

Professor Dr. Thomas Hoeren

# Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick

Das Bundeskabinett hat am 21.5.2008 den Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beschlossen. Die Novelle setzt die EU-Richtlinie 2005/29/EG über den Schutz gegen unlautere Geschäftspraktiken um und ändert das deutsche UWG grundlegend. Bereits seit Monaten laufen die Unternehmen Sturm. So müssen laufende Werbekampagnen oder bereits entworfene Marketingkonzepte auf die Vereinbarkeit mit dem neuen Recht überprüft werden. Dabei kommt für die Unternehmen erschwerend hinzu, dass die Neuregelung – von Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie im Bezug auf strengere Bestimmungen abgesehen – keine Übergangsvorschriften kennt. Der Beitrag gibt einen ersten Überblick über die Neuregelungen sowie Tipps zum Umgang in der Praxis.

## I. Die EU-Richtlinie über den Schutz gegen unlautere Geschäftspraktiken

Durch die Einbindung des Herkunftslandprinzips ins Werberecht im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie wurde die Frage virulent, inwieweit es bei den bestehenden Regelungsunterschieden innerhalb Europas angebracht sein kann, auf eine EU-Weiterharmonisierung zu verzichten. Zu stark zeichnete sich die Gefahr ab, dass es zu einem „Race to the Bottom“ komme. Nicht nur für den Bereich des E-Commerce, sondern auch für den herkömmlichen Handel zeigten sich Tendenzen, die Unternehmen in solche EU-Länder zu verlagern, deren werberechtliche Vorgaben vergleichsweise gering waren. Gleichzeitig beschwerten sich Inlandsunternehmen über die damit verbundene Inländerdiskriminierung. Die Europäische Kommission hat daher mehrere Versuche unternommen, diese unterschiedlichen Verbraucherschutzniveaus innerhalb der Mitgliedstaaten zu harmonisieren. Infolgedessen gilt seit dem 12.6.2007 die neue EU-Richtlinie über den Schutz gegen unlautere Geschäftspraktiken.<sup>1</sup>

## II. Das bisherige EU-Werberecht

Die Europäische Kommission ist spätestens seit den 80er Jahren dabei, das Werberecht innerhalb Europas zu vereinheitlichen. Der Einstieg kam mit der Richtlinie 84/450 EWG betreffend die irreführende und vergleichende Werbung.<sup>2</sup> Später kamen Regelungen des Verbraucherschutzes im Fernabsatzrecht hinzu.<sup>3</sup> Die Verbraucherschutzverbände und die Möglichkeit zur Durchsetzung von werberechtlichen Vorgaben wurden durch die Unterlassungsklagerichtlinie verstärkt.<sup>4</sup> Das europäische Werberecht fand sich allerdings nicht nur in entsprechenden titulierte Richtlinien, sondern auch in Richtlinien zum Datenschutz<sup>5</sup> und zum E-Commerce-Recht<sup>6</sup>. Hinzu kamen zahlreiche sektorspezifische Werbevorgaben.<sup>7</sup> Das Herzstück der Harmonisierung aber ist die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.<sup>8</sup> Diese Harmonisierung betrifft jedoch nur das Werberecht im Verhältnis Business-To-Consumer (B2C), nicht die rein gewerbliche Wer-

bung unter den Unternehmen selbst (B2B). Für diesen Bereich war eine eigene Verordnung der Kommission über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vorgesehen, die aber über eine Mitteilung der Kommission nie hinaus gekommen ist.<sup>9</sup> Gegen die Beschränkung auf den Bereich des B2C gab es bereits kurz nach Verabschiedung der Richtlinie Kritik aus deutschen Reihen, da sie der beabsichtigten Vollharmonisierung im Wege stehe und zu einer unnötigen Aufspaltung der jeweiligen Anwendungsbereiche führe.<sup>10</sup>

## III. Die Grundstruktur der Richtlinie

Bei der Richtlinie 2005/29/EG handelt es sich um eine so genannte Rahmenrichtlinie mit Vollharmonisierungsansatz. Sie steckt den Rahmen für das Werberecht zwischen Unternehmen und Verbrauchern ab und beansprucht in ihrem Regelungsbereich, eine abschließende Regelung zu sein. Der Vollharmonisierungsansatz wird zum Beispiel beim 13. Erwägungsgrund deutlich, wo von dem „durch diese Richtlinie eingeführten, einzigen, gemeinsamen generellen Verbot“ die Rede ist.

Art. 3 Abs. 5 sieht Übergangsvorschriften für nationale Vorschriften vor, die restriktiver oder strenger sind als die Richtlinie. Diese Übergangsfristenregelung macht nur Sinn, wenn die Richtlinie nach Ablauf der Übergangsfristen den Regelungsmaßstab abschließend und ohne weiteren mitgliedstaatlichen Spielraum bestimmt.

Vom Grundsatz der Vollharmonisierung gibt es allerdings auch einige Abweichungen in der Richtlinie selbst. Für viele Diskussionen wird insbesondere der 7. Erwägungsgrund sorgen, der erst Ende 2004 durch den gemeinsamen Standpunkt in den Richtlinienentwurf aufgenommen worden ist. Hiernach bezieht sich die Richtlinie nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands (Taste and Decency), „die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind“. Es könne sein, dass bestimmte Geschäftspraktiken aus „kulturellen Gründen unerwünscht“ seien, deshalb verbleibe hier den Mitgliedstaaten weiterer Spielraum. Auch in Deutschland sorgt der Hinweis auf

1 Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, Amtsblatt L 149/22 vom 11.6.2005; abgedruckt bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm, S. 1405; nachfolgend mit Richtlinie bezeichnet.

2 Richtlinie 84/450/EWG vom 10.9.1984 über irreführende und vergleichende Werbung, Amtsblatt L 250 vom 19.9.1984, S. 17.

3 Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Amtsblatt L 166 vom 11.7.1998; Richtlinie 2002/65/EG vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Amtsblatt L 271 vom 9.10.2002, S. 16.

4 Richtlinie 98/27/EG vom 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, Amtsblatt L 166 vom 11.6.1998.

5 Richtlinie 2002/58/EG vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten, Amtsblatt L 201 vom 31.7.2002, S. 37.

6 Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, Amtsblatt L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

7 Richtlinie 2003/33/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, Amtsblatt L 152 vom 20.6.2003, S. 16, sowie die Verordnung über public health.

8 Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, Amtsblatt L 149/22 vom 11.6.2005.

9 Mitteilung der Kommission über Verkaufsförderung im Binnenmarkt KON (2001) 546, Amtsblatt 2002 Nr. C 75/11.

10 Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1039; Seichter, WRP 2005, 1087, 1087 f.; Gamerith, WRP 2005, 391, 413 f.

die guten Sitten und den Anstand für zahlreiche Diskussionen bezüglich einer sachgerechten Auslegung der Norm.<sup>11</sup> So wird zum Teil vertreten, dass nunmehr die klassische Rechtsprechung zu § 3 UWG in vollem Umfang weiter gelten könne.<sup>12</sup> Andere plädieren dafür, den Begriff der kulturellen Gründe eng auszulegen und diesen nur auf solche Gründe für eine national staatliche Sonderregelung zu beziehen, die keinerlei Einfluss auf das wirtschaftliche Verhalten der Nachfrageseite haben.<sup>13</sup> Die Richtlinie nimmt im Übrigen auch nicht in Anspruch, das Vertragsrecht zu regeln (Art. 3 Abs. 2) oder die Zuständigkeit der Gerichte zu präzisieren (Art. 3 Abs. 7). Auch bestehen nach wie vor Ausnahmen für den Bereich der Gesundheit und Sicherheit (Art. 3 Abs. 3), sowie für bestimmte reglementierte Berufe (Art. 3 Abs. 8). Art. 3 Abs. 4 erwähnt auch den Vorrang speziellerer Gemeinschaftsregeln, was in Anbetracht der zahlreichen oben erwähnten Richtlinien auf diesem Gebiet ebenfalls für Unsicherheiten in der praktischen Anwendung sorgen dürfte.<sup>14</sup> So ist zum Beispiel noch unklar, wie das Verhältnis der „neuen“ Richtlinie zum Beispiel zur Fernabsatzrichtlinie zu bewerten ist.<sup>15</sup> Erwägungsgrund 10 erwähnt die Fernabsatzrichtlinie als Beispiel einer spezielleren Gemeinschaftsregelung; dies wird jedoch nicht für jede einzelne Regelung in der Richtlinie gelten können, wie noch zu zeigen sein wird. Im Übrigen erwähnen die Erwägungsgründe noch weitere Spielräume für nationale Gesetzgeber, etwa im Bereich B2B, bei Glücksspielen<sup>16</sup>, zum Schutz des geistigen Eigentums<sup>17</sup> sowie eben zu Zwecken der guten Sitten und des Anstandes<sup>18</sup>.

Die Richtlinie ist bis zum 12.6.2007 umzusetzen gewesen. Nur wenige Staaten haben diese Frist eingehalten. Dazu zählen Belgien, Bulgarien, Slowenien, Zypern, die Slowakei, Griechenland und Irland.<sup>19</sup> Hilfreich ist im Übrigen die Konsultation der jeweiligen nationalen Umsetzungsbehörden, etwa des legendären Berichts des Department of Trade and Industry (DTI) in Großbritannien vom Mai 2007.<sup>20</sup> In Deutschland kam die Umsetzung nur sehr zögerlich voran. Ein erster Diskussionsentwurf wurde am 8.5.2007 veröffentlicht; dieser floss fast unverändert in den Referentenentwurf vom 27.7.2007 und den Regierungsentwurf vom 21.4.2008 ein. Ursprünglich war angedacht, das Gesetzgebungsverfahren zum Ende des Jahres 2007 abzuschließen. Wegen der Zusammenführung mit Plänen des Ministeriums, den Bereich der Telefonwerbung neu zu regeln, wird sich das Verfahren allerdings auf einen Zeitpunkt im Herbst 2008 verzögern.

