

THOMAS HOEREN

Das neue Werberecht

Aktuelles für Multimedia-Designer

Das Bundeskabinett hat am 25.5.2008 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 gehen Unternehmen auf die Barrikaden. So müssen laufende Werbekampagnen oder bereits entworfene Marketingkonzepte auf die Vereinbarkeit mit dem neuen Recht überprüft werden. Dabei kommt für das Unternehmen erschwerend hinzu, dass die Neuregelung – von Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie in Bezug auf strengere Bestimmungen abgesehen – keine Übergangsvorschriften kennt. Der Beitrag gibt einen ersten Überblick über die Neuregelungen sowie Tipps zum Umgang in der Praxis.

Die Regelungsstruktur von Richtlinie und Gesetzesentwurf

Die Richtlinie regelt nur den Bereich B2C und muss daher die Begriffe Gewerbetreibender und Verbraucher entsprechend umfassend definieren. Der Kernbegriff der Richtlinie ist der neue Begriff der verbotenen unlauteren Geschäftspraktik (Art. 5 Abs. 1 und 2). Als besondere 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 7). Als aggressive Geschäftspraktiken gelten Belästigung, 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), sogenannte Verbote ohne Wertungsvorbehalt.

Im Annex II werden Informationspflichten beispielhaft benannt, deren Verletzung ebenfalls immer als Verstoß gegen das UWG anzusehen sein soll. Informationspflichten, wie etwa die Impressumspflicht im Internet, sind künftig in jedem Fall wettbewerbsrechtlich relevant. Wer diese Pflichten nicht beachtet, kann nicht mehr vortragen, es habe sich nur um einen kleinen, wettbewerbsrechtlich irrelevanten Rechtsverstoß gehandelt. Die Massenabmahnungen in diesen Bereichen werden daher noch ansteigen.

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 auch unschädlich sein, wenn damit mittelbar ein Schutz des Verhältnisses zwischen Gewerbetreibenden verbunden ist.¹ 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.² Es gibt nämlich eine ganze Reihe von Geschäftspraktiken, deren Charakter nicht eindeutig zuzuordnen ist. Bei objektiven neutralen Geschäften etwa ist der Adressatenkreis unbestimmt und kann sowohl Unternehmer als auch Verbraucher umfassen.

Es stellt sich die Frage der zutreffenden Einordnung, zum Beispiel wenn es um Be-



PROF. DR. THOMAS HOEREN

Jahrgang 1961.

1980 bis 1987 Studium der Theologie und Rechtswissenschaften in Münster, Tübingen und London. 1986 Erwerb des Grades eines kirchlichen Lizienten der Theologie. 1989 Promotion und 1994 Habilitation an der Universität Münster. 1995 bis 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf. Seit April 1996 Richter am OLG Düsseldorf. Seit April 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM). Seit 1998 Mitherausgeber der Zeitschrift *MultiMedia und Recht* sowie Mitglied des Beirats der DENIC Genossenschaft.
E-Mail: hoeren@uni-muenster.de

darfsgeschäfte des alltäglichen Lebens geht. Insoweit wird wohl auf den Zweck der Richtlinie, einen möglichst umfassenden Verbraucherschutz zu gewährleisten, abzustellen sein,³ sodass auch ein Unternehmer bei Bedarfsgeschäften des alltäglichen Lebens dem Verbraucherbegriff unterfiele.

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). Der Annex ist 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.⁴ Es handelt sich also um ein scharfes Schwert, welches im Einzelfall unter Umständen zu gewissen Wertungswidersprüchen führen kann. Im Folgenden werden die wichtigsten Verbote skizziert.

Verbindlichkeiten der Verhaltenskodizes

Nr. 1 des Annexes regelt die Verbindlichkeit von Verhaltenskodizes⁵. 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 darauf angewiesen, dass er auf die Einhaltung und Verbindlichkeit der jeweiligen Verhaltenskodizes vertrauen kann. Der ungegerechtfertigte Verweis auf Verhaltenskodizes, die man gar nicht unterschrieben hat, gilt daher als irreführend, selbst wenn es sich nur um eine bloße Bezugnahme handelt.⁶ Die Fallgruppe erinnert etwa an die Entscheidung des Landgerichts Erfurt, wonach ein falscher Link auf einen Berufsverband nach § 5 Abs. 1 UWG gerügt werden kann.⁷

