

Januar 2009

UWG NOVELLE 2008

I. Einleitung

Am 30. Dezember 2008 trat die Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG 2008) in Kraft¹. Das Gesetz setzt die Vorgaben der EU-Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 (UGP-Richtlinie) um. Dies hätte gemäß Art. 19 dieser Richtlinie schon spätestens zum 12. 06. 2007 geschehen sollen.

Bisher war die Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG von 1997 wesentlicher Kern des europäischen Lauterkeitsrechts. Diese Richtlinie galt sowohl im Verhältnis Unternehmer zum Verbraucher wie auch im Bereich Unternehmen zu Unternehmen. Die UGP-Richtlinie über die unlauteren Geschäftspraktiken bezieht als wesentlichen Bestandteil die irreführende Werbung mit ein, die zugleich die vergleichende Werbung regelt und gilt nun nur noch im Verhältnis der Verbraucher zu den Unternehmen. Soweit die irreführende und zugleich vergleichende Werbung zwischen von Unternehmen betroffen ist, regelt dies nun die Richtlinie 2006/116/EG vom 12. 12. 2006.

Der Gesetzgeber wollte daran festhalten, die speziell das Lauterkeitsrecht betreffenden Vorschriften des Mitbewerberschutzes und des Verbraucherschutzes in einem einheitlichen Gesetz zusammenzufassen. Dieser integrierte Ansatz trägt nach Auffassung des Gesetzgebers dem Umstand Rechnung, dass das Verhalten von Unternehmen am Markt im Prinzip unteilbar ist. Denn durch ein unlauteres Verhalten werden Verbraucher und Mitbewerber im Regelfall gleichermaßen geschädigt. Sowohl Verbraucher als auch Mitbewerber erwarten daher die Einhaltung bestimmter Regeln der Lauterkeit im Geschäftsverkehr².

Zentraler Regelungsinhalt der UGP-Richtlinie sind das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken (Art. 5), irreführender Handlungen (Art. 6) und irreführender Unterlassungen (Art. 7), die nun in §§ 3, 5 und 5a UWG ihren Niederschlag finden sowie ein umfangreicher Anhang über unzulässige geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern.

Unter „Geschäftspraktiken“ versteht die UGP-Richtlinie nach Art. 2 d) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle

¹ BGBl. I 2008, S.2949 ff.

² BTDRs. 16/10145 S. 11

Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden zwischen Unternehmen und Verbrauchern im Geschäftsverkehr, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.

Das UWG übernimmt dafür in seiner neuen Fassung den Begriff der „geschäftlichen Handlung“ als jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, während oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Übergang von der „Wettbewerbshandlung“ zur „geschäftlichen Handlung“ ist nur eine terminologische Anpassung. Inhaltlich sind 3 verschiedene Änderungen erfolgt:

Anstatt des bisherigen subjektiven Merkmals des „Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§ 2 Nr. 1 UWG a. F.) kommt es nur noch auf einen objektiven Zusammenhang zwischen dem Verhalten und der Absatzförderung bzw. dem Abschluss oder der Durchführung des Vertrages an³. Neu ist auch, dass künftig auch Wettbewerbshandlungen „nach Vertragsabschluss“ erfasst werden⁴. Damit ist die bisherige Rechtsprechung überholt, die aus dem Merkmal „Absatzförderung“ geschlossen hatte, eine Wettbewerbshandlung sei im Regelfall mit dem Vertragsabschluss beendet und umfasse nur ausnahmsweise auch Handlungen nach Vertragsschluss, wenn es der Unternehmer von vornherein auf Kundentäuschung abgesehen hatte⁵. Zuletzt wird die Wettbewerbshandlung nicht mehr als Handlung sondern als „Verhalten“ qualifiziert, um zum Ausdruck zu bringen, dass nicht nur positives Tun, sondern auch Unterlassen in Betracht kommt⁶.

II. § 3 - Verbot des unlauteren Wettbewerbs

Die Umsetzung des Kernverbots unlauterer Geschäftspraktiken des Art. 5 der UGP-Richtlinie erfolgt in § 3 UWG. Der Wortlaut:

„Danach sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe

³ BTDRs. 16/10145 S. 12

⁴ BTDRs. 16/10145 S. 12

⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm – Köhler 26. A. 2008 § 2 Rz. 48 m.w.N.

⁶ Sosnitza WRP 2008, 1014 [1016]

betrifft.

Die in einem besonderen Anhang zum UWG aufgeführten geschäftlichen Handlungen sind stets unzulässig."