**PRAXISTIPP:** Die Richtlinie selbst dürfte schon seit Juni 2007 unmittelbar anwendbar sein.<sup>21</sup> Wie das Kammergericht kürzlich ausführte, ist nach der nicht fristgerechten Umsetzung eine richtlinienkonforme Auslegung geboten.<sup>22</sup> Eine solche Auslegung kann es erforderlich machen, das UWG nicht nur auf Verhaltensweisen, die unmittelbar mit der Absatzförderung und dem Verkauf zusammenhängen, zu beziehen, sondern auch auf solche, die unmittelbar mit der Lieferung zusammenhängen. Damit kam das Kammergericht zu dem Schluss, dass eine Verletzung der Regelungen zur AGB-Kontrolle (§§ 307 ff. BGB) auch als Rechtsbruch im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG geahndet werden kann.<sup>23</sup>

#### IV. Die Regelungsstruktur von Richtlinie und Gesetzentwurf

Die Richtlinie regelt nur den Bereich B2C und muss daher die Begriffe Gewerbetreibender und Verbraucher entsprechend umfassend definieren. Der Kernbegriff der Richtlinie besteht in dem neuen Begriff der verbotenen unlauteren Geschäftspraktik (Art. 5 Abs. 1 und 2). Als besonde-

re Regelbeispiele einer unlauteren Geschäftspraktik gelten das irreführende sowie das aggressive Verhalten (Art. 5 Abs. 4). Dabei wird nicht nur die irreführende Handlung geregelt, sondern erstmals auch der Bereich der irreführenden Unterlassung normiert (Art. 6 und Art. 7). Als aggressive Geschäftspraktiken gelten die Belästigung, die Nötigung und sonstige unzulässige Beeinflussung (Art. 8 und Art. 9). In einem ersten Anhang zur Richtlinie (Annex I) findet sich ein Verbotskatalog, der bindend ist und dessen Tatbestände immer als wesentlicher Verstoß einzustufen sind (Art. 5 Abs. 5), sog. Verbote ohne Wertungsvorbehalt. Im Annex II werden Informationspflichten aus anderen Richtlinien beispielhaft benannt, deren Verletzung ebenfalls immer als Verstoß gegen das UWG anzusehen sein soll. Insbesondere Annex I hat schon im Vorfeld zu der Diskussion geführt, wie genau die Umsetzung der Auflistung in deutsches Recht, dem die abschließende Auflistung von einzelnen Wettbewerbsverstößen bisher fremd war, zu erfolgen hat. So wurde teilweise eine ausdrückliche oder zumindest offensichtliche Umsetzung gefordert,<sup>24</sup> wohingegen andere Vertreter der Auffassung waren, die Liste solle allenfalls in den Anhang des UWG aufgenommen oder gar überhaupt nicht ausdrücklich umgesetzt werden.<sup>25</sup>

#### 1. Anwendungsbereich: B2C

Die Richtlinie regelt nur den Bereich B2C, also das Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. Besonders betont wird dieser Zusammenhang in Erwägungsgrund 8, wonach die Richtlinie unmittelbar nur die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützt. Hiernach soll es aber nicht schädlich sein, wenn damit mittelbar auch ein Schutz des Verhältnisses zwischen Gewerbetreibenden verbunden ist.<sup>26</sup> Die Richtlinie regelt jedoch nicht solche Geschäftspraktiken, die ausschließlich nachteilig für Mitbewerber und gewerbliche Kunden sind. Die Abgrenzung erscheint auf den ersten Blick zwar klar zu sein, im Einzelfall ergeben sich jedoch in bestimmten Konstellationen erhebliche Auslegungsschwierigkeiten für die praktische Anwendung.<sup>27</sup> Es gibt nämlich eine ganze Reihe von Geschäftspraktiken, deren Charakter nicht eindeutig zuzuordnen ist. Bei objektiv neutralen Geschäften etwa ist der Adressatenkreis unbestimmt und kann sowohl Unternehmer als auch Verbraucher umfassen.

**EINSCHÄTZUNG:** Hier stellt sich somit die Frage der zutreffenden Einordnung, z. B. wenn es um Bedarfsgeschäfte des alltäglichen Lebens geht. Insoweit wird wohl auf den Zweck der Richtlinie, einen möglichst umfassenden Verbraucherschutz zu gewährleisten, abzustellen sein,<sup>28</sup> so dass

11 Sosnitza, WRP 2006, 1, 4; Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1320.

12 So Köhler, GRUR 2005, 793, 797.

13 Sosnitza, WRP 2006, 1, 4 f.

14 So auch Hecker, WRP 2006, 640, 644, der es ausdrücklich bedauert, dass die neue Richtlinie hier keine Ordnung bringt.

15 Hecker, WRP 2006, 640, 644, z. B. hält die Regelungsansätze der Richtlinie gerade wegen der sich überschneidenden Regelungsgehalte mit der Fernabsatzrichtlinie, der Datenschutzrichtlinie und der E-Commerce-Richtlinie für bedauerlich unklar.

16 Erwägungsgrund 9.

17 Erwägungsgrund 9.

18 Erwägungsgrund 7.

19 Eine gute Übersicht über die Umsetzungsaktivitäten findet sich unter [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm).

20 Im Volltext einzusehen unter [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/consumer\\_protection/oft931-con.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/consumer_protection/oft931-con.pdf).

21 Zur richtlinienkonformen Auslegung des derzeit geltenden UWG siehe Köhler, WRP 2007, 1393–1397.

22 KG, 25.1.2008 – 5 W 344/07; s. auch Köhler, WRP 2007, 1393, 1394; ders., NJW 2008, 177, 178.

23 KG, 25.1.2008 – 5 W 344/07, BeckRS 2008 04033.

24 Fezer, WRP 2006, 781, 783; Seichter, WRP 2005, 1087, 1095.

25 Gamerith, WRP 2005, 391, 430.

26 So sagt es Erwägungsgrund 6; vgl. auch Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I, Einführung Rn. 8.

27 Zur Problematik des Begriffes im Einzelnen siehe: Köhler, WRP 2007, 1393, 1394 f.

28 Für eine strikt auf den Zweck der Richtlinie ausgerichtete Auslegung auch Fezer, WRP 2006, 781, 782.

auch ein Unternehmer bei Bedarfsgeschäften des alltäglichen Lebens dem Verbraucherbegriff unterliefe.

## 2. Verbraucher und Gewerbetreibende

Der Begriff des Verbrauchers ist in Art 2 lit. a) definiert als jede natürliche Person, welche im Geschäftsverkehr zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Vom Begriff des Verbrauchers nicht umfasst ist mithin der des Unternehmers. Auch beruflich bedingte Anwendungen sind nicht Regelungsgegenstand der Richtlinie. Vereine oder öffentliche Körperschaften entziehen sich ebenfalls dem Verbraucherbegriff. Im Regierungsentwurf fällt jedoch auf, dass dieser auf eine Umsetzung des Verbraucherbegriffs verzichtet und stattdessen auf den allgemeinen Verbraucherbegriff in § 13 BGB verweist. In § 13 BGB sind aber von der Definition des Verbrauchers nur die Rechtsgeschäfte ausgenommen, die gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecken dienen. Insofern weicht die Definition in § 13 BGB von der verbindlichen Definition der Richtlinie ab, womit hier der Rechtsprechung aufgebürdet wurde, eine richtlinienkonforme Korrektur bei der Interpretation des Anwendungsbereichs vorzunehmen.<sup>29</sup>

Dem Begriff des Verbrauchers steht der des Gewerbetreibenden gegenüber. Hierbei handelt es sich um jede Person, die im Rahmen gewerblicher, handwerklicher oder beruflicher Tätigkeit handelt (Art. 2 lit. b)). Der Begriff soll dabei auch die Personen umfassen, die im Namen oder im Auftrag des entsprechenden Unternehmens tätig sind. Das Justizministerium hatte bei der Umsetzung auf eine Klarstellung verzichtet und stattdessen auf § 14 BGB und § 8 Abs. 2 UWG verwiesen.<sup>30</sup> § 14 BGB regelt den Begriff des Unternehmers, während § 8 UWG eine klare Regelung für die Personen enthalte, die im Namen oder Auftrag des Unternehmens tätig seien und dementsprechend als Mitstörer gälten. Im Regierungsentwurf wird der Begriff des Unternehmers jedoch legaldefiniert (§ 2 Abs. 1 Nr. 6). Er soll jetzt auch Personen einschließen, die im Namen oder Auftrag eines Unternehmers handeln.<sup>31</sup>

## 3. Geschäftspraktiken

Als nächstes steht der Begriff der Geschäftspraktik im Vordergrund der Richtlinie. Hierunter ist jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden zu verstehen, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an den Verbraucher zusammenhängt (Art. 2 lit. d)).

**PRAXISTIPP:** Der Begriff schließt jetzt auch das nachvertragliche Verhalten ein, anders als bislang nach dem UWG; er deckt sich also teilweise mit dem der Wettbewerbshandlung, weist aber auch einige Besonderheiten auf.<sup>32</sup> Insofern ist auch eine geschäftliche Handlung relevant, die z. B. bei der Abwicklung des Vertrages vorgenommen wird.

Als Nächstes erwähnt die Richtlinie den Begriff der Irreführung und differenziert hier zwischen der irreführenden Handlung (Art. 6) und der irreführenden Unterlassung (Art. 7). Entsprechend regelt auch der Regierungsentwurf die beiden unterschiedlichen Tatbestände in eigenen Normen (§ 5 und § 5a UWG-E). Der Entwurf

trifft aber grundsätzlich auch bei der Irreführung keine Unterscheidungen mehr zwischen B2B und B2C. Die §§ 5, 5a UWG-E gelten also – von der Ausnahmeregelung in § 5a Abs. 2 UWG-E abgesehen – für beide Gruppen. Der Begriff der irreführenden Handlung entspricht dabei dem alten § 5 UWG. Eine zusätzliche Klarstellung in § 3 Abs. 2 S. 2 UWG-E ist zu beachten, wonach es auch bei der Irreführung auf das wirtschaftliche Verhalten und Verständnis eines Durchschnittsverbrauchers ankommt. Im Übrigen gilt der Begriff der irreführenden Handlung nicht nur für Werbung, sondern gleichermaßen auch für andere Geschäftspraktiken. Konsequenterweise spricht § 5 UWG-E daher von der irreführenden „geschäftlichen Handlung“. In Art. 6 Abs. 1 findet sich ein generelles Verbot irreführender Handlungen mit einer abschließenden Liste der Prüfkriterien. Ferner werden in Art. 6 Abs. 2 noch zwei weitere Verstöße separat geregelt.

**PRAXISTIPP:** Konsequenterweise übernimmt der Regierungsentwurf die in Art. 6 abschließende normierte Liste in § 3 Abs. 3 UWG-E und verabschiedet sich damit vom alten UWG, welches die einzelnen Kriterien für eine Irreführung immer als nicht abschließend angesehen hat.

Art. 6 Abs. 1 enthält ein Generalverbot bezüglich jedweder falscher Angaben. Dabei ist allerdings Art. 5 Abs. 3 S. 2 zu beachten, wonach „kleine Lügen“ von diesem Verbot nicht erfasst sind.

## 4. Relevanz des Wettbewerbsverstoßes

Im Bereich irreführender Angaben liegt eine Täuschung und damit ein entsprechender Wettbewerbsverstoß grundsätzlich bei unwahren Angaben vor. Aber auch bei sachlich richtigen Angaben kann nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie ein Verstoß gegeben sein, wenn diese dennoch zur Täuschung geeignet sind und einen Durchschnittsverbraucher zu einer wirtschaftlichen Entscheidung veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. Geprüft werden muss bei sachlich richtigen Angaben also immer auch die Relevanz der jeweiligen Irreführung für den Vertragsabschluss.<sup>33</sup> Dabei ist der Wortlaut der Richtlinie jedoch unklar. Es scheint angesichts der Verknüpfung „oder“ nahe zu liegen, dass man die Kausalität für den Vertragsabschluss nur bei einer Täuschung, nicht aber bei unwahren Angaben zu prüfen habe. Der Regierungsentwurf hat sich klugerweise aus dieser Diskussion verabschiedet, indem er erst gar nicht das Kausalitätsmerkmal in den Text aufgenommen hat. Stattdessen verweist die Begründung darauf, dass sich aus dem Erfordernis der Kausalität ergebe, dass die Wesentlichkeit des Verstoßes weiterhin zu prüfen sei.<sup>34</sup> Nach Auffassung des Kabinetts müssen Verstöße ein „gewisses Gewicht im Wettbewerbsgeschehen“ haben, um relevant zu sein.<sup>35</sup> Dies ergebe sich auch aus dem Gesichtspunkt der Kausalität.<sup>36</sup>

29 Köhler, GRUR 2005, 793, 795, hingegen hielt es im Vorfeld für sinnvoll, den Verbraucherbegriff sowohl im UWG als auch im BGB neu zu definieren; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 2 Rn. 84.