Zu beachten ist, dass der Begriff der Verhaltenskodizes sehr weit gefasst ist.⁸ Er umfasst auch Bindungen von Herstellern zu Ab-

nehmern und Zulieferern und kann somit zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Zu prüfen ist daher inzident immer auch die kartellrechtliche Zulässigkeit der Verhaltenskodizes.⁹ Eine unwahre Angabe liegt im Übrigen auch dann vor, wenn die Beitrittserklärung oder der Kodex unwirksam ist.¹⁰

Lockangebote

Nr. 5 regelt die Lockangebote, welche vor der Richtlinie bereits von § 5 Abs. 5 UWG dem Grunde nach erfasst waren. Zu beachten ist, dass die Richtlinie die legaldefinierten »Lockangebote« etwas weiter gefasst hat.¹¹

Die Beweislast für die fehlende Aufklärung über etwaige Lieferschwierigkeiten liegt nunmehr beim Anspruchsberechtigten. Der Unternehmer hat demgegenüber die fehlenden Anhaltspunkte für Lieferprobleme vorzutragen.¹² 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 Markenproduktionen im Einzelnen begriffliche Probleme hervorrufen kann. § 5 Abs. 5 UWG, der ebenfalls die Irreführung bezüglich der unzureichenden Bevorratung sanktioniert, wird im Regiesentwurf aufgehoben.¹³

»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 General Klausel, sondern habe eine eigene Funktion.¹⁴

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 Richtliniengebers darin, dass der Verbraucher die Chance zu einer »Informed Decision« verliert.¹⁵ Dies ist dann nicht der Fall, wenn er im Einzelfall auch innerhalb sehr kurzer Zeit eine informierte Entscheidung treffen kann, so zum Beispiel bei Waren des täglichen Bedarfs.¹⁶

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 zum Beispiel ein Unternehmen mit Sitz in Großbritannien aus Nettigkeit den Vertragsabschluss in deutscher Sprache vorbereiten und durchführen, wäre es ihm verwehrt, die Leistung in englischer Sprache zu bringen. Die Fallgruppe dient dem Schutz der Erwartung des Verbrauchers dahingehend, dass die Leistung auch in der Vertragsabschlussprache erbracht wird.¹⁷ Allerdings regelt die Richtlinie damit nicht den Fall, dass allgemein Sitzsprache und Leistungssprache voneinander abweichen.

Der betroffene Unternehmer kann diesem Verbot nur 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.

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 zum Beispiel auf den Fall der fehlenden Betriebs-erlaubnis.¹⁸ Es könnten dazu auch die Fälle gehören, in denen 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.

Verbot der Werbung mit Selbstverständlichkeiten

Nr. 10 ist eine der sicherlich rätselhaftesten Regelungen im Annex. Verboten ist es hier nach, gesetzliche Rechte als Besonderheit des Angebots hervorzuheben. Besonders erwähnt der Regierungsentwurf die werbemäßige Nutzung von Hinweisen auf allgemeine Verbraucherrechte.¹⁹ Auch allgemeine Geschäftsbedingungen könnten als Besonderheit des Angebots angesehen werden. Insofern verbietet die Richtlinie die Werbung mit Selbstverständlichkeiten. Gleichzeitig werden aber gängige deutsche Praktiken bei der Vertragsgestaltung sanktioniert, nämlich die Aufklärung von Verbrauchern über ihre Rechte im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen.

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.²⁰

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.²¹ Der Fall erinnert an einen älteren BGH-Fall.²² 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 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 nun als unwahre Angaben angesehen werden, was im Einzelnen der Klärung durch die Rechtsprechung bedarf.

Irreführung durch Werbung mit Warenähnlichkeit

Nr. 13 handelt von einer Fallgruppe mit starkem Bezug zum Markenrecht. Es geht 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,²³ 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.

Unklare Hinweise auf Gewinnchancen

Nr. 16 regelt den Fall der unklaren Hinweise auf Gewinnchancen.²⁴ Dieser Fall war schon in §§ 3, 4, 5 und 6 UWG geregelt, ähnlich auch in § 611a BGB. Verboten war beispielsweise schon nach altem Recht die Verrechnung von Reisegutscheinen nur bei der Reisebuchung²⁵ oder die allgemeine Beschreibung von Gewinnen über 0190-Nummern²⁶. Hier liegt allerdings ein neuer Tatbestand vor, der abseits von Irreführung oder Kopplungsgeschäften jede Angabe erhöhter Gewinnchancen bei Erwerb der Ware oder Dienstleistung verbietet.