§ 3 Absatz 1 UWG gilt damit als weite Generalklausel sowohl für den business to business – Bereich (b2b) als auch den business to consumer – Bereich (b2c), während § 3 Absatz 2 UWG die Generalklausel deutlich an Art. 5 Abs.5 der UGP-Richtlinie anlehnt und nur das Verhältnis b2c betrifft. Die b2c Liste im Anhang zum UWG gilt unabhängig von § 3 Absatz 1 UWG. Sie enthält geschäftliche Handlungen, die unter allen Umständen, d. h. auch dann als unlauter anzusehen und damit unzulässig sind, wenn die Erheblichkeitsschwelle im Sinne einer spürbaren Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen nicht überschritten wird⁷.

III. § 4 - Beispiele unlauteren Wettbewerbs

§ 4 Nr. 2 UWG 2008 wird neu gefasst. Die Vorschrift wird um die Begriffe „geistige und körperliche Gebrechen“ sowie „das Alter“ ergänzt. Unlauter handelt jetzt, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen.

Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Artikel 5 Abs. 3 der Richtlinie diese Begriffe ausdrücklich nennt. Im Übrigen bleibt § 4 UWG in seinem Wortlaut unverändert.

IV. § 5 - Irreführende geschäftliche Handlungen

§ 5 setzt nun Artikel 6 der UGP-Richtlinie um und regelt nun „Irreführende geschäftliche Handlungen.“ Abweichend vom geltenden Recht knüpft das Gesetz dabei nicht mehr an den Begriff der „Werbung“ an, sondern an den der „geschäftlichen Handlung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008). Die Reichweite der Irreführungstatbestände wird an den in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Richtlinie erweiterten Anwendungsbereich des Gesetzes angepasst. Im Ergebnis, ähnlich wie bisher, hängt die Unzulässigkeit einer unlauteren geschäftlichen Handlung von ihrer Eignung ab, die Interessen der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen.

V. § 5a - Irreführung durch Unterlassen

§ 5a regelt die Irreführung durch Unterlassen und übernimmt damit Art. 7 der UGP-Richtlinie. Im UWG findet sich dazu bisher nur ein Satz (§ 5 Abs. 2 Satz 2 UWG). Angesichts der zahlreichen Details der gemeinschaftsrechtlichen Regelung erscheint eine entsprechende Ergänzung des UWG geboten.

⁷ BTDRs. 16/10145 S. 16

Ob nach dem Wortlaut des § 5a UWG das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, richtet sich insbesondere nach deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung sowie nach der Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung. Unlauter handelt, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des Anhangs zum UWG dadurch beeinflusst, dass er wesentliche Informationen vorenthält.

Dazu gehören

- alle wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung, die Identität und Anschrift des Unternehmers, gegebenenfalls die Identität und Anschrift des Unternehmers, für den er handelt;
- der Endpreis, in besonderen Fällen die Art der Berechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- und Zustellkosten oder die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können;
- Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, soweit sie von Erfordernissen der fachlichen Sorgfalt abweichen, und das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf.
- Als wesentlich gelten auch Informationen, die dem Verbraucher auf Grund gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen oder nach den Rechtsvorschriften zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen.

VI. § 7 - Unzumutbare Belästigungen

§ 7 UWG 2008 präzisiert § 7 UWG 2004. § 7 regelt vor allem die unzumutbare Belästigung durch Werbeanrufe. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Werbeanrufe gegenüber einem Verbraucher werden dahingehend präzisiert, dass solche Werbeanrufe der ausdrücklichen vorherigen Einwilligung des Verbrauchers bedarf und damit ein stillschweigendes Einverständnis, auf das nur auf Grund des sonstigen Verhaltens des Verbrauchers geschlossen werden kann, nicht ausreicht. Für Werbeanrufe gegenüber sonstigen Marktteilnehmern genügt weiterhin eine zumindest mutmaßliche Einwilligung. Das Erfordernis der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung gilt auch für Werbung mit Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post. Keine unzumutbare Belästigung liegt vor, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat, der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. Diese Regelung entspricht den Vorgaben der Richtlinie 2002/58/ EG über die Verarbeitung

personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation⁸

VII. Künftige Anwendung der Generalklausel

Bisher waren die §§ 4 bis 7 UWG 2004 durch ihren Hinweis „ Unlauter im Sinne des § 3 UWG handelt insbesondere...“ an die Generalklausel des § 3 UWG gekoppelt. Die Angabe „...unlauter im Sinne von § 3 handelt...“ ist gestrichen worden, weil sie den unzutreffenden Eindruck erweckt, § 3 UWG definiere den Begriff der Unlauterkeit. Tatsächlich ergeben sich aus § 3 UWG aber nur die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine unlautere Handlung unzulässig ist⁹

Die Rechtsprechung wird künftig zu klären haben, welche im UWG 2008 in den einzelnen Vorschriften nicht explizit genannten Fälle von der Generalklausel des § 3 UWG erfasst werden sollen, welche geschäftliche Handlungen, soweit der Verbraucher betroffen ist, die nicht unter den Anhang zu § 3 Absatz 3 UWG fallen, möglicherweise im konkreten Einzelfall dennoch unzulässig sind, welche und warum in diesen Einzelfällen erhöhte Anforderungen an die fachliche Sorgfalt des Unternehmers zu stellen sind und warum sie geeignet sind, den Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen.