30 S. 16 des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz vom 27.7.2007, im Volltext einzusehen unter [http://www.grur.de/cms/upload/pdf/aktuelles/2007-08-17\\_07-07-27\\_Referentenentwurf\\_endg.pdf](http://www.grur.de/cms/upload/pdf/aktuelles/2007-08-17_07-07-27_Referentenentwurf_endg.pdf).

31 Regierungsentwurf, S. 44. Dazu auch Köhler, GRUR 2005, 793, 795.

32 Einzelheiten hierzu bei Köhler, GRUR 2005, 793, 794 f.; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 2 Rn. 4a merkt an, dass der Begriff aber andererseits enger als der bisherige der „Geschäftspraktiken“, da er eben nur Maßnahmen im Vertikal-, nicht aber im Horizontalverhältnis, z. B. beim Bezug von Waren oder bei direkten Angriffen auf Mitbewerber, erfasst.

33 Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 3 Rn. 49 a.

34 Regierungsentwurf, S. 28.

35 Regierungsentwurf, S. 45; dabei muss jedoch beachtet werden, dass die im Anhang I der RL aufgeführten Tatbestände stets als erheblich anzusehen sind, vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 3 Rn. 49 a.

36 Regierungsentwurf, S. 44.

### a) Abschließende Regelungsgegenstände einer irreführenden Handlung

Im Weiteren finden sich in Art. 6 der Richtlinie einzelne „Punkte“, die abschließend Gegenstand einer irreführenden Handlung sein können. Zunächst erwähnt ist die Täuschung über das Vorhandensein und die Art von Produkten (Art. 6 Abs. 1 lit. a)). Dies wird ergänzt durch das Kriterium der Täuschung über die wesentlichen Merkmale des Produktes (Art. 6 Abs. 1 lit. b)). Diese Merkmale werden in einer langen Liste spezifiziert, die allerdings nicht abschließend ist, wie sich aus der Formulierung „oder“ ergibt. Die Regelung erinnert im Übrigen an § 1 Abs. 1 Ziff. 4 BGB – Informationsverordnung (BGB-InfoV). Dies legt die Frage nahe, ob man die Liste nicht auch für die Auslegung des Fernabsatzrechts nutzen kann. Im Referentenentwurf fehlten bestimmte Elemente aus der Liste, z. B. der Hinweis auf die „Risiken“ oder das „Zubehör“; im Regierungsentwurf sind diese Kriterien dann ausgeführt. Im Übrigen geht der Gesetzgeber davon aus, fehlende Merkmale seien bereits von § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E („zu erwartende Ergebnisse“ bzw. „Ausführung“, „Zusammensetzung“) erfasst.<sup>37</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. c) erwähnt sodann Täuschungen im Hinblick auf die Beweggründe für eine Geschäftspraktik, den Umfang der Verpflichtungen des Gewerbetreibenden, die Art des Vertriebs, sowie der Aussagen oder Symbole im Bezug auf Sponsoring bzw. beruflicher Zulassung. Die Umsetzung im Regierungsentwurf erfolgt in getrennten Regelungen (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 und 4 UWG-E). Bei den Angaben im Bezug auf Preise (Art. 6 Abs. 1 lit. d)) finden sich ebenfalls auffällige Parallelen zu § 1 Abs. 1 Nr. 7 BGB-InfoV. Hier sind in Art. 6 der Richtlinie allerdings Steuern, Transportkosten und ähnliche Posten nicht genannt. Insofern unterscheidet sich Art. 6 von Art. 7, wo bei der Frage der irreführenden Unterlassung eine Aufklärungspflicht in Bezug auf Transportkosten zu finden ist (Art. 7 Abs. 4 lit. c)). Weiter finden sich in Art. 6 Abs. 1 lit. e) Hinweise auf Leistung, Ersatzteile und Reparatur, in Deutschland umgesetzt in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UWG-E. Es fehlen jedoch Entsprechungen hierzu im Fernabsatzrecht.

### b) Bindung an Verhaltenskodizes

In Art. 6 Abs. 2 lit. b) findet sich dann noch die Bindung an Verhaltenskodizes (umgesetzt in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 des Regierungsentwurfes). Hiermit trägt die Richtlinie Vorgaben insbesondere aus Skandinavien, Großbritannien und den Niederlanden Rechnung, wo das Lauterkeitsrecht sehr stark durch Verhaltenskodizes einzelner Wirtschaftsverbände gesteuert wird. Das Problem ist allerdings, dass der Begriff der Verhaltenskodizes nicht klar definiert ist.<sup>38</sup> Er ist schon in der Richtlinie sehr weit gefasst worden und umfasst nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 des Regierungsentwurfes auch Vereinbarungen über einzelne geschäftliche Handlungen von Unternehmern. Hier drängt sich die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit solcher Verhaltenskodizes auf, insbesondere wenn sie mit wettbewerbsbeschränkenden Inhalten versehen sind.

**PRAXISTIPP:** Es ist zu beachten, dass von einer Bindung eines Verhaltenskodexes nicht die Rede sein kann, wenn es nur um eine rein faktische Bindung geht oder Falschangaben über den Inhalt der Verhaltenskodizes den Vorwurf einer Irreführung rechtfertigen.

### c) Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr mit Konkurrenzprodukten

Daneben zu beachten ist Art. 6 Abs. 2 lit. a), der als besondere Fallgruppe auch noch das Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr mit

Konkurrenzprodukten erwähnt.<sup>39</sup> Diese Fallgruppe erstaunt insofern, als man früher die Thematik eher als Problem der Täuschung über die betriebliche Herkunft angesehen und § 4 Nr. 9 lit. a) bzw. § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG angewandt hätte. Der Regierungsentwurf verweist zum Verhältnis von ergänzendem Leistungsschutz und der Fallgruppe der Verwechslungsgefahr ausdrücklich darauf, dass der ergänzende Leistungsschutz von der Richtlinie nicht berührt sei. Das Kabinett sieht aber auch das Problem der Abgrenzung zum Markenrecht. Früher ging man davon aus, dass das Markenrecht Vorrang vor dem UWG habe.<sup>40</sup> Jetzt scheint es zu einem Parallelverhältnis zu kommen, da es sich bei Art. 6 Abs. 2 lit. a) um eine europarechtliche Regelung handelt, welche sich durch die deutsche These vom Vorrang der markenrechtlichen Regelung nicht ohne Weiteres beschränken lässt.<sup>41</sup> Der Regierungsentwurf stellt insofern darauf ab, dass das Markenrecht nur die abstrakte Verwechslungsgefahr regelt, während das neue UWG auf die konkrete Verwechslungsgefahr („Confusion“) abstelle.<sup>42</sup> Im Hinblick darauf verzichtete das Ministerium anfänglich sogar auf eine Umsetzung und verwies die Gerichte lediglich darauf, eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen.<sup>43</sup> Offen bleibt damit, ob man § 4 Nr. 9 UWG als reine Norm des Mitbewerberschutzes richtlinienautonom interpretieren will.<sup>44</sup> Im Regierungsentwurf hat man die Probleme erkannt und nunmehr in § 5 Abs. 2 eine der Richtlinie entsprechende Regelung der abstrakten Verwechslungsgefahr aufgenommen.

## 5. Irreführende Unterlassungen

Neben der irreführenden Handlung regelt die Richtlinie auch den Bereich der irreführenden Unterlassung. Als Vorbild wird in der Diskussion oft Skandinavien genannt. Es geht hier vor allem um die Etablierung von Informations- und Aufklärungspflichten, wie man sie früher allenfalls aus § 2 Abs. 2 S. 2 UWG abgeleitet hätte. Nunmehr sieht Art. 7 – bzw. die Umsetzung dessen in § 5a UWG-E – eine Reihe von Informationspflichten vor.

**PRAXISTIPP:** Im Regierungsentwurf hat man sich dafür entschieden, diese nicht mehr nur im Bereich B2C, sondern auch im Bereich B2B anzuwenden.<sup>45</sup> Unklar ist allerdings, wie bereits erwähnt, das Verhältnis zu den anderen Informationspflichten, etwa nach Preisangaben- oder Fernabsatzrecht.

Ziel des lauterkeitsrechtlichen Regelungskomplexes ist jedenfalls die informierte geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers.<sup>46</sup> Um eine solche informierte Entscheidung zu ermöglichen, ist es nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie verboten, dem Verbraucher wesentliche Informationen vorzuenthalten. Der Vorenthaltung steht nach Art. 7 Abs. 2 aber auch die Verheimlichung gleich, die unklare, die unverständliche oder zweideutige, sowie die nicht rechtzeitige Information. Mit der Integration der Fallgruppe der unklaren Informationen ist das Verhältnis von Art. 7 zu Art. 6 jedoch recht problematisch geraten. Ein und dieselbe Information stellt sich zum einen als irreführende Wett-

<sup>37</sup> Regierungsentwurf, S. 42.

<sup>38</sup> Eine umfassende Auslegung des Begriffes im Hinblick auf das deutsche Recht findet sich bei Dreyer, WRP 2007, 1294, 1295 ff.

<sup>39</sup> Siehe hierzu ausführlich Steinbeck, WRP 2006, 632, 636 f.

<sup>40</sup> BGH, WRP 2002, 694, 696; Bornkamm, GRUR 2005, 97–102.

<sup>41</sup> Bornkamm, GRUR 2005, 97, 101.

<sup>42</sup> Regierungsentwurf, S. 31.

<sup>43</sup> Referentenentwurf, S. 30.

<sup>44</sup> So Henning-Bodewig, GRUR Int 2007, 986, 988.

<sup>45</sup> Regierungsentwurf, S. 46.