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 keine Ausnahmen für die naturgemäße Verbindung von Gewinnspielen in speziellen Zeitschriften mehr. Im Übrigen gilt der insoweit eindeutige Wortlaut der Vorschrift nur für Glücksspiele, womit zum Beispiel Preisausschreiben nicht erfasst sind.²⁷

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 Bet-

tes, 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.

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 Beispielfall 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.²⁸ 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.²⁹

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.

Allerdings erlaubt die Regelung ihrem Wortlaut nach die Verwendung der Aussage »gratis« etc., obwohl zum Beispiel unvermeidbare Lieferkosten entstehen. Dies ist eine Änderung zum alten Recht, das versteckte

unvermeidbare Liefer- oder Nebenkosten bei der Werbung mit »gratis« etc. als irreführende Blickfangwerbung angesehen hätte.³⁰ Darüber hinaus ist neben der Fallgruppe noch zu beachten, dass Gratisleistungen unter Umständen auch wegen Behinderungswettbewerb verboten sein können.³¹ Schwierig einzuordnen dürfte künftig auch der Fall sein, in dem eine Kinderfreifahrt für ein Karussell nur bei bezahlter Mitfahrt von Erwachsenen möglich ist.³²

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.

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.

Unzulässigkeit eines sogenannten Raumzwangs

Nach Nr. 24 (25) besteht künftig in der EU eine neue Fallgruppe unlauteren Verhaltens in Fällen des sogenannten Raumzwangs. 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. Probleme bestehen in diesem Kontext künftig bei der Verwendung von Geldtellern beim Verlassen von Toiletten, aber auch bei der Kasse im Selbstbedienungsmarkt.

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 befände.³³ 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.³⁴ Insofern verzichtete man auf die Übernahme von Nr. 26 zugunsten sogar noch schärferer Regeln im Telefonmarketing.

Das Justizministerium plant darüber hinaus weitere umfassende Neuregelungen, wie zum Beispiel Bußgelder für Cold-Calling; ferner soll die Rufnummerunterdrückung generell verboten und das Telekommunikationsgesetz entsprechend geändert werden; Zustimmungserklärungen des Verbrauchers sollen sich zukünftig ausdrücklich auf Werbeanrufe beziehen müssen, um in diese wirksam einzuwilligen.³⁵ Weiterhin sollen die Widerrufsrechte nach § 312d Abs. 4 BGB auch auf Verträge über die Lieferung von Zeitungen und Zeitschriften bezogen werden können. Verträge über Wett- und Spielleistungen sollen ebenfalls mit Widerrufsrechten versehen werden. Neuerdings stellt sich hier die Frage, ob dies noch mit den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie konform ist, die entsprechende Ausnahmen vorsah.³⁶

Unzulässiges nachvertragliches Handeln eines Versicherungsunternehmens

Nr. 27 ist eine weitere rätselhafte Regelung im Anhang I. Es geht 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 hierbei das Unternehmen nachvertraglich handelt. Erstaunlich ist die Beschränkung der Regelung auf die Versicherungsbranche. Darüber hinaus 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. Außerdem ist fraglich, ob man

den besonderen Prüfungsnotwendigkeiten der Versicherungsbranche Rechnung tragen kann. Dass es zu Missbräuchen im Versicherungsbereich in dieser Fragestellung kommt, zeigen einige Homepages.³⁷ Unklar ist auch, ob das gleiche Verhalten bei anderen Unternehmensbranchen nunmehr problemlos zulässig sein soll.

Man könnte meines Erachtens aus Nr. 27 durchaus 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.

Verbot der direkten Werbung für Kinder

Für große Unsicherheit in der Rechtsanwendung wird auch die Regelung in Nr. 28 sorgen.³⁸ Hier geht es um das Verbot von direkter Werbung für Kinder. Über den Begriff »Kind« wird in Deutschland gestritten. Viele meinen, dass damit Personen unter 14 Jahren gemeint seien. Hinzu kommt die bereits für Kinder und Jugendliche in § 4 Nr. 2 UWG normierte Fallgruppe.

Dem Wortlaut nach ist jede direkte Aufforderung zum Kauf, die sich an Kinder wendet, in einer Werbung verboten, was in Anbetracht der stets auf den 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*.³⁹ Ähnliche Probleme bestanden in