VIII. Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG 2008

§ 3 III UWG 2008 enthält als Anhang einen Katalog von 30 Beispielen unlauteren Verhaltens. Danach sind folgende geschäftliche Handlungen, soweit sie gegenüber Verbrauchern vorgenommen werden, stets unzulässig:

1. die unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören;

Es braucht dabei nicht ausdrücklich behauptet zu werden, die dort verankerten Standards würden eingehalten. Denn der Verkehr erwartet dies auch schon auf Grund der bloßen Bezugnahme auf die Unterzeichnereigenschaft. Damit steht die Regelung im Einklang mit der Rechtsprechung zur Werbung mit bestimmten Normen¹⁰.

2. die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung;

Die Erfüllung des Irreführungstatbestands hängt nicht davon ab, ob die angebotenen Waren oder Dienstleistungen die durch das Zeichen verbürgte Qualität aufweisen. Der Vorwurf knüpft allein an die Behauptung an, zu den autorisierten Zeichennehmern zu gehören.

⁸ Siehe hierzu § 28 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften Fassung vom 10. 12. 2008

⁹ So BT Drs. 16/10145 S. 22

¹⁰ BT Drs. 16/10145 S. 31

3. die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt;

Unzulässig ist die Behauptung nur, wenn diese Behauptung nicht der Wahrheit entspricht.

4. die unwahre Angabe, ein Unternehmer, eine von ihm vorgenommene geschäftliche Handlung oder eine Ware oder Dienstleistung sei von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden, oder die unwahre Angabe, den Bedingungen für die Bestätigung, Billigung oder Genehmigung werde entsprochen;

Die unwahren Angaben beinhalten zwei Varianten: 1. Falsche Behauptung in Bezug auf das Unternehmen oder das Produkt und 2. Falsche Behauptung in Bezug auf die Verkaufsmaßnahme.

5. Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer nicht darüber aufklärt, dass er hinreichende Gründe für die Annahme hat, er werde nicht in der Lage sein, diese oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge zum genannten Preis bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen (Lockangebote). Ist die Bevorratung kürzer als zwei Tage, obliegt es dem Unternehmer, die Angemessenheit nachzuweisen;

Umfasst sind Angebote von Waren oder Dienstleistungen, die zu einem bestimmten Preis angeboten werden, ohne dass der Unternehmer darüber aufklärt, hinreichende Gründe für die Annahme zu haben, dass er nicht in der Lage sein werde, diese oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen zu diesem Preis für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge vorhalten zu können¹¹ (sog. Lockangebote).

In Abgrenzung zu der folgenden Nr. 6 ist der Begriff „gleichartige Waren oder Dienstleistungen“ eng auszulegen. Gleichartigkeit liegt nur vor, wenn die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich gleichwertig und aus Sicht des Verbrauchers austauschbar sind. Dabei können auch subjektive Gesichtspunkte, wie der Wunsch nach Erwerb eines bestimmten Markenprodukts, eine Rolle spielen.

Satz 2 regelt die Darlegungs- und Beweislastverteilung hinsichtlich der Angemessenheit des maßgeblichen Zeitraums. Danach obliegt es dem Unternehmer, die Angemessenheit des Zeitraums der Bevorratung darzulegen und zu beweisen, wenn der von ihm angenommene Bevorratungszeitraum zwei Tage unterschreitet. Damit wird der in der aufgehobenen Vorschrift des § 5 Abs. 5 UWG enthaltene Bevorratungszeitraum von zwei Tagen übernommen, soweit diese Zweitagesfrist auch dort schon als Darlegungs- und Beweislastregelung zu verstehen war.

¹¹ BTDRs. 16/10145 S. 31

6. Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer sodann in der Absicht, stattdessen eine andere Ware oder Dienstleistung abzusetzen, etwas Fehlerhaftes vorführt oder sich weigert zu zeigen, was er beworben hat, oder sich weigert, Bestellungen dafür anzunehmen oder die beworbene Leistung innerhalb einer vertretbaren Zeit zu erbringen;

Gemeint ist eine weitere Form von Lockangeboten, die darauf abzielen, andere als die beworbenen Waren oder Dienstleistungen abzusetzen. Gemeint ist die „Bait-and-Switch-Technik¹², bei der die Bevorratung des beworbenen Produkts keine Rolle spielt. Stattdessen setzt der Händler darauf, den Kunden umzudrehen, d. h. von dem beworbenen Produkt abzubringen und mit einem andere Produkt anzulocken. Unerheblich ist, ob es sich bei den beworbenen Leistungen um Sonderangebote handelt¹³.