<sup>46</sup> Siehe hierzu auch Fn. 82.

bewerbshandlung, zum anderen als irreführende Unterlassung im Hinblick auf das Gebot der Klarheit der Informationen dar. Zu beachten sind dem Willen des Richtliniengebers nach im Übrigen die räumlich-zeitlichen Beschränkungen (Art. 7 Abs. 3). Dieser Verweis hat schon beim OLG Frankfurt dazu geführt, dass man für den Bereich der TV-Werbung bei Preisausschreiben auf die besonderen Merkmale des Mediums Fernsehen eingegangen ist.<sup>47</sup>

Art. 7 Abs. 4 sieht dann noch einen abschließenden Katalog von Informationspflichten „im Falle der Aufforderung zum Kauf“ vor. Warum die Richtlinie nur auf den Kauf abstellt, ist unklar, wie auch schon der deutsche Regierungsentwurf bemerkt und daher den Begriff durch die Wendung „Angebot von Waren oder Dienstleistungen“ ersetzt.<sup>48</sup>

**PRAXISTIPP:** Der Verbraucher ist in Anlehnung an den mit der Richtlinie verfolgten Zweck bei jedem Abschluss von Rechtsgeschäften zu schützen; der Schutz kann aber nicht davon abhängen, ob ein Vertrag sich als Kauf- oder etwa als Werkvertrag darstellt. Die Verletzung dieser Informationspflichten ist im Übrigen stets als wesentlich anzusehen und kann daher sofort gerügt werden.<sup>49</sup>

Falsch ist die Auffassung des Kabinetts im Regierungsentwurf, dass die Liste der Informationspflichten nicht abschließend sei.<sup>50</sup> Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 4 ist insoweit eindeutig und umfasst nur die ausdrücklich genannten Fälle.

**PRAXISTIPP:** Art. 7 Abs. 5 verweist zwar auf die „nicht erschöpfende Liste des Anhangs II“, wodurch sich in Zukunft über weitere Richtlinien auch weitere Informationspflichten „einschleichen“ könnten. Die sich aus Art. 7 ergebenden Informationspflichten sind hier aber dennoch abschließend aufgezählt und können nicht beliebig durch Auslegung erweitert werden.

Der in der Richtlinie mit „Aufforderung zum Kauf“ umschriebene Begriff des „Angebots“ ist im UWG-E untechnisch zu verstehen, also nicht im Sinne von § 145 BGB, sondern im Sinne der Preisangabenverordnung.<sup>51</sup> Ob es wirklich sinnvoll war und ist, solche Fallgruppen zu etablieren, wird sich noch zeigen.<sup>52</sup> Eigentlich ist der Katalog neben § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung etwa mit den Informationspflichten nach Fernabsatzrecht überflüssig.

Zu den nach Art. 7 Abs. 4 zu übermittelnden Informationen zählen unter anderem die wesentlichen Merkmale des Produktes. Dabei entspricht die Regelung den Vorgaben aus § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB-InfoV. Parallel zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 3 der BGB-InfoV werden Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden verpflichtend gemacht. § 1 Abs. 1 Nr. 7 und 8 der BGB-InfoV entsprechen dem Hinweis auf die Preise inklusive der entsprechenden Steuersätze und Transportkosten. Die Leistungsbedingungen finden ihr Pendant in § 1 Abs. 1 Nr. 9 der BGB-InfoV, ähnlich wie das Widerrufsrecht in § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV. Es fehlen allerdings noch entsprechende Regelungen im Bezug auf § 1 Abs. 1 Nr. 2, 5, 6, 11 und 12 sowie § 1 Abs. 2 BGB-InfoV. Es wäre hier zu fragen, ob ein Verstoß gegen diese Informationspflichten nach dem Willen des Richtliniengebers folgerichtig also auch nicht mehr als Verstoß gegen das UWG angesehen werden kann. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch Art. 7 Abs. 5, der auf die übrigen im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen bezüglich kommerzieller Kommunikation verweist.

**PRAXISTIPP:** In einem eigenen Annex II wird eine ausdrücklich als nicht erschöpfend erklärte „Liste von Informationspflichten“ aufgeführt. Die Liste in Annex II gilt auf jeden Fall als Verletzung wesentlicher Pflichten. Insofern wird die deutsche Rechtsprechung mit ihren Differenzierungen etwa zu den Impressumspflichten<sup>53</sup> und deren Wesentlichkeit nunmehr Gesetz werden.

Ein gewisses Korrektiv erfährt diese Regelung bei den Kosten einer etwaigen Abmahnung. Das Justizministerium hatte sich anfänglich dafür entschieden, losgelöst von der Richtlinie in § 12 Abs. 4 S. 3 UWG-E festzulegen, dass es keinen vollen Streitwert geben kann, wenn die Geschäftstätigkeit mit geringem Umfang verbunden ist und es an einem planmäßigen Wettbewerbsverstoß fehle. Man wollte vor allem den Anfangskaufmann davor schützen, die vielfältigen Informationspflichten etwa aus Annex II in vollem Umfang und mit der vollen Härte des Gesetzes erfüllen zu müssen, da diese Konstellationen in der Regel auch nicht zu einer wesentlichen Verfälschung des Wettbewerbs führen könnten.<sup>54</sup> Dieser Lösungsansatz wurde aber im Regierungsentwurf nicht weiter verfolgt. § 12 Abs. 4 S. 3 UWG-E wurde gestrichen. Ohnehin ist zu bedenken, dass schon nach geltendem Recht bei einfach gelagerten Fällen die Kosten reduziert werden.<sup>55</sup>

Wenn die Aufklärungspflicht verletzt ist und es dabei nicht um einen wesentlichen Verstoß geht, scheidet eine Sanktionierung gänzlich aus. Insofern ist ein unwesentlicher Verstoß kein Anlass für eine Streitwertherabsetzung, sondern allenfalls für einen Ausschluss von Ansprüchen. Neben den irreführenden Handlungen regelt die Richtlinie dann noch die aggressiven Geschäftspraktiken. Die entsprechenden Regelungen in den Art. 8 und 9 der Richtlinie sind nicht im Regierungsentwurf übernommen worden, da man insofern von der Anwendbarkeit des § 4 Nr. 1 und 2 UWG ausgeht.<sup>56</sup> Es handelt sich hier um die Fälle der Belästigung, der Nötigung und der sonstigen unzulässigen Beeinflussung. Geschützt ist der Verbraucher vor körperlicher Gewalt, autoritärem Druck oder wirtschaftlichem Druck, nicht allerdings gegen die Ausnutzung einer Vertrauensstellung (etwa im Falle der Laienwerbung<sup>57</sup>).

## V. Die Bestimmung der Unlauterkeitstat des Anhangs I („black list“)

Der Richtliniengeber hat sich dafür entschieden, eine Liste der Geschäftspraktiken aufzusetzen, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind (Verbote ohne Wertungsvorbehalt). Er hat gleichzeitig in Art. 5 Abs. 5 festgelegt, dass diese Liste in allen Mitgliedstaaten einheitlich zu gelten habe.<sup>58</sup> Insofern handelt es sich hierbei um den ersten Versuch einer EU-weiten Analysierung des Werberechts auf einem festen Niveau. Konsequenterweise verweist der Regierungsentwurf in seinem § 3 Abs. 3 darauf, dass ein Verstoß gegen die – im Anhang zu § 3

47 OLG Frankfurt, 1.2.2007 – 6 U 118/06 –, im Volltext einzusehen unter <http://web2.justiz.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/4dd04a17de79c763c1257249004a7703/9800835e2767b6a9c12572bb00485491?OpenDocument>.

48 Regierungsentwurf, S. 49.

49 Vgl. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rn. 1.26 a.

50 So der Regierungsentwurf, S. 49.

51 Regierungsentwurf, S. 49.

52 Skeptisch wohl auch Gernerth, WRP 2005, 391, 425; Seichter, WRP 2005, 1087, 1094.

53 Siehe beispielhaft BGH, WRP 2006, 1507–1511.

54 Referentenentwurf, S. 51.

55 So z. B. in BGH, BB 2007, 351, 351 f.

56 Regierungsentwurf, S. 33; zur Bedeutung für die richtlinienkonforme Auslegung von § 4 Nr. 2 UWG vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 4 Rn. 2.2.

57 Siehe zu dieser Thematik ausführlich Möller, WRP 2007, 6–19.

58 Eine umfassende Kommentierung der Liste findet sich bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-Rl. Anh. I.

Abs. 3 UWG-E umgesetzte – Liste auf jeden Fall unzulässig ist, wenn sie Verbrauchern gegenüber vorgenommen wird.

**PRAXISTIPP:** Spannend ist hier aber vor allem die Frage, ob sich darüber hinaus aus der Liste auch Indizwirkungen etwa für B2B-Fälle ableiten lassen.<sup>59</sup> Der Regierungsentwurf lehnt dies ausdrücklich ab<sup>60</sup> und verweist insofern auf die Komplexität des Anhangs. Allerdings darf dies nicht zu dem Umkehrschluss veranlassen, dass bei fehlender Anwendbarkeit des Annexes alles andere erlaubt sei, insbesondere im Bereich B2B. Der Annex ist aber auch insofern gefährlich, als ein Verstoß gegen seine verbindlichen Regelungen auf jeden Fall unlauter ist, d. h. unabhängig von der Erheblichkeit des Verstoßes oder von der fehlenden Kausalität dadurch bedingter Irrtümer für den Vertragsschluss.<sup>61</sup> Es handelt sich also um ein scharfes Schwert, welches im Einzelfall unter Umständen zu gewissen Wertungswidersprüchen führen kann.

Solche Wertungswidersprüche können sich hier vor allem auch daraus ergeben, dass der Unrechtsgehalt der einzelnen Punkte stellenweise extrem auseinander fällt.<sup>62</sup> So wird z. B. nach Nr. 3 RL/UWG-E die unwahre Behauptung, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen Stelle gebilligt worden, ebenso geahndet wie ein Fall der Nr. 26 UWG-E, dessen Verwirklichung in Deutschland regelmäßig auch die Verwirklichung von § 123 StGB zur Folge hätte. Gleiches gilt für die Nr. 25 UWG-E in Bezug auf den Tatbestand des § 240 StGB.

Dem Regelungsgefüge des UWG nach kommen in diesem Bereich noch die ergänzenden Regelungen in § 4 Nr. 7 bis 10 und 11 UWG hinzu, welche insbesondere auch für den Bereich B2B Wirkung entfalten. Unklar ist allerdings bislang das Schicksal von § 4 Nr. 1 bis 5 UWG.

Die einzelnen Verbote ohne Wertungsvorbehalt wurden im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG-E im Wesentlichen „originalgetreu“ übernommen. Die im Folgenden verwendeten jeweiligen Nummern der Richtlinie entsprechen den Nummern des UWG-EN nur soweit diese abweichen finden sich in Klammern die Nummern aus dem UWG-Entwurf.

