

## Professor Dr. Peter Krebs

### Arbeitsgliederung - UWG

## Unlauterkeit aufgrund unzumutbarer Belästigung, § 7 UWG

§ 7 UWG konkretisiert das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit nach § 3 UWG. Unlauter sind demnach Belästigungen von Marktteilnehmern, die ein zumutbares Maß übersteigen.

### A Regelbeispiele unzumutbarer Belästigung, § 7 Abs. 2 UWG

#### I. Anonyme elektronische Werbung, § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG

Werbung: Die Konkretisierung des Begriffs Werbung ergibt sich aus Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (RL 84/450/EWG: „jede **Äußerung** bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem **Ziel**, den **Absatz** von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen **zu fördern**“).

- a) Äußerung: Jede verbale oder nonverbale, öffentliche oder individuelle Aussage. Auch das zu Eigen machen der Äußerungen Dritter fällt unter Werbung.
- b) Erforderlichkeit eines funktionellen Zusammenhangs mit einer unternehmerischen (selbständigen, wirtschaftlichen) Tätigkeit.
- c) Zweck der Äußerung muss die Absatzförderung sein. Dieses Merkmal ist weit zu fassen, so dass auch reine Aufmerksamkeitswerbung sowie u. U. bloße Kritik an Konkurrenten oder deren Produkten hierunter fällt, da dies letztlich der Absatzförderung dient.
- d) § 7 Abs. 2 Nr. 1 ist auf Individualwerbung, d.h. gezielte Werbung gegenüber Einzelpersonen, beschränkt („Empfänger“).

#### 2. Mit Nachrichten (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG)

#### 3. Verschleierung oder Verheimlichung der Identität des Werbenden:

- Verheimlichung: Nicht-Angabe der Identität.
- Verschleierung: Falsch-Angabe der Identität.

- Identitätsangabe erfordert den konkreten Namen des verantwortlichen Werbernden (die Angabe eines handelnden Auftragnehmers – z.B. Call-Center – ist weder ausreichend noch erforderlich).
- 4. Fehlen einer gültigen Adresse, an die der Werbeadressat eine Aufforderung zur Einstellung richten kann:
  - Überhaupt keine Angabe einer Adresse.
  - Angabe einer falschen oder nicht empfangsbereiten Adresse.
- 5. Angabe einer Adresse, bei der jedoch Kosten entstehen, die über den Basistarifen liegen.
- 6. Art. 13 Abs. 4 der RL 2002/58/EG kennt keine Bagatellgrenze, weshalb hier das Problem besteht, ob auf diese Voraussetzung des § 3 UWG verzichtet werden soll, sie stets als gegeben zu unterstellen ist oder aber als ungeschriebene europäische Voraussetzung über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu legitimieren ist.
- II. Werbung unter Verwendung automatischer Anrufmaschinen, Faxgeräten und elektronischer Post, § 7 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 UWG.
  1. Werbung: Begriffskonkretisierung in Art. 2 Nr. 1 RL 84/450/EWG (s.o. A. I.1.)
  2. Unter Verwendung von
    - a) Automatischen Anrufmaschinen: Anrufen des Werbeadressaten durch sog. Voice-Mail-Systeme in automatisierten Verfahren und Senden einer vorausgezeichneten Werbebotschaft nach Entgegennahme des Anrufs.
    - b) Faxgeräten (Telefax-Werbung) oder
    - c) Elektronischer Post: „jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird“ (Art. 2 S. 2 lit. h RL 2002/58/EG).
  3. Ohne vorliegende Einwilligung
    - a) Für den konkreten Fall erteilt und in Kenntnis der Sachlage, d.h. der Betroffene muss wissen, worauf sich die Einwilligung bezieht.
    - b) Vorliegend: die Einwilligung muss vor der Werbeansprache erteilt sein.
  4. Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG: Die Regelung lässt die Unlauterkeitsvermutung entfallen. Liegen die Merkmale vor, so ist die Unlauterkeit nach anderen Vorschriften jedoch nicht ausgeschlossen. § 7 Abs. 3 UWG ist restriktiv zu handhaben. Voraussetzungen:

- a) Erlangung der Adresse (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG):
- Vom Kunden selbst erhalten haben, nicht etwa von Kooperationspartnern oder auf andere Weise.
  - Zusammenhang mit einem Verkauf, d.h., es muss ein Vertrag gegeben sein. Verkauf meint nicht den Kauf i.S.d. BGB, sondern umfasst alle Austauschverhältnisse. Erlangung aufgrund bloßer Informationsanfragen beispielsweise reicht nicht.
- b) Direktwerbung für eigene ähnliche Waren/Dienstleistungen (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG):
- Die Werbung muss von dem Geschäftspartner selbst veranlasst sein; Werbung durch z.B. Konzernunternehmen ist nicht zulässig.
  - Auch Werbung für fremde Unternehmen und deren Leistungen ist unzulässig.
  - Die beworbenen Leistungen müssen dem gleichen erkennbaren oder typischen Verwendungszweck bzw. Bedarf des Adressaten entsprechen.
- c) Kein Widerspruch (§ 7 Abs. 3 Nr. 3 UWG)
- d) Information über die Widerspruchsmöglichkeit (§ 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG):
- Benennung einer Kontaktadresse für den Widerspruch in klarer und deutlicher Form, d.h., inhaltlich verständlich und bestimmt sowie nicht an versteckter Stelle.
  - Benennung sowohl bei Erhebung als auch bei Verwendung der Adresse.
  - Die Kosten für den Widerspruch dürfen nicht über den Basistarifen liegen (z.B. keine 0190-Nummern).
5. Keine sonstigen Umstände, die die Unlauterkeitsvermutung im Einzelfall dennoch entfallen lassen (nur bei Empfängern, die keine natürlichen Personen sind, also gegenüber Vereinen oder im Geschäftsverkehr).
6. Art. 13 der RL 2002/58/EG kennt keine Bagatellgrenze, weshalb hier das Problem besteht, ob auf diese Voraussetzung des § 3 UWG verzichtet werden soll, sie stets als gegeben zu unterstellen ist oder aber als ungeschriebene europäische Voraussetzung über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu legitimieren ist.
- III. Individuelle Telefonwerbung, § 7 Abs. 2. Nr. 2 UWG
1. Telefonanrufe: Nur individuelle mündliche Kommunikation (Verwendung von automatischen Anrufmaschinen bzw. sms fällt nicht unter § 7 Abs. 2 Nr. 2 sondern unter Nr. 3 bzw. Nr. 4).
  2. Werbung: Begriffskonkretisierung in Art. 2 Nr. 1 RL 84/450/EWG (s.o. A.I.1.)