7. die unwahre Angabe, bestimmte Waren oder Dienstleistungen seien allgemein oder zu bestimmten Bedingungen nur für einen sehr begrenzten Zeitraum verfügbar, um den Verbraucher zu einer sofortigen geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, ohne dass dieser Zeit und Gelegenheit hat, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden;

Es handelt sich um Fälle der Ausübung „psychologischen Kaufzwangs“ (auch „psychischer Kaufzwang“ genannt) durch übertriebenes Anlocken. Die wahrheitswidrige Behauptung, die Ware oder Dienstleistung stünde nur für einen begrenzten Zeitraum zur Verfügung, zwingt den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung und nimmt ihm damit die Möglichkeit, sich mit dem Angebot sachlich auseinanderzusetzen und seine unbeeinflusste informierte Entscheidung zu treffen.

8. Kundendienstleistungen in einer anderen Sprache als derjenigen, in der die Verhandlungen vor dem Abschluss des Geschäfts geführt worden sind, wenn die ursprünglich verwendete Sprache nicht Amtssprache des Mitgliedstaats ist, in dem der Unternehmer niedergelassen ist; dies gilt nicht, soweit Verbraucher vor dem Abschluss des Geschäfts darüber aufgeklärt werden, dass diese Leistungen in einer anderen als der ursprünglich verwendeten Sprache erbracht werden;

Es ist unzulässig, die Kundendienstleistungen in einer anderen Sprache zu erbringen als in der Sprache der Vertragsverhandlungen, wenn die Vertragsverhandlungen nicht in der Sprache des Mitgliedstaates der Niederlassung des Unternehmers geführt wurden. Die Irreführung besteht in der enttäuschten Erwartung des Verbrauchers, auch die Kundendienstleistungen würden in der von der Landessprache des Unternehmers abweichenden, vor dem Abschluss des Geschäfts verwendeten Sprache erbracht.

Nicht erfasst ist zum einen der Fall, dass die Vertragsverhandlungen in der Sprache des Mitgliedsstaates geführt wurden, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, dann ist die Kundendienstleistung auch in einer anderen

¹² Hefermehl/Köhler/Bornkamm – Köhler 26. A. 2008 UGP-RL Anh. I Rn. 6.1

¹³ BTDRs. 16/10145 S. 31

Sprache möglich und zum anderen der Fall, dass die Vertragsverhandlungen zwar nicht in der Landessprache des Mitgliedsstaates des Unternehmers geführt wurden, die Sprache der Abwicklung und Kundendienstleistung aber in der Sprache des Verbrauchers geführt wird.

9. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, eine Ware oder Dienstleistung sei verkehrsfähig;

Betroffen sind vor allem Waren und Dienstleistungen, deren Besitz, bestimmungsgemäße Benutzung oder Entgegennahme gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wie dies z. B. beim Fehlen der Betriebserlaubnis¹⁴, falsche Deklaration von Lebensmitteln, Arzneimitteln, Pflanzenschutzmitteln, Futtermitteln etc.

10. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar;

Es ist unzulässig in Bezug auf ein Waren- oder Dienstleistungsangebot bestimmte Rechte als Besonderheit hervorzuheben, die nach der Gesetzeslage ohnehin bestehen. Es handelt sich hier um den typischen Fall der „Werbung mit Selbstverständlichkeiten“.

11. der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung);

Die Regelung entspricht dem presserechtlichen Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Teil. Erfasst werden Printmedien, alle elektronische Medien wie Hörfunk, Fernsehen und Telemedien, redaktionelle Beiträge im Internet sowie „product placement“

12. unwahre Angaben über Art und Ausmaß einer Gefahr für die persönliche Sicherheit des Verbrauchers oder seiner Familie für den Fall, dass er die angebotene Ware nicht erwirbt oder die angebotene Dienstleistung nicht in Anspruch nimmt;

Dem Verbraucher darf nicht vorgetäuscht werden, ihm oder seiner Familie drohe für den Fall des Nichterwerbs der Ware oder der Nichtinanspruchnahme der Dienstleistung eine bestimmte Gefahr. Unlauter ist das Ausnutzen von Angstgefühlen, weil dadurch rationale Erwägungen verdrängt werden¹⁵.