## 1. Verbindlichkeiten von Verhaltenskodizes

Nr. 1 des Annexes regelt die Verbindlichkeit von Verhaltenskodizes.<sup>63</sup> Wie Art. 10 der Richtlinie betont, sind Verhaltenskodizes, die das Lauterkeitsverhalten der Unternehmen regeln, durchaus erwünscht. In Deutschland kann man als Beispiel für solche Kodizes auf den deutschen Werberat, die FSM (Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia e.V.), die FSF (Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e.V.) und die FSK (Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft e.V.) verweisen. Der Verbraucher ist hierbei darauf angewiesen, dass er auf die Einhaltung und Verbindlichkeit der jeweiligen Verhaltenskodizes vertrauen kann. Der nicht gerechtfertigte Verweis auf Verhaltenskodizes, die man gar nicht unterschrieben hat, gilt daher als irreführend, selbst wenn es sich insofern nur um eine bloße Bezugnahme handelt.<sup>64</sup> Die Fallgruppe erinnert insoweit etwa an die Entscheidung des Landgerichts Erfurt, wonach ein falscher Link auf einen Berufsverband nach § 5 Abs. 1 UWG gerügt werden kann.<sup>65</sup>

**PRAXISTIPP:** Zu beachten ist, dass der Begriff der Verhaltenskodizes sehr weit gefasst ist.<sup>66</sup> Er umfasst auch Bindungen von Herstellern zu Abnehmern und Zulieferern und kann somit zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Zu prüfen ist daher inzident immer auch die kartellrechtliche Zulässigkeit der Verhaltenskodizes.<sup>67</sup> Eine unwahre Angabe liegt im Übrigen auch dann vor, wenn die Beitrittserklärung oder der Kodex unwirksam ist.<sup>68</sup>

## 2. Irreführende Verwendung von Gütezeichen

In Nr. 2 wird die irreführende Verwendung von Gütezeichen geregelt. Die Regelung erstreckt sich auf die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätszeichen „oder Ähnlichem“. Dabei ist die letzte Alternative nicht näher definiert und es fragt sich, was unter diesen Begriff zu subsumieren ist.<sup>69</sup> Die entsprechenden Kennzeichen müssen jedenfalls ohne die dafür erforderliche Genehmigung geführt werden.<sup>70</sup> Die Erfindung von unseriösen Kennzeichen fällt daher nicht unter die Fallgruppe. Zu denken wäre etwa an den Fall des Landgerichts Dresden, wo jemand mit der Auszeichnung der europäischen Wirtschaftskammer Brüssel geworben hatte, ohne dass eine solche Kammer überhaupt existierte.<sup>71</sup> Wird ein entsprechendes Zeichen hingegen zu Unrecht erteilt, liegt nach älterer Rechtsprechung des BGH ein Verstoß gegen § 3 UWG vor.<sup>72</sup> Wie der Fall jetzt zu beurteilen wäre, ist unklar. Jedenfalls gehört die falsche Werbung mit Meinungsumfragen und deren Ergebnissen wohl nicht hierher.

## 3. Irreführung in Bezug auf die öffentliche Billigung eines Kodizes

Nr. 3 regelt Irreführungen in Bezug auf die öffentliche Billigung eines Kodizes. Hier wird fälschlicherweise behauptet, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt. Die Fallgruppe gilt – in Abgrenzung zu Nr. 2 – nicht für falsche Gütezeichen. Dahinter verbirgt sich vielmehr das skandinavische Modell eines Systems öffentlicher Billigung von Verhaltenskodizes.<sup>73</sup> Da sie grundsätzlich erwünscht sind, muss der Verbraucher konsequenterweise auf die diesbezüglichen Angaben vertrauen können. Kritisiert wird in diesem Zusammenhang jedoch, dass im Einzelfall die Behauptung, ein Kodex werde öffentlich gebilligt, für die Entscheidung des Verbrauchers gänzlich irrelevant sein könne.<sup>74</sup> Hier zeigt sich also die Rigidität der Liste bei der Anwendung auf bestimmte Einzelfälle.

## 4. Unwahre Angabe über die Bestätigung eines Produktes

Nr. 4 regelt die unwahre Angabe über die Bestätigung, Billigung oder Genehmigung eines Produktes durch eine öffentliche oder private Stelle. Darunter fällt z. B. der Verweis auf Ergebnisse von Stiftung Warentest, auf TÜV-Prüfungen oder die nicht bestehende Genehmigung für Bauprodukte nach der Landesbauordnung.<sup>75</sup>

## 5. Lockangebote

Nr. 5 regelt die Lockangebote, welche vor der Richtlinie bereits von § 5 Abs. 5 UWG dem Grunde nach erfasst waren. Zu beachten ist

59 Bejahend *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Einf. Rn. 8.

60 Regierungsentwurf, S. 45.

61 Auch kann wohl keine Absicht der Beeinträchtigung seitens des Werbenden gefordert werden (so *Hecker*, WRP 2006, 640, 644).

62 *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1094 f.

63 Hierzu ausführlich *Dreyer*, WRP 2007, 1297–1303.

64 Regierungsentwurf, S. 60.

65 LG Erfurt, MMR 2003, 491.

66 *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rn. 5.163 greift insoweit auf die Definition von Wettbewerbsregeln in § 24 Abs. 2 GWB zurück.

67 Dazu s. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rn. 5.165.

68 So auch *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1298 f.

69 *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 2.2 schlägt z. B. die CE-Kennzeichnung als ähnliches Zeichen vor.

70 Siehe dazu bereits in der Vergangenheit OLG Hamburg, WRP 1973, 651.

71 LG Dresden, WRP 2000, 662.

72 BGH, GRUR 1998, 1043.

73 Hierzu näher *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1299 f.; in Deutschland z. B. gem. § 24 Abs. 3 GWB durch das Bundeskartellamt.

74 So *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1095.

75 Zuletzt zu diesem Fall siehe BGH, GRUR 2006, 82.

hierbei, dass die Richtlinie die legaldefinierten „Lockangebote“ etwas weiter gefasst hat.<sup>76</sup>

**PRAXISTIPP:** Die Beweislast für die fehlende Aufklärung über etwaige Liefer Schwierigkeiten liegt nunmehr beim Anspruchsberechtigten. Der Unternehmer hat demgegenüber die fehlenden Anhaltspunkte für Lieferprobleme vorzutragen.<sup>77</sup> Bei der Vergleichbarkeit der Waren- und Dienstleistungen ist von einer engen Auslegung auszugehen.

Die Waren- und Dienstleistungen müssen tatsächlich gleichwertig und funktional substituierbar sein, was bei Markenprodukten im Einzelnen begriffliche Probleme hervorrufen kann. § 5 Abs. 5 UWG, der ebenfalls die Irreführung bezüglich der unzureichenden Bevorratung sanktioniert, wird im Regierungsentwurf aufgehoben.<sup>78</sup>

## 6. „Bait and Switch“

Nr. 6 regelt den Bereich des „Bait and Switch“. Hierunter sind der Legaldefinition entsprechend die Fälle zu verstehen, bei denen der Kunde zum Kauf eines Produktes aufgefordert wird, der Verkäufer sich dann aber weigert, den zuvor angepriesenen Artikel zu zeigen bzw. zu verkaufen, um dem Interessenten ein anderes Produkt „anzudrehen“. Dieser konkrete Fall war dem deutschen Recht bisher fremd, weshalb es hierzu auch keine gesicherte Rechtsprechung gibt. Dies wird teilweise auch als Anhaltspunkt gedeutet, die Liste konkretisiere nicht lediglich die Generalklausel, sondern habe eine eigene Funktion.<sup>79</sup>

## 7. Frage der zeitlichen Lieferbarkeit

Nr. 7 regelt die Frage der zeitlichen Lieferbarkeit. Danach ist eine Geschäftspraktik irreführend, wenn fälschlicherweise behauptet wird, ein Produkt sei nur für einen sehr begrenzten Zeitraum verfügbar, um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten. Es handelt sich insofern um eine Fallgruppe des psychologischen Kaufzwangs durch übertriebenes Anlocken. Die besondere Gefahr liegt aus der Sicht des Richtliniengabers darin, dass der Verbraucher die Chance zu einer „Informed Decision“ verliert.<sup>80</sup> Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn er im Einzelfall auch innerhalb sehr kurzer Zeit eine informierte Entscheidung treffen kann, so z. B. bei Waren des täglichen Bedarfs.<sup>81</sup>

## 8. Verbot der Irreführung über zu verwendende Sprache

Kompliziert ist der Fall in Nr. 8. Es geht um eine Sprachenproblematik, die nur dann auftritt, wenn ein Unternehmer sich „zu nett“ während der Vertragsverhandlungen auf die Sprache des Verbrauchers einstellt. Würde z. B. ein Unternehmen mit Sitz in Großbritannien aus Nettigkeit den Vertragsabschluss in deutscher Sprache vorbereiten und durchführen, wäre es ihm verwehrt, die Kundendienstleistung in englischer Sprache zu bringen. Die Fallgruppe dient dem Schutz der Erwartung des Verbrauchers dahingehend, dass die Leistung auch in der Vertragsabschlussprache erbracht wird.<sup>82</sup> Allerdings regelt die Richtlinie damit nicht den Fall, dass allgemein Sitzsprache und Leistungssprache voneinander abweichen.

**PRAXISTIPP:** Der betroffene Unternehmer kann diesem Verbot nur dann entgehen, wenn er eine ausführliche Aufklärung des Verbrauchers über die Abweichung von Vertragsabschluss- und Vertragsdurchführungssprache vornimmt. Dabei stellt sich aber schon die Frage, in welcher Sprache eine solche Aufklärung zu erbringen wäre.

## 9. Fehlende Verkehrsfähigkeit

Nr. 9 regelt den Fall des Verkaufs von Produkten, denen aufgrund der Rechtsordnung die Verkehrsfähigkeit fehlt. Unwahre Angaben über die Verkehrsfähigkeit beziehen sich z. B. auf den Fall der fehlenden Betriebserlaubnis.<sup>83</sup> Es könnten hierher aber auch die Fälle gehören, dass Produkte in Deutschland verkauft werden, obwohl ihnen die EU-Erschöpfung fehlt. Auch das Erwecken eines falschen Eindrucks über die Verkehrsfähigkeit schadet; damit beschränkt der Entwurf die Unlauterkeit nicht nur auf ausdrückliche Angaben.

## 10. Verbot der Werbung mit Selbstverständlichkeiten

Nr. 10 ist eine der sicherlich rätselhaftesten Regelungen im Annex. Verboden ist es hiernach, gesetzliche Rechte als Besonderheit des Angebots hervorzuheben. Besonders erwähnt der Regierungsentwurf die werbemäßige Nutzung von Hinweisen auf allgemeine Verbraucherrechte.<sup>84</sup> Auch allgemeine Geschäftsbedingungen könnten als Besonderheit des Angebots angesehen werden. Insofern verbietet die Richtlinie die Werbung mit Selbstverständlichkeiten. Gleichzeitig werden aber auch gängige deutsche Praktiken bei der Vertragsgestaltung sanktioniert, nämlich die Aufklärung von Verbrauchern über ihre Rechte im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen.

**PRAXISTIPP:** Hier sollte man die Regelung also nur anwenden, wenn die angepriesenen gesetzlichen Verbraucherrechte in übertriebener Weise suggerieren, man billige dem Verbraucher mehr zu, als ihm nach dem Gesetz ohnehin zustünde.<sup>85</sup>

## 11. Getarnte Verkaufsförderungsmaßnahmen

Nr. 11 regelt die als redaktionelle Information getarnte Verkaufsförderungsmaßnahme. Dieser Fall ist identisch mit dem Trennungsgebot. Im Übrigen ist zu beachten, dass er auch schon in § 4 Nr. 3 und 11 UWG geregelt worden ist, insbesondere wegen der Einbindung des Verbotes von Schleichwerbung in § 7 des Rundfunkstaatsvertrages.<sup>86</sup>

## 12. Unwahre Angaben über Gefahren bei Nichterwerb einer Ware

Nr. 12 regelt unwahre Angaben über eine Gefahr für die persönliche Sicherheit des Verbrauchers bei Nichterwerb der Ware.<sup>87</sup> Der Fall erinnert an einen älteren BGH-Fall.<sup>88</sup> Dort war es als zulässig angesehen worden, allgemein darauf hinzuweisen: „Erkältung und grippale Infekte überrollen Berlin; sofort besorgen – Klosterfrau“. Die Frage ist, wie man diesen Fall nach neuem Recht lösen würde. Im Kern handelt

<sup>76</sup> Dies insbesondere durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die in einem Katalog ohne Wertungsmöglichkeiten an sich Fremdkörper darstellen, vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 5.1 ff.

