abs. 3 E-Datenschutzrichtlinie.....	70
(6) Bewertung.....	70
(7) Zusammenfassung der Ergebnisse.....	71
f) Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung durch eine vorformulierte Einwilligungserklärung.....	72
aa) Anwendung der §§ 305 ff. BGB.....	73
bb) Bisherige Rechtsprechung des BGH.....	73
cc) Bewertung der bisherigen Rechtsprechung.....	74
dd) Payback-Urteil des BGH.....	76
(1) Klarstellung der verwendeten Begrifflichkeiten „Opt-in“ und „Opt-out“.....	76
(2) Übertragbarkeit der Grundsätze auf die Telefonwerbung?.....	77
(3) Kriterien nach dem Payback-Urteil.....	79
(4) Weitere zwingende Kriterien?.....	80
(5) Exkurs: Einwilligung i.S.d. § 4 a BDSG und i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG.....	81
ee) Zusammenfassung der Ergebnisse.....	83
g) Mutmaßliche Einwilligung seitens sonstiger Marktteilnehmer.....	84
h) Auswirkungen der Konzeption als Per-se-Verbot.....	84
aa) Wegfall der Bagatellschwelle.....	84
bb) Wegfall der Unzumutbarkeitsprüfung.....	85
cc) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	86
i) Zusammenfassung der Ergebnisse.....	87
2. Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post.....	88
a) Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund.....	88
b) Werbung per elektronischer Post – Begriffsbestimmung und wirtschaftliche Relevanz.....	88
c) Werbung unter Verwendung eines Faxgerätes – Begriffsbestimmung und wirtschaftliche Relevanz.....	89
d) Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine – Begriffsbestimmung und wirtschaftliche Relevanz.....	89
e) Begriff der Werbung.....	90
aa) Schutzzweck von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.....	90
bb) Schutzbedürfnis des Empfängers.....	91

cc)	Begriff der Werbung und Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung .....	91
f)	Vorherige ausdrückliche Einwilligung des Werbeadressaten .....	92
aa)	Vorherige ausdrückliche Einwilligung seitens des Verbrauchers .....	92
bb)	Vorherige ausdrückliche Einwilligung seitens sonstiger Marktteilnehmer .....	93
(1)	Richtlinienkonforme Auslegung .....	93
(2)	Vereinbarkeit mit der unter UWG 2004 herrschenden Auffassung .....	94
(a)	Konkludente Einwilligung in der BGH Rechtsprechung .....	94
(b)	BGH-Rechtsprechung im Spiegel der heutigen Rechtslage .....	95
(aa)	Angabe der Telefaxnummer in einem öffentlichen Verzeichnis .....	96
(bb)	Angabe der E-Mail-Adresse auf der Website .....	97
(c)	Bewertung .....	98
(d)	Ergebnis .....	99
cc)	Wirksame Einwilligung eines Verbrauchers per AGB nach den Grundsätzen des Payback-Urteils .....	99
g)	Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG .....	100
h)	Auswirkungen der Konzeption als Per-se-Verbot .....	101
aa)	Wegfall der Bagatellschwelle .....	101
bb)	Wegfall der Unzumutbarkeitsprüfung .....	102
i)	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	103
3.	Anonyme elektronische Werbung .....	104
4.	Werbung mit sonstigen Fernkommunikationsmitteln .....	104
a)	Anwendungsbereich .....	105
aa)	Briefwerbung gegenüber Verbrauchern – Begriff und wirtschaftliche Bedeutung .....	106
bb)	Briefkastenwerbung gegenüber Verbrauchern – Begriff und wirtschaftliche Bedeutung .....	106
b)	Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund .....	106
c)	Systemwidrige Umsetzung von Nr. 26 S. 1 Anhang I UGP-Richtlinie in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG? .....	107

aa)	Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie und Eignung zur Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit .....	108
	(1) Fehlende Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit.....	108
	(2) Eignung der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Hartnäckigkeit.....	109
	(3) Stellungnahme .....	109
	(4) Zwischenergebnis.....	110
bb)	Konsequenz .....	110
	(1) Erweiterung des Anwendungsbereiches der UGP-Richtlinie?.....	111
	(2) Systemwidrigkeit des Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie in der UGP-Richtlinie .....	111
cc)	Ergebnis.....	112
d)	Behandlung nicht-hartnäckiger, erkennbar unerwünschter Werbung.....	112
aa)	Reichweite der Regelungswirkung von Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG und § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG.....	113
bb)	Verstoß gegen das Vollharmonisierungsgebot? .....	113
cc)	Zwischenergebnis.....	114
dd)	Bewertung .....	115
e)	Begriff der Werbung .....	115
f)	Ausreißerproblematik im Spiegel der fehlenden Anwendung der Bagatellschwelle .....	116
g)	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	116
IV.	Bestimmung des Normzwecks von § 7 UWG.....	117
1.	Schutz der privaten und beruflichen Sphäre .....	117
2.	Schutz von Besitz, Eigentum und sonstigen Ressourcen .....	118
3.	Schutz vor Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit .....	119
4.	Ergebnis .....	120
V.	Kleine Generalklausel und Beispielstatbestand in § 7 Abs. 1 UWG....	121
1.	Kleine Generalklausel.....	121
a)	Anwendungsbereich.....	121
b)	Geschäftliche Handlung.....	122
aa)	Erfordernis einer objektiven Zielrichtung der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung?.....	122
bb)	Geschäftliche Handlung und außergeschäftliche Belästigungen .....	124