13. Werbung für eine Ware oder Dienstleistung, die der Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers ähnlich ist, wenn dies in der Absicht geschieht, über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung zu täuschen;

Es ist unzulässig, für eine Ware oder Dienstleistung zu werben, die der Ware oder Dienstleistung eines anderen Anbieters ähnlich ist, wenn der

¹⁴ BT Drs. 16/10145 S. 31

¹⁵ BT Drs. 16/10145 S. 31

Unternehmer damit die Absicht verfolgt, über die betriebliche Herkunft zu täuschen. Die Regelung steht neben § 4 Nr. 9 lit. a) UWG und dem Irreführungstatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Abs. 2 UWG. Anknüpfungspunkt für die Irreführung ist ausschließlich die Ähnlichkeit der Ware oder Dienstleistung. Anders als die genannten Vorschriften betrifft die Regelung deshalb nicht die Irreführung durch Verwendung verwechslungsfähiger Kennzeichen. Die Täuschung über die betriebliche Herkunft muss beabsichtigt sein.

14. die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Systems zur Verkaufsförderung, das den Eindruck vermittelt, allein oder hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System könne eine Vergütung erlangt werden (Schneeball- oder Pyramidensystem);

Die Einführung, das Betreiben und die Förderung sogenannter „Schneeballsysteme“ und „Pyramidensysteme“ sind unzulässig.

Bei derartigen Verkaufsförderungsmaßnahmen schließt der Veranstalter zunächst mit einem von ihm unmittelbar geworbenen Erstkunden und dann mit den durch dessen Vermittlung geworbenen weiteren Kunden Verträge ab. Solche Pyramidensysteme sind Verkaufsförderungsmaßnahmen, bei denen der unmittelbar vom Veranstalter geworbene Erstkunde selbst gleichlautende Verträge mit anderen Verbrauchern schließt (Pyramidensystem). Solche Wettbewerbssysteme sind schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 4 Nr. 2 UWG unlauter, weil die Chancen, neue Kunden zu werben, wegen des progressiven Charakters des Systems sinken, was unerfahrene oder leichtfertige Verbraucher nicht erkennen. Nach § 16 Abs. 2 UWG können derartige Verkaufsförderungsmaßnahmen auch strafbar sein.

15. die unwahre Angabe, der Unternehmer werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen;

Die Unlauterkeit besteht in der Herbeiführung der irrigen Vorstellung, der Unternehmer werde seine Warenbestände aus Anlass der Geschäftsaufgabe oder der Verlegung seiner Geschäftsräume zu besonders günstigen Konditionen abgeben. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Unternehmer im Hinblick auf die angebliche Geschäftsaufgabe oder Verlegung seiner Geschäftsräume mit besonders günstigen Angeboten geworben hat.

16. die Angabe, durch eine bestimmte Ware oder Dienstleistung ließen sich die Gewinnchancen bei einem Glücksspiel erhöhen;

Verhindert werden soll der Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen, die angeblich die Gewinnchancen eines Glücksspiels erhöhen können. Der Begriff des Glücksspiels ist gemeinschaftsrechtlich auszulegen. Es dürfte sich um Spiele handeln, bei denen der Gewinn vom Zufall abhängt und die Aussicht auf einen Gewinn anders als bei Wettbewerben, Preisausschreiben und Gewinnspielen einen geldwerten Einsatz voraussetzt. Die typischen Koppelungsangebote, dass eine bestimmte Ware erworben werden muss, um z. B. an einem Gewinnspiel teilnehmen zu können, fallen nicht unter

diese Bestimmung. Solche Koppelungsangebote werden von § 4 Nr. 6 UWG erfasst. Hier geht es z. B. um „gezinkte“ Spielkarten, Computerprogramme, die die richtigen Lottozahlen voraussehen können oder die „richtige Zahl“ beim Lotto ermitteln¹⁶.

17. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen oder werde ihn gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis gewinnen oder einen sonstigen Vorteil erlangen, wenn es einen solchen Preis oder Vorteil tatsächlich nicht gibt, oder wenn jedenfalls die Möglichkeit, einen Preis oder sonstigen Vorteil zu erlangen, von der Zahlung eines Geldbetrags oder der Übernahme von Kosten abhängig gemacht wird;

Nr. 17 und Nr. 20 des Anhangs stehen im Zusammenhang mit den Transparenzklauseln des § 4 Nr. 5 und 6 UWG. Nr. 17 dieses Katalogs soll verhindern, dass der Verbraucher zur Teilnahme an Wettbewerben oder Preisausschreiben veranlasst wird, bei denen entweder die beschriebenen Preise von vornherein nicht gewonnen werden können, weil sie nicht vergeben werden, oder bei denen der Preis oder Vorteil von einer Geldzahlung oder einer Kostenübernahme abhängt. Der Unterschied zwischen Nr. 17 und 20 besteht darin, dass dem Verbraucher hier der Eindruck vermittelt wird, dass ihm ein Gewinn oder sonstiger Vorteil schon sicher sei, während ihm in den Fällen der Nr. 20 eine Gewinnchance vorgetäuscht wird.