<sup>77</sup> So kann z. B. eine Exkulpation über den Beweis einer unerwartet hohen Nachfrage erfolgen, vgl. BGH, GRUR 1989, 609, 610 – Fotoapparate).

<sup>78</sup> Referentenentwurf, S. 54 und Regierungsentwurf S. 47. Krit. dazu *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 5.7.

<sup>79</sup> So *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1095.

<sup>80</sup> Der den Zweck der Richtlinie konkretisierende Grundsatz der „informierten Entscheidung“ findet sich an zahlreichen Stellen der Richtlinie ausdrücklich wieder, so z. B. in Erwägungsgrund 6 a. E., Erwägungsgrund 14, in Art. 2 lit. e) usw.

<sup>81</sup> Anders als der RefE übernimmt der RegE allerdings die Einschränkung der Möglichkeit zu einer informierten Entscheidung, vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 7.5.

<sup>82</sup> Anders *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 8.4, der nach dem englischen Wortlaut davon ausgeht, dass Nr. 8 sich nicht auf die Vertragsleistung, sondern lediglich auf Kundendienstleistungen („after sales service“) wie z. B. eine Kundenhotline bezieht.

<sup>83</sup> Siehe z. B. für ein nicht zugelassenes Funktelefon OLG München, GRUR 1987, 181.

<sup>84</sup> Regierungsentwurf, S. 60.

<sup>85</sup> So auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 10.1.

<sup>86</sup> Siehe dazu S. 60 des Regierungsentwurfs.

<sup>87</sup> Nach *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 12.4, erfasst die Regelung neben dem Kauf auch den Abschluss von Werkverträgen jedoch nicht den Abschluss von Versicherungen.

<sup>88</sup> BGH, GRUR 1986, 902 – Angstwerbung.

es sich zwar nicht um eine unwahre Angabe. Dennoch ist sie eventuell als so übertrieben anzusehen, dass der direkte Zusammenhang zwischen der Gesundheit und dem Nichterwerb letztlich irreführend ist. Auch solche Fälle könnten daher nun als unwahre Angaben angesehen werden, was im Einzelnen der Klärung durch die Rechtsprechung bedarf.

### 13. Irreführung durch Werbung mit Warenähnlichkeit

In Nr. 13 geht es um eine Fallgruppe mit starkem Bezug zum Markenrecht. Hier geht es darum, dass jemand für Produkte, die einem anderen Produkt ähnlich sind, in einer Art wirbt, die eine beabsichtigte Herkunftstäuschung mit sich bringt. Der Fall erinnert deutlich an das Markenrecht ebenso wie an die Fallgruppen in § 4 Nr. 9 und § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG. Allerdings wird hier nur die Warenähnlichkeit geprüft, nicht die Ähnlichkeit der entsprechenden Marken selbst. Unklar ist jedoch die Schutzrichtung, die wohl eher B2B als B2C zuzurechnen wäre<sup>89</sup>, was angesichts der ausdrücklichen Ausrichtung der Richtlinie auf den Bereich des B2C sehr verwundert. Gefährlich ist auch das Element der Täuschungsabsicht, welches nur in wenigen klaren Fällen nachzuweisen sein dürfte.

### 14. Schneeballsysteme

Nr. 14 behandelt die sog. Schneeball- und Pyramidensysteme. Die Richtlinie hatte hier einen stilistischen Fehler dahingehend begangen, dass sie aus einer Legaldefinition eine unklare Beschreibung des Begriffs der Schneeballsysteme abgeleitet hatte. Schneeballsysteme waren schon nach § 16 Abs. 2 UWG als progressive Kundenwerbung verboten.<sup>90</sup>

**EINSCHÄTZUNG:** Das Verhältnis der Nr. 14 zu § 16 Abs. 2 UWG ist daher nun unklar. Meines Erachtens wird man wohl § 16 Abs. 2 UWG als *lex specialis* ansehen können.<sup>91</sup>

Dafür spricht, dass diese Regelungen auf spezielle Systeme zwecks Abschluss „gleichartiger Geschäfte“ abstellt. Nr. 14 hingegen ist sehr weit formuliert und umfasst jedes System zur Verkaufsförderung. Damit ist unter Umständen ein weiteres Verbot über § 16 Abs. 2 UWG hinaus eingeführt, dessen Konturen etwa in Abgrenzung zu Abo-Diensten oder Tupper-Partys aber noch unklar sind.

### 15. Scheinräumungs- und -verlegungsverkäufe

Nr. 15 behandelt den Fall der Scheinräumungsverkäufe und – gegenüber dem alten Recht neu – der Scheinverlegungsverkäufe. Der Tatbestand ist meines Erachtens kaum justiziabel. Ein handfester Nachweis für solche Scheinräumungskäufe wird nämlich immer erst *ex post* gelingen, womit die Regelung im Wesentlichen ins Leere gehen dürfte. Nicht in der Richtlinie geregelt ist der nach dem Wegfall der Sonderveranstaltungsverbote im UWG nicht mehr ausdrücklich erfasste Fall des Vor- oder Nachschiebens von Ware bei Räumungsverkäufen.

### 16. Unklare Hinweise zu Gewinnchancen

Nr. 16 regelt den Fall der unklaren Hinweise zu Gewinnchancen.<sup>92</sup> Dieser Fall war schon in §§ 3, 4, 5 und 6 UWG geregelt, ähnlich auch in § 611 a BGB. Verboten war beispielsweise schon nach altem Recht die Verrechnung von Reisegutscheinen nur bei der Reisebuchung<sup>93</sup> oder die allgemeine Beschreibung von Gewinnen über 0190<sup>94</sup>. Hier liegt allerdings ein neuer Tatbestand vor, der abseits von Irreführung

oder Kopplungsgeschäften jede Angabe erhöhter Gewinnchancen bei Erwerb der Ware oder Dienstleistung verbietet.

**PRAXISTIPP:** Das Verbot umfasst selbst den Fall der grundsätzlich sachlich richtigen Angabe. Damit sind Glücksspiele, die sich ausschließlich an die Kunden eines Unternehmens richten, verboten. Es reicht eventuell sogar schon aus, dass der am Glücksspiel interessierte Verbraucher hierfür das Geschäftslokal betreten muss. Abweichend vom bisherigen UWG gibt es auch keine Ausnahmen mehr für die naturgemäße Verbindung von Gewinnspielen in speziellen Zeitschriften. Im Übrigen gilt der insoweit eindeutige Wortlaut der Vorschrift nur für Glücksspiele, womit z. B. Preisausschreiben nicht erfasst sind.<sup>95</sup>

### 17. Unwahre Angaben über heilende Produktwirkung

Nr. 17 (18) regelt den Fall der unwahren Angaben über die heilende Wirkung eines Produktes für Krankheiten, Funktionsstörungen und Missbildungen. Ein Beispiel könnte etwa der Fall eines Allergiestaubsaugers sein, der mit „Medic“ bezeichnet wird. Ähnlich problematisch wäre der Fall eines orthopädischen Bettes, das als solches keine Wirkung entfaltet. Die Beweislast für die wissenschaftlich-medizinische Wirkung dürfte beim Verkäufer liegen. Auch hier ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten, insbesondere zu § 3 Heilmittelwerbegesetz (HWG), der in Nr. 2 HWG Missbräuche im Falle therapeutischer Unwirksamkeit regelt. Im Übrigen ist der Begriff des Heilens in Nr. 17 wohl enger als der des HWG.

### 18. Unwahre Angaben über Marktbedingungen

Ebenfalls sehr ominös ist die neue Fallgruppe der Nr. 18 (19), nämlich der unwahren Angaben über die Marktbedingungen oder Bezugsquellen. Verboten ist es hiernach, den Verbraucher über die tatsächlichen allgemeinen Marktbedingungen bzw. die Produktverfügbarkeit irrezuführen, um ihn dazu zu bewegen, das Produkt zu weniger günstigen Marktbedingungen zu kaufen. Der Regierungsentwurf verzichtet bedauerlicherweise gänzlich auf eine Erläuterung der Fallgruppe. Rätselhaft ist dabei insbesondere der Verweis der Richtlinie auf die „Marktbedingungen“ beziehungsweise die „normalen“ Marktbedingungen. Das DTI erwähnt in seinem Bericht als Beispielsfall die Konstellation, dass ein Makler ein Haus verkauft und dabei falsche Angaben darüber macht, dass er bereits ähnliche Objekte in der Region zum gleichen Preis verkauft habe.<sup>96</sup> Ähnlich könnte man darunter den Fall des BGH subsumieren, wonach jemand mit der Aussage „Direkt ab Werk! Kein Zwischenhandel! Garantierter Tiefpreis“ wirbt, obwohl – wie üblich – eine Gewinnspanne für Händler eingerechnet worden ist.<sup>97</sup>

<sup>89</sup> So auch: Köhler, GRUR 2005, 793, 799.

<sup>90</sup> Siehe dazu auch BGH, NJW 1995, 377 – progressive Kundenwerbung; OLG Karlsruhe, GRUR 1989, 615 – Karlsbader Goldkreis.

<sup>91</sup> Bornkamm lässt § 16 Abs. 2 UWG bei zivilrechtlicher Durchsetzung hinter Nr. 14 zurücktreten, aber die Anwendbarkeit als Straftatbestand unberührt, Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 14.1.; anderer Auffassung ist wohl Olesch, WRP 2007, 908, 909 f., der auf die Bedeutung des Verbraucherbegriffes in diesem Zusammenhang abstellt und den Fall der (Verbraucher-)Schneeballsysteme als weder von den §§ 4 Nr. 1, 16 II UWG, noch von Nr. 15 der Richtlinie erfasst ansieht.

<sup>92</sup> Ausführlich hierzu: Glöckner, WRP 2005, 1311, 1334.

<sup>93</sup> OLG Frankfurt, GRUR 1999, 778.

<sup>94</sup> BGH, GRUR 2005, 1061.

<sup>95</sup> So auch Glöckner, WRP 2005, 1311, 1335; Köhler greift auf den Begriff des Glücksspiels der E-Commerce Richtlinie (2000/31/EG), die einen geldwerten Einsatz verlangt, zurück; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 16.5.

<sup>96</sup> S. 26 des Berichts des Department of Trade and Industry (DTI) vom Mai 2007; im Volltext einzusehen unter [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/consumer\\_protection/oft931cgn.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/consumer_protection/oft931cgn.pdf).

<sup>97</sup> BGH, WRP 2005, 474 – Direkt ab Werk. Bornkamm ergänzt die Konstellation, dass der Unternehmer über das Fehlen weiterer Bezugsquellen als Marktbedingungen täuscht, Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 18.4.