c)	Unzumutbare Belästigung.....	124
aa)	Belästigung.....	124
bb)	Unzumutbarkeit der Belästigung.....	125
(1)	Unzumutbarkeit als spezielle Bagatellschwelle.....	126
(2)	Behandlung von Ausreißerfällen.....	127
d)	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	128
2.	§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG als Beispielstatbestand.....	129
a)	Entstehungsgeschichte.....	129
b)	Anwendungsbereich.....	130
c)	Anwendbarkeit der Unzumutbarkeitsschwelle.....	130
VI.	Fallgruppen des § 7 Abs. 1 UWG.....	130
1.	Ansprechen in der Öffentlichkeit.....	131
a)	Begriff und wirtschaftliche Relevanz.....	131
b)	Regelungen in der UGP-Richtlinie.....	131
aa)	Erwägungsgrund 7 UGP-Richtlinie.....	131
bb)	Kriterien nach Art. 9 lit. c) UGP-Richtlinie.....	132
c)	Grundsätzliche Bewertung nach § 7 Abs. 1 UWG.....	132
aa)	Unzulässigkeit bei nicht eindeutiger Erkennbarkeit des Werbenden.....	133
bb)	Grundsätzliche Zulässigkeit bei eindeutiger Erkenn- barkeit des Werbenden.....	133
cc)	Kein Fall des § 4 Nr. 1 und 2 UWG.....	134
d)	Ansprechen am Unfallort.....	134
e)	Bewertung.....	135
f)	Auswirkungen der Abkopplung von § 3 UWG.....	135
g)	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	136
2.	Haustürwerbung.....	136
a)	Begriff und wirtschaftliche Relevanz.....	136
b)	Regelung in der UGP-Richtlinie.....	137
c)	Umsetzung in das UWG.....	137
d)	Verbleibender Anwendungsbereich für § 7 Abs. 1 UWG.....	138
e)	Haustürwerbung im Spiegel der aktuellen Rechtslage.....	138
aa)	Geltung des „Opt-out“-Prinzips unter § 1 UWG a.F. und § 7 Abs. 1 UWG 2004.....	138
bb)	Bewertung.....	139
f)	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	141
3.	Zusendung unbestellter Waren.....	142
a)	Wirtschaftliche Bedeutung.....	142
b)	Regelung in der UGP-Richtlinie.....	142
c)	Umsetzung in das UWG.....	142

d)	Verbleibender Anwendungsbereich für § 7 UWG .....	143
aa)	Zusendung unbestellter Waren an Verbraucher ohne jede Aufforderung .....	143
bb)	Zusendung unbestellter Waren an sonstige Marktteilnehmer .....	144
(1)	Zusendung mit Aufforderung .....	144
(2)	Zusendung ohne jede Aufforderung .....	144
e)	Bewertung .....	144
f)	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	145
4.	Scheibenwischerwerbung .....	145
5.	Jüngere Formen unzumutbarer Belästigungen.....	146
a)	Werbung im Internet .....	146
aa)	Exit-Pop-Up-Fenster .....	146
bb)	Metatags .....	146
b)	Slamming .....	147
c)	Duftwerbung .....	148
6.	Zusammenfassendes Ergebnis .....	149
E.	Rechtsfolgen der Zuwiderhandlung gegen § 7 UWG.....	151
I.	Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. UWG als Ordnungs- widrigkeit .....	151
1.	Die Regelung des § 20 UWG .....	151
2.	Bewertung des § 20 UWG.....	152
a)	§ 20 UWG als Systembruch .....	152
b)	Sonderbehandlung der Telefonwerbung .....	153
c)	§ 20 UWG als „Symbolgesetz“? .....	154
d)	Ergebnis .....	155
II.	Ansprüche betroffener Verbraucher .....	155
1.	Keine individualrechtlichen Ansprüche nach dem UWG.....	155
a)	Ablehnung im Rahmen der UWG Novelle 2004 .....	156
b)	Ablehnung im Rahmen der UWG Novelle 2008 .....	156
c)	Kollektivrechtlicher Schutz.....	157
2.	Ansprüche nach dem allgemeinen Deliktsrecht.....	157
a)	Allgemeines .....	157
b)	Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 UWG?.....	158
aa)	§ 7 UWG als Schutzgesetz? .....	158
bb)	Entgegenstehender Wille des Gesetzgebers .....	159
cc)	Ergebnis.....	161
c)	Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB .....	161
aa)	Telefon-, Telefax- und E-Mail-Werbung .....	161

bb) Brief- und Briefkastenwerbung .....	162
cc) Ansprechen in der Öffentlichkeit .....	163
dd) Haustürwerbung .....	163
ee) Wille des Gesetzgebers .....	163
d) Ergebnis .....	164
3. Verlagerung des Belästigungsschutzes in das allgemeine Deliktsrecht? .....	164
a) Beschränkter Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie .....	164
b) Einheitliche lauterkeitsrechtliche Beurteilung belästigender Handlungen .....	165
c) Begriff der geschäftlichen Handlung als richtiges Abgren- zungsmerkmal .....	166
d) Vermeidung der Aufspaltung einheitlicher Fallgruppen .....	166
e) Ergebnis .....	167
4. Zusammenfassendes Ergebnis .....	167
III. Ansprüche von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern .....	168
1. Mitbewerberansprüche nach dem UWG .....	168
2. Ansprüche nach dem allgemeinen Deliktsrecht .....	168
a) Allgemeines .....	168
b) Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 UWG? .....	169
aa) Mitbewerber .....	169
bb) Sonstige Marktteilnehmer .....	170
c) Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB .....	171
aa) Mitbewerber .....	171
bb) Sonstige Marktteilnehmer .....	172
(1) Betriebsbezogenheit des Eingriffs .....	173
(2) Rechtswidrigkeit des Eingriffs .....	174
cc) Ergebnis .....	174
d) Verhältnis der Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 UWG .....	174
e) Zusammenfassendes Ergebnis .....	175
F. Zusammenfassung .....	177
Literaturverzeichnis .....	185