Der Unternehmer verstößt mit derartigen Verhaltensweisen zugleich gegen das in § 4 Nr. 5 UWG bestehende Gebot, die Teilnahmebedingungen von Preisausschreiben und Gewinnspielen klar und eindeutig anzugeben, und gegen das nach § 4 Nr. 6 UWG bestehende Verbot, Preisausschreiben oder Gewinnspiele vom Erwerb einer Ware oder Dienstleistung abhängig zu machen. Denn sowohl mangelnde Transparenz von Teilnahmebedingungen als auch eine Koppelung von Gewinnen mit dem Waren- oder Dienstleistungsabsatz widersprechen den nach der Richtlinie zu beachtenden Erfordernissen der fachlichen Sorgfalt und sind darüber hinaus auch geeignet, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher wesentlich zu beeinflussen.

18. die unwahre Angabe, eine Ware oder Dienstleistung könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen;

Hiernach sind Angaben unzulässig, mit denen behauptet wird, eine Ware oder Dienstleistung könne Krankheiten oder Funktionsstörungen heilen oder Missbildungen beseitigen, wenn sie unwahr sind. Dieses Verhalten fällt zugleich unter den Tatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG, wonach u. a. auch unwahre Angaben über die Zwecktauglichkeit einer Ware oder Dienstleistung irreführend sind.

¹⁶ Hefermehl/Köhler/Bornkamm – Köhler 26. A. 2008 UGP-RL Anh. I Rn. 16.6

19. eine unwahre Angabe über die Marktbedingungen oder Bezugsquellen, um den Verbraucher dazu zu bewegen, eine Ware oder Dienstleistung zu weniger günstigen Bedingungen als den allgemeinen Marktbedingungen abzunehmen oder in Anspruch zu nehmen;

Unzulässig sind objektiv unrichtige Informationen über Marktbedingungen und Bezugsmöglichkeiten, um die eigenen angebotenen Waren oder Dienstleistungen zu für den Anbieter besseren als allgemein üblich Marktbedingungen abzusetzen zu können.

20. das Angebot eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn weder die in Aussicht gestellten Preise noch ein angemessenes Äquivalent vergeben werden;

Gewinnspiele oder Preisausschreiben sind verboten, wenn dahinter nicht auch die Absicht steht, einen Preis oder ein angemessenes Äquivalent zu vergeben. Durch derartige Verhaltensweisen verstößt der Unternehmer zugleich gegen das nach § 4 Nr. 5 UWG bestehende Gebot, die Teilnahmebedingungen von Preisausschreiben und Gewinnspielen klar und eindeutig anzugeben. Dieses Transparenzgebot kann aber neben dieser Nr. 20 des Anhangs beibehalten werden. Denn mangelnde Transparenz von Teilnahmebedingungen widerspricht den nach der Richtlinie zu beachtenden Erfordernissen der fachlichen Sorgfalt und ist darüber hinaus auch geeignet, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher wesentlich zu beeinflussen. Zum Zusammenhang mit Nr. 17 vgl. dort.

21. das Angebot einer Ware oder Dienstleistung als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder dergleichen, wenn hierfür gleichwohl Kosten zu tragen sind; dies gilt nicht für Kosten, die im Zusammenhang mit dem Eingehen auf das Waren- oder Dienstleistungsangebot oder für die Abholung oder Lieferung der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung unvermeidbar sind;

Es dürfen keine Waren oder Dienstleistungen als kostenlos angeboten werden, wenn der Abnehmer gleichwohl Kosten zu tragen hat, welche die Kosten übersteigen, die unvermeidbar (z. B. Porto-/Telefonkosten) mit dem Eingehen auf das Angebot oder der Inanspruchnahme der angebotenen Leistung verbunden sind („Abholpreis“). Die Regelung betrifft einen (unproblematischen¹⁷) Sonderfall der Irreführung über die Berechnung des Preises im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG.

22. die Übermittlung von Werbematerial unter Beifügung einer Zahlungsaufforderung, wenn damit der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, die beworbene Ware oder Dienstleistung sei bereits bestellt;

Verboten sind Werbebotschaften unter Beifügung einer Rechnung, wenn damit der unrichtige Eindruck erweckt wird, es liege bereits eine Bestellung vor. Lesebeispiel: die aktuellen Handelsregistereintragungen unmittelbar folgenden Zahlungsaufforderungen, die in ihrer Aufmachung behördlichen Zahlungsaufforderungen verblüffend ähnlich sehen und den Eindruck vermitteln, dass eine echte Zahlungspflicht besteht. Damit werden mittelbar

¹⁷ Sosnitza WRP 2008, 1014 [1025]

das Bestehen eines Vertragsverhältnisses und eine daraus folgende Zahlungspflicht vorgetäuscht.

23. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig;

Dies kommt z. B. in Betracht, wenn wahrheitswidrig behauptet wird, der Vertrieb einer Ware oder einer angebotenen Dienstleistung diene sozialen oder humanitären Zwecken.

24. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, es sei im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als dem des Warenverkaufs oder der Dienstleistung ein Kundendienst verfügbar;

Betroffen ist der eher marginale Fall, dass der Unternehmer den Eindruck erweckt, für eine Ware oder Dienstleistung, sei in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Warenverkaufs oder der Dienstleistung ein Kundendienst verfügbar (z. B. Hinweis auf: „service après vente“, „after sales service“) Hier geht es vor allem um Irreführungen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr.

25. das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne bestimmte Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragsabschluss verlassen;

Erfasst werden die „Nötigung“ und damit die „Ausübung von „Druck“, der dem Verbraucher den falschen oder gar zutreffenden Eindruck vermittelt, er könne die Geschäftsräume erst verlassen, wenn er sich auf einen Geschäftsabschluss einlässt. Unerheblich ist dabei, ob sich der Unternehmer zugleich wegen Nötigung nach § 240 StGB strafbar macht¹⁸. Damit ist zugleich klargestellt, dass Unzulässigkeit auch schon besteht, wenn die Schwelle zur Nötigung Strafbarkeit nach § 240 StGB noch nicht erreicht sein muss.

26. bei persönlichem Aufsuchen in der Wohnung die Nichtbeachtung einer Aufforderung des Besuchten, diese zu verlassen oder nicht zu ihr zurückzukehren, es sein denn, der Besuch ist zur rechtmäßigen Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt;

Dieses Verhalten stellt regelmäßig auch einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 und 11 UWG dar und kann als Hausfriedensbruch nach § 123 StGB oder Nötigung nach § 240 StGB strafbar sein. Wie bei Nr. 25 kommt es auch hier nicht darauf an, ob die Schwelle zur Strafbarkeit erreicht wird. Eine Ausnahme von diesem Verbotstatbestand gilt für Besuche, die der Durchsetzung vertraglicher Rechte des Unternehmers dienen und deshalb rechtlich nicht zu beanstanden sind. Dies kommt z. B. in Betracht, wenn den Verbraucher eine vertragliche Mitwirkungspflicht trifft, die das Aufsuchen seiner Wohnung erforderlich macht.

¹⁸ BTDRs. 16/10145 S. 34

27. Maßnahmen, durch die der Verbraucher von der Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte aus einem Versicherungsverhältnis dadurch abgehalten werden soll, dass von ihm bei der Geltendmachung seines Anspruchs die Vorlage von Unterlagen verlangt wird, die zum Nachweis dieses Anspruchs nicht erforderlich sind, oder dass Schreiben zur Geltendmachung eines solchen Anspruchs systematisch nicht beantwortet werden;

Mit „Briefe“ sind auch Telefaxe und E-Mails gemeint. Von einer „systematischen Nichtbeantwortung“ kann gesprochen werden, wenn mindestens zwei Schreiben unbeantwortet geblieben sind, eine Antwort nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgte, obwohl die Antwort zumutbar war¹⁹ oder sachlich gerechtfertigte Hinderungsgründe nicht vorlagen, der Empfang von Briefen immer wieder bestritten wird oder nur Standardantworten erteilt werden wie: „Wir haben die Angelegenheit in die Bearbeitung genommen“ oder „Wir werden die Angelegenheit prüfen und wieder auf Sie zukommen“ etc.

28. die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen;

Die Regelung bezweckt den Schutz der Kinder, mittelbar aber auch den Schutz ihrer Eltern. Kinder sollen auf Grund ihrer Unerfahrenheit vor aggressiver Werbung in Form von unzulässiger Beeinflussung ihres wirtschaftlichen Verhaltens geschützt werden. Die „Aufforderung zum Kauf“ ist bereits in Art. 2 lit. i) der UGP-Richtlinie definiert. Sie ist jede kommerzielle Kommunikation, die die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen.

Gleiches gilt für die Aufforderung, Kinder mögen ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu veranlassen, die Leistungen für die Kinder zu beziehen. Betroffen sind die Fälle, in denen die Kinder als „Absatzmittler“ benutzt werden. Geschützt werden sollen auch die Eltern vor der „Manipulation“ ihrer Kaufentscheidung durch Kinder.

Der Begriff „Kind“ ist gemeinschaftsrechtlich auszulegen. Er kann also nicht vom deutschen Rechtsverständnis her ausgelegt werden und gilt damit nur für Kinder bis 14 Jahre. Ob darüber hinaus auch Kinder zwischen 14 und 18 Jahre (Jugendliche), erfasst werden, ist zweifelhaft²⁰.