## 19. Verbot von Gewinnspielen und Preisausschreiben

Nach Nr. 19 (20) gibt es künftig auch ein Verbot von Gewinnspielen und Preisausschreiben, wenn die ausgelobten Preise oder zumindest ein angemessenes Äquivalent nicht vergeben werden. Der Fall ist nicht neu, es handelt sich um eine kleine Fallgruppe aus dem alten UWG. Erwähnt seien verschiedene ältere Entscheidungen hierzu.<sup>98</sup> Hinzu kommen in diesem Bereich die Tatbestände des übertriebenen Anlockens und der fehlenden Transparenz.

## 20. Verbot der Irreführung über den Preis

Nr. 20 (21) verbietet die Beschreibung eines Produkts als „umsonst“, „gratis“ oder mit ähnlichen Begriffen, die einen völlig kostenlosen Erwerb der Produkte suggerieren. Dabei geht es um eine Irreführung über den Preis, die schon nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 des neuen UWG zu rügen wäre.

**PRAXISTIPP:** Allerdings erlaubt die Regelung ihrem Wortlaut nach die Verwendung der Aussage „gratis“ etc., obwohl z. B. dennoch unvermeidbare Lieferkosten entstehen. Dies ist eine Änderung zum alten Recht, das verdeckte unvermeidbare Liefer- oder Nebenkosten bei der Werbung mit „gratis“ etc. als irreführende Blickfangwerbung angesehen hätte.<sup>99</sup> Darüber hinaus ist neben der Fallgruppe noch zu beachten, dass Gratisleistungen unter Umständen auch wegen Behinderungswettbewerb verboten sein können.<sup>100</sup> Schwierig einzuordnen sein dürfte künftig auch der Fall, dass eine Kinderfreifahrt für ein Karussell nur bei bezahlter Mitfahrt von Erwachsenen möglich ist.<sup>101</sup>

## 21. Verbot der Vortäuschung einer Zahlungspflicht in einem Werbeangebot

Nach Nr. 21 (22) darf durch Zusendung von „Werbematerial unter Beifügung einer Zahlungsaufforderung“ nicht der Eindruck entstehen, dass bereits eine Ware bestellt sei. Diese Fallgruppe ist nicht neu, sondern bereits durch § 4 Nr. 1 UWG abgedeckt.<sup>102</sup> Sie wurde dennoch in Nr. 21 (22) der deutschen „black list“ übernommen, weil das Kabinett ihren Anwendungsbereich für weitergehend hält.<sup>103</sup>

## 22. Verbot der Verschleierung unternehmerischen Handelns

Nr. 22 (23) verbietet das falsche Auftreten des Unternehmers mit dem Eindruck oder der unwahren Angabe, er handle nicht unternehmerisch oder sei ein Verbraucher. Beispiele ergeben sich hier im eBay-Bereich, wo es zahlreiche falsche Auftritte als „Privatverkäufer“ gibt.<sup>104</sup> Nicht von dieser Fallgruppe erfasst sind hingegen falsche Angaben über Vertragshändler, Vertragswerkstatt und Kundendienst.

## 23. Verbot der Irreführung im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr

Nach Nr. 23 (24) wird der Eindruck oder die unwahre Angabe sanktioniert, ein Kundendienst bestehe in anderen Ländern als dem EU-Sitzland. Der Begriff des Kundendienstes ist hier sicherlich weit zu fassen, er umfasst auch Instandsetzung, Instandhaltung, die Lieferung von Updates/Upgrades sowie die Kundenhotline.

**PRAXISTIPP:** Der Begriff des „fälschlichen Eindrucks“ ist jedoch nicht weiter konkretisiert. Er umfasst in Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 wohl auch sachlich richtige Angaben. Der Verstoß liegt folglich schon darin, dass ein Kundendienst nur in einem anderen EU-Land verfügbar ist bzw. ein entsprechender Eindruck erweckt wird.

## 24. Unzulässigkeit eines sog. Raumzwangs

Nach Nr. 24 (25) besteht künftig in der EU eine neue Fallgruppe unlauteren Verhaltens in Fällen des sog. Raumzwanges. Dabei geht es um den Fall, dass der Eindruck entsteht, bestimmte Räumlichkeiten könnten ohne vorherigen Abschluss eines Vertrages nicht verlassen werden. Hier zählt dem Wortlaut nach wohl allein der falsche Eindruck.

**PRAXISTIPP:** Probleme bestehen in diesem Kontext künftig bei der Verwendung von Geldtellern beim Verlassen von Toiletten, aber auch bei der Kasse im Selbstbedienungsmarkt.

## 25. Unzulässigkeit bestimmter Haustürgeschäfte

Nr. 25 (26) sanktioniert bestimmte Haustürgeschäfte, nämlich dann, wenn jemand bei solchen Haustürgeschäften nicht die Aufforderung beachtet, die Wohnung zu verlassen. Hier liegt ein typischer Fall eines Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB vor, womit der Fall auch vorher schon als unlauter einzustufen war.<sup>105</sup> Unglücklich ist allerdings der Zusatz, dass das lauterkeitsrechtliche Verbot nicht zum Tragen kommt, wenn der Besuch rechtlich zur Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt ist. Der Regierungsentwurf verweist hier auf Fälle, in denen eine vertragliche Mitwirkungspflicht des Verbrauchers besteht. Man kann hier z. B. an die Besuche der GEZ denken.<sup>106</sup> Teilweise wird in der Literatur aus der Regelung auch gefolgert, dass sie eine – im Einzelnen problematische – Wertentscheidung zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Haustürwerbung beinhaltet.<sup>107</sup>

## 26. Unzulässiges Direktmarketing

Nr. 26 regelt den Fall des unzulässigen Direktmarketings, also die Werbung durch direktes „Ansprechen“ des Verbrauchers mittels Telefon, Fax, E-Mail oder sonstiger für den Fernabsatz geeigneter Medien. Das Kabinett hat diese Regelungen nicht übernommen, da man davon ausging, dass sich in § 7 Abs. 2 UWG bereits schon ein stärkeres Verbot von Opt-in befindet.<sup>108</sup> Nr. 26 verbietet demgegenüber nur das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen. Das Kabinett stellt sich allerdings auf den Standpunkt, dass Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie hier aufgrund der Vorbehalte in Erwägungsgrund 10 und Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie Vorrang habe.<sup>109</sup> Insofern verzichtete man auf die Übernahme von Nr. 26 zugunsten sogar noch schärferer Regeln im Telefonmarketing.

Das Justizministerium plant darüber hinaus aber auch weitere umfassende Neuregelungen, wie z. B. Bußgelder für Cold-Calling; ferner soll die Rufnummerunterdrückung generell verboten und das TKG entsprechend geändert werden; Zustimmungserklärungen des Verbrauchers sollen sich zukünftig ausdrücklich auf Werbeanrufe beziehen müssen, um in diese wirksam einzuwilligen.<sup>110</sup> Weiter sollen die Wi-

98 BGH, GRUR 1989, 434 – Gewinnspiel I; OLG Karlsruhe, WRP 1964, 499.

99 Vgl. z. B. BGH, WRP 1999, 90 – Handy für 0,00 DM.

100 BGH, GRUR 2001, 80 – ad-hoc.

101 BGH, GRUR 1978, 182 – Kinder-Freifahrt.

102 BGH, GRUR 1994, 126 – Folgeverträge.

103 Regierungsentwurf, S. 60.

104 Siehe dazu etwa schon zum älteren Recht OLG Hamm, WRP 1981, 540, sowie BGH, GRUR 1987, 748 – getarnte Werbung II.

105 So auch Hecker, WRP 2006, 640, 644.

106 Für Köhler muss es sich um ein Recht handeln, das das Betreten auch gegen den ausdrücklichen Willen des Wohnungsinhabers erlaubt wie im Fall der Selbsthilfe §§ 229 ff. BGB, Hefermehl/Köhler/Dornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 25.2.

107 Hecker, WRP 2006, 640, 645; Köhler, GRUR 2005, 794, 800, hingegen hält ein über die Richtlinie hinausgehendes Verbot von Haustürwerbung unter dem Aspekt der Beeinträchtigung der Privatsphäre nach § 7 UWG für grundsätzlich zulässig.

108 Regierungsentwurf, S. 27.

109 So auf S. 28 des Regierungsentwurfs.

110 Zu diesen Themen ausführlich: Witzmann/Selcher, WRP 2007, 699–708.

derrufsrechte nach § 312 d Abs. 4 BGB auch auf Verträge über die Lieferung von Zeitungen und Zeitschriften bezogen werden können; auch Verträge über Wett- und Spieleleistungen sollen mit Widerrufsrechten versehen werden. Neuerdings stellt sich hier die Frage, ob dies noch mit den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie konform ist, die entsprechende Ausnahmen vorsah.<sup>111</sup>

## 27. Unzulässiges nachvertragliches Handeln eines Versicherungsunternehmens

Nr. 27 ist eine weitere rätselhafte Regelung im Anhang I. Es geht hier um die Einforderung unnötiger Unterlagen bei Versicherungsansprüchen sowie die systematische Nichtbeantwortung von Schreiben im Versicherungsbereich. Eine solche Fallgruppe ist bislang im UWG nicht geregelt. Dies hat vor allem damit zu tun, dass es sich hierbei um ein nachvertragliches Handeln des Unternehmens handelt. Erstaunlich ist die Beschränkung der Regelung auf die Versicherungsbranche. Auch stellt sich die Frage, wie man die Erforderlichkeit von Unterlagen bestimmt, insbesondere im Hinblick auf die Unterschiede zwischen einer ex ante- und ex post-Betrachtung. Unklar ist auch der Zeitraum, der für die Nichtbeantwortung relevant sein könnte. Auch ist die Frage, ob man den besonderen Prüfungsnotwendigkeiten der Versicherungsbranche Rechnung tragen kann. Dass es zu Missbräuchen im Versicherungsbereich in dieser Fragestellung kommt, zeigen einige Homepages.<sup>112</sup> Unklar ist jedoch auch, ob das gleiche Verhalten bei anderen Unternehmensbranchen nunmehr problemlos zulässig sein soll.

**EINSCHÄTZUNG:** Man könnte meines Erachtens aus Nr. 27 durchaus sogar einen Rückschluss auf die Unzulässigkeit in anderen Branchen ziehen, da die Liste lediglich die häufigsten in Europa auftretenden Wettbewerbsverstöße enthält und die Versicherungsbranche hier scheinbar so etwas wie eine „Vorreiterstellung“ innehat.

## 28. Verbot der direkten Werbung für Kinder

Für große Unsicherheit in der Rechtsanwendung wird auch die Regelung in Nr. 28 sorgen.<sup>113</sup> Hier geht es um das Verbot von direkter Werbung für Kinder. Unter dem Begriff der Kinder sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Jugendschutzgesetz Personen unter 14 Jahren gemeint. Hinzukommt die bereits für Kinder und Jugendliche in § 4 Nr. 2 UWG normierte Fallgruppe. Allerdings kommt es anders als bei § 4 Nr. 2 UWG nicht auf die Ausnutzung der Unerfahrenheit von Kindern an.