3. Fehlende Einwilligung des Angerufenen:

a) Bei Verbrauchern als Adressaten des Anrufs:

- Verbraucher, § 2 Abs. 2 UWG i.V.m. § 13 BGB: Bezweckt ist vor allem (aber nicht nur) ein Schutz der Privatsphäre, somit sind Anrufe unter einer Privatnummer grundsätzlich darunter zu fassen.
- Ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Einverständnisses: Eine konkludente Einwilligung kann z.B. in der Angabe der Telefonnummer auf Formularen liegen.
- Vorheriges Einverständnis des Angerufenen mit dem Anruf: Zeigt sich der Angerufene erst während des Gespräches mit dem Anruf einverstanden, so reicht dies nicht.

b) Bei sonstigen Marktteilnehmern als Adressaten des Anrufs:

- Sonstige Marktteilnehmer sind alle Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG), die nicht Mitbewerber oder Verbraucher sind.
- Tatsächliche Erklärung des Einverständnisses (ausdrücklich/konkludent)

oder

- mutmaßliche Einwilligung: erfordert, dass auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen vermutet werden kann. Eine allgemeine Sachbezogenheit ist nicht ausreichend.

Abzustellen ist auch hier auf die Umstände vor dem Anruf.

4. Keine Umstände, die die Unlauterkeitsvermutung im Einzelfall dennoch entfallen lassen (nur bei Empfängern, die keine natürlichen Personen sind).

IV. Erkennbar unerwünschte Werbung, § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

1. Werbung: Begriffskonkretisierung in Art. 2 Nr. 1 RL 84/450/EWG (s.o. A.I.1.)

2. Erkennbarkeit: Der Empfänger muss den entgegenstehenden Willen in einer Weise zum Ausdruck gebracht haben, dass der Werbende bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt diesen erkennen kann. Dies kann vor der Werbung (z.B. Aufkleber auf einem Briefkasten, Eintragung in Robinsonliste zu dieser vgl. für den elektronischen Geschäftsverkehr Art. 7 Abs. 2 RL 2000/31 EG) oder erst während der Werbung (Aufforderung an einen Vertreter) geschehen.

(Hinweis: Der Umkehrschluss, dass Werbung solange zulässig ist, als kein entgegenstehender Wille geäußert wurde, ist nicht ohne weiteres möglich, vgl. die Spezialtatbestände).

3. keine Umstände, die die Unlauterkeitsvermutung im Einzelfall dennoch entfallen lassen (nur bei Empfängern, die keine natürlichen Personen sind).

## **B Sonstige unzumutbare Belästigung, § 7 Abs. 1 UWG**

§ 7 Abs. 2 UWG ist nicht abschließend. Belästigende Wettbewerbshandlungen, die nicht unter die Regelbeispiele fallen, können nach § 7 Abs. 1 unlauter sein:

- I. **Belästigung**  
Wettbewerbsmethoden, die bereits wegen der Art und Weise des Herantretens an andere Marktteilnehmer von den Adressaten als Beeinträchtigung der privaten oder beruflichen Sphäre empfunden werden. Auf den Inhalt kommt es dabei nicht an.
- II. **Marktteilnehmer**  
Die Schutzrichtung ist **nicht auf Verbraucher beschränkt**, sondern umfasst sämtliche Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG).
- III. **In unzumutbarer Weise**  
Es genügt nicht schon jede geringfügige Belästigung, da jede Werbung in einem gewissen Grad einer Belästigung darstellt. Erfasst sind die Fälle, in denen sich die Belästigung zu einer solchen Intensität verdichtet hat, dass sie **von einem großen Teil der durchschnittlich empfindlichen Marktteilnehmer als unerträglich empfunden wird** (z.B. Ansprechen in der Öffentlichkeit durch Werber, die nicht als solche zu erkennen sind, BGH WRP 2004, 1160 – Ansprechen in der Öffentlichkeit I).
- IV. **Fallgruppen**  
Ansprechen in der Öffentlichkeit, Haustürwerbung (jeweils nur unter qualifizierten Voraussetzungen unlauter), Zusendung unbestellter Waren, aufdringliche Werbung in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit einem Todesfall.