Die Regelung gilt unbeschadet der inzwischen aufgehobenen Bestimmung des Artikels 16 der Richtlinie 89/552/ EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität. An die Stelle der aufgehobenen Bestimmung ist die inhaltsgleiche Regelung des Artikels 3e lit. g) der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der

¹⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm – Köhler 26. A. 2008 UGP-RL Anh. I Rn. 27.3

²⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm – Köhler 26. A. 2008 UGP-RL Anh. I Rn. 28.2

Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) getreten. Nr. 28 Satz 2 trägt Artikel 3 Abs. 4 dieser Richtlinie Rechnung, wonach Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regeln und mit Bestimmungen der Richtlinie kollidieren, diesen vorgehen und für diese besonderen Aspekte maßgebend sind. Nr. 28 Satz 2 des Anhangs I der Richtlinie braucht deshalb nicht in deutsches Recht umgesetzt zu werden, weil ohne Weiteres der allgemeine Rechtsgrundsatz gilt, dass speziellere Regelungen den allgemeinen vorgehen (lex specialis derogat legi generali).

Es werden auch geschäftliche Handlungen erfasst, die schon nach § 4 Nr. 2 UWG unlauter sind. Allerdings ist der Anwendungsbereich von Nr. 28 weiter. Es kommt anders als nach § 4 Nr. 2 UWG nicht darauf an, ob der Unternehmer die geschäftliche Unerfahrenheit der Kinder ausnutzt.

29. die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Waren oder Dienstleistungen oder eine Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Sachen, sofern es sich nicht um eine nach den Vorschriften über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zulässige Ersatzlieferung handelt,

Die Unlauterkeit ergibt sich zum einen daraus, dass der Eindruck erweckt wird, es bestünden bereits vertragliche Beziehungen. Zum anderen wird der Umstand ausgenutzt, dass es einem Verbraucher unangenehm oder lästig sein kann, einmal erhaltene Sachen zurückzugeben. Es handelt sich um einen Fall der Belästigung, aber auch einen Fall der unangemessenen sachlichen Beeinflussung.

Die Kundenwerbung durch das Vortäuschen einer vertraglichen Beziehung wird als Verschleierung des Werbecharakters der geschäftlichen Handlung auch durch § 4 Nr. 3 UWG erfasst.

Die Zusendung nicht bestellter Gegenstände ist ausnahmsweise rechtmäßig, wenn es sich um Ersatzleistungen nach den Vorschriften über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz handelt. Da allerdings Ersatzlieferungsklauseln zu Lasten von Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Regel unwirksam sind, hat die Ausnahme kaum praktische Bedeutung.

30. die ausdrückliche Angabe, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sei, wenn der Verbraucher die Ware oder Dienstleistung nicht abnehme.

Es handelt sich um einen Fall der Nötigung. Ein solches Verhalten ist auch jetzt schon nach § 4 Nr. 1 UWG wegen der unzulässigen Ausübung moralischen Drucks unlauter. Denn der Verbraucher sieht sich u. U. mit dem moralischen Vorwurf mangelnder Hilfsbereitschaft oder fehlender Solidarität konfrontiert. Hinweise auf sonstige Notlagen oder Bedürfnisse, die nicht den Arbeitsplatz oder den Lebensunterhalt betreffen, werden hiervon nicht erfasst.

Bei manchen Ziffern des Anhangs zum UWG 2008 könnte man den Eindruck gewinnen, dass die gefundenen Klauseln „realitätsfremd“ wirken. Dazu ist jedoch zu bedenken, dass mit dem vorgenannten Katalog die Anforderungen der UGP-Richtlinie umgesetzt wurden, deren Regelungen die Sachverhalte und damit Erfahrungen aller EG- Mitgliedsstaaten aufgenommen haben. Insoweit gilt: "Andere Länder - andere Sitten".

Die Neuregelungen des UWG 2008 bedeuten aber in jedem Fall für die Wirtschaftsteilnehmer, dass sie sich umsetzungsbedingt auf die höhere Regelungsdichte der neuen Vorschriften im UWG 2008 einstellen müssen. So sollten laufende Werbekampagnen oder bereits entworfene Marketingkonzepte darauf überprüft werden, ob sie mit den zahlreichen Einzelregelungen des neuen Rechts noch im Einklang stehen und ggf. angepasst werden.

DENKRAUM können Sie jetzt auch auf www.philippfuerst.de abonnieren. Sie erhalten DENKRAUM dann automatisch und aktuell direkt auf Ihren PC.

DENKRAUM ist ein reines Informationsmittel und dient der allgemeinen Unterrichtung interessierter Personen. Denkraum kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Sollten Sie zu DENKRAUM Fragen haben oder zu Marken-, Wettbewerbs- oder Wirtschaftsrecht, stehe ich Ihnen dafür gerne zur Verfügung.

HERAUSGEBER UND REDAKTION.

Philipp Fürst. Parkallee 117. 28209 Bremen.

Telefon +49 (0) 421 - 34 75 613. Telefax +49 (0) 421 - 34 99 827

Email ... fuerst@philippfuerst.de