**PRAXISTIPP:** Dem Wortlaut nach ist jede direkte Aufforderung zum Kauf, die sich an Kinder wendet, in einer Werbung verboten, was in Anbetracht der stets auf Absatz gerichteten Werbemaßnahmen für die Unternehmen problematisch werden dürfte.

Man erinnert sich hier an Fälle, wie etwa den der Werbung für Klingeltöne in der „Bravo“.<sup>114</sup> Ähnliche Probleme bestanden in diesem Bereich bisher auch bei an Kinder gerichtete Sammelaktionen, so z. B. dem „Milchtaler“-Fall, der vom OLG Frankfurt seinerzeit nicht als wettbewerbswidrig eingestuft wurde.<sup>115</sup>

## 29. Verbot der Aufforderung zur Rücksendung unbestellter Waren

Nach Nr. 29 ist die Versendung unbestellter Waren mit der Aufforderung zur Zahlung oder Rücksendung verboten.<sup>116</sup> Diese Fallgruppe ist

nicht neu; das Vortäuschen einer schuldrechtlichen Beziehung durch Suggestion einer Verpflichtung zur Zahlung oder Rücksendung ist bereits ein Fall von § 4 Nr. 3 UWG. In Deutschland bislang unbekannt ist jedoch der Hinweis der Richtlinie auf die Nichtanwendbarkeit des Verbots aus Nr. 29 bezüglich Ersatzlieferungen nach der Fernabsatzrichtlinie. Deutschland hat von der entsprechenden Regelung in der Präambel 16 der Fernabsatzrichtlinie keinen Gebrauch gemacht. Vielmehr sieht man hierzulande Ersatzlieferungsklauseln zu Lasten des Verbrauchers in allgemeinen Geschäftsbedingungen für Ersatzlieferungen als AGB-rechtlich unwirksam an, womit die Ausnahme ohnehin kaum Bedeutung haben dürfte.<sup>117</sup> Teilweise wird in der Literatur eine einschränkende Auslegung der Norm gefordert, wenn der Gewerbetreibende irrtümlich – z. B. in Folge einer Namensverwechslung – von einer Bestellung ausgeht und auch ausgehen durfte.<sup>118</sup>

## 30. Verbot des psychischen Kaufzwanges durch Androhung des Arbeitsplatzverlustes

Nach Nr. 30 ist es verboten, mit Angaben zu werben, die darauf hindeuten, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers ohne Abschluss eines Vertrages mit dem angesprochenen Verbraucher gefährdet sei.

**PRAXISTIPP:** Im Kern geht es um eine Fallgruppe des psychischen Kaufzwanges (§ 4 Nr. 1, 6 UWG). Es schadet allerdings nur die ausdrückliche Angabe, nicht die konkludente. Umfasst ist dem Wortlaut nach aber auch der Fall der wahren Angabe der Gefährdung von Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt. Verboten sind damit Insolvenzausverkäufe, Räumungsausverkäufe oder vielleicht sogar der Fall des Verkaufs einer Obdachlosenzeitung.

Im Übrigen erinnert der Fall an ältere Konstellationen, in denen Werbung mit Hilfe von Behinderten vorgenommen wurde.<sup>119</sup>

## 31. Verbot der Irreführung bei Gewinnvergaben

Die Fallgruppe der Nr. 31 ist im Regierungsentwurf in Nr. 17 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG-E übernommen worden. Diese Regelung steht – wie auch die Nrn. 16 und 17 des RegE – im Zusammenhang mit den Transparenzklauseln in § 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG. Sie alle haben Bezug zu Gewinnspielen und Preisausschreiben. Nr. 31 (17) behandelt dabei die wohl stärkste Form der Irreführung bei Gewinnvergaben, indem hiernach zu Lockzwecken der fälschliche Eindruck erweckt wird, es werde ein Preis bzw. „Vorteil“ vergeben, wobei es in Wirklichkeit überhaupt keinen solchen Preis bzw. Vorteil geben wird. Außerdem ist dem Wortlaut nach die Konstellation erfasst, dass mit einem Preis oder Vorteil geworben wird, der Kunde aber zur Inanspruchnahme desselben eine Zahlung leisten müsste.

## VI. Verfahrensvorschriften<sup>120</sup>

In den Art. 11 bis 13 der Richtlinie sind schließlich Verfahrensregelungen enthalten, die sich im Wesentlichen auf die Ausgestaltung der

111 Siehe z. B. Art. 6 Abs. 3 der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG).

112 <http://www.pr-journal.de/redaktion/services-tips/capital-mail-anfragen-und-briefe-von-kunden-werden-nicht-beantwortet.html>.

113 So auch Hecker, WRP 2006, 640, 647.

114 BGH, GRUR 2006, 776.

115 OLG Frankfurt, GRUR 2005, 782, und OLG Frankfurt, GRUR 2005, 1064.

116 Siehe hierzu auch Art. 15 der Richtlinie.

117 So auch schon der Regierungsentwurf auf S. 68.

118 Hecker, WRP 2006, 640, 645.

119 OLG Hamburg, GRUR 1986, 261.

120 Siehe hierzu ausführlich: Alexander, GRUR Int 2005, 809–815.

Rechtsfolgen unlauterer Geschäftspraktiken, bestimmte Verfahrensfragen bezüglich der Durchsetzung dieser Sanktionen, sowie ergänzende Regelungen zur Beweislast beziehen.

Hier ist vor allem Art. 12 der Richtlinie zu würdigen, wonach der Beweis der Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen im Regelfall dem Gewerbetreibenden obliegt. Diese Regelung ist nicht umgesetzt worden, da das Kabinett davon ausging, dass bereits entsprechende Regelungen in § 5 Abs. 4 S. 2 und Nr. 5 S. 2 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG-E bestünden.<sup>121</sup> Ähnlich denkt das Kabinett hinsichtlich der Verpflichtung zur Einführung hinreichender Sanktionen in Art. 13 der Richtlinie. Auch in der Literatur wird vertreten, dass eine Umsetzung der Verfahrensvorschriften aufgrund des bereits geltenden Sanktionensystems des UWG insgesamt nicht erforderlich sei.<sup>122</sup>

### VII. Fazit

Alles in allem ist im kommenden deutschen UWG aufgrund der Umsetzung der Richtlinie noch vieles unklar. Dabei waren wegen der Umgestaltung des UWG im Jahre 2004 zwar keine wesentlichen, grundlegenden Änderungen erforderlich. Durch die abschließende und verbindliche „black list“ sowie die Überschneidungen mit ande-

ren Richtlinien ergeben sich indes jedoch zahlreiche Fragestellungen, die vom komplizierten Geflecht der in Deutschland bereits umgesetzten und national ausgeprägten Normkomplexe herrühren. Dabei wird es für die Rechtsprechung aufgrund der vielen offenen Fragen eine schwierige Aufgabe sein, die Einzelfälle im Lichte der Richtlinie und den europäischen Verträgen sachgerecht auszulegen und anzuwenden. Aber auch die Werbenden werden es in Anbetracht der benannten Rechtsunklarheiten in naher Zukunft nicht leicht haben, sich auf das neue Lauterkeitsrecht einzustellen.

### // Autor

**Prof. Dr. Thomas Hoeren** ist geschäftsführender Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, wo er seit 1997 als Universitätsprofessor tätig ist. Seit 1996 ist er zudem Richter am OLG Düsseldorf.



<sup>121</sup> Regierungsentwurf, S. 35.

<sup>122</sup> So (mit synoptischem Überblick) z. B. Alexander, GRUR Int 2005, 809, 815; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Auf. 2008, Einl. Rn. 3.64.

## BGH: Verbotswidrige Weggabe eines Vermögensgegenstandes durch GmbH-Gesellschafter – Rückgewähr und generelle Ersatzpflicht bei Wertverlust

BGH, Urteil vom 17.3.2008 – II ZR 24/07

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1192-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSÄTZE

1. Der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist auf Rückgabe des verbotswidrig weggegebenen Vermögensgegenstandes gerichtet.
2. Tritt nach der Weggabe eine Wertminderung ein, hat der Gesellschafter neben der Rückgabe des Vermögensgegenstandes grundsätzlich die Wertminderung in Geld auszugleichen (Bestätigung von BGHZ 122, 333 = BB 1993, 1314 mit Anm. Hey, BB 1993, 1548).
3. Das ist nur dann anders, wenn und soweit der Gesellschafter darlegen und im Streitfall beweisen kann, dass dieselbe Wertminderung auch dann eingetreten wäre, wenn der Vermögensgegenstand nicht an ihn gegeben, sondern bei der Gesellschaft verblieben wäre.

GmbHG § 31

### SACHVERHALT

Der Beklagte ist Gesellschafter der D. GmbH. Er hatte der Gesellschaft in den Jahren 1995 und 1997 drei Darlehen i.H.v. zusammen 1.846.000 DM gewährt. Mit Vertrag vom 7.2.2000 trat die Gesellschaft von einem ihr an der E. GmbH zustehenden Geschäftsanteil i.H.v. 465.000 DM einen Teilanteil i.H.v. 241.500 DM an den Beklagten ab, und zwar „an Erfüllung statt zur Tilgung“ der drei Gesellschafterdarlehen.

Mit Beschluss vom 1.8.2001 wurde über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Über das Vermögen der E. GmbH, die mittlerweile in die E. AG

(im Folgenden: E.) umgewandelt worden war, wurde im August 2002 ebenfalls das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von 1.846.000 DM = 943.844,81 Euro in Anspruch mit der Begründung, die drei Darlehen seien eigenkapitalersetzend gewesen. Der Beklagte macht u.a. geltend, die an ihn zur Tilgung der Darlehensforderungen abgetretene Gesellschaftsbeteiligung sei wegen der Insolvenz der E. mittlerweile wertlos, was nicht anders wäre, wenn sie nicht auf ihn übertragen worden wäre. Die Aktien der E. hat er dem Kläger vergeblich angeboten. Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

### AUS DEN GRÜNDEN

II. Soweit das Berufungsgericht Ansprüche aus Anfechtungs- und Kaufrecht sowie aus § 32b GmbHG abgelehnt hat, wendet die Revision dagegen nichts ein. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich. Damit kommt nur ein Anspruch nach den sog. Rechtsprechungsregeln, also aus entsprechender Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG in Betracht. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen zu der Frage getroffen hat, ob und ggf. ab wann die spätere Insolvenzschildnerin vor der Abtretung der Geschäftsanteile in einer Krise i.S. des § 32a Abs. 1 GmbHG war, ist im Revisionsverfahren zu unterstellen, dass sie jedenfalls so früh in eine Krise geraten ist, dass der Beklagte seine Darlehen entweder schon in der Krise gegeben hat oder trotz der – für ihn erkennbaren – Krise hat „stehen lassen“. Damit sind sie bis zur nachhaltigen Auffüllung des Stammkapitals wie nominelles Eigenkapital zu behandeln. Leistungen auf die Darlehen waren danach unzulässig und haben zu einem Rückgewähranspruch entsprechend § 31 GmbHG geführt (st. Rspr. s. etwa BGHZ 75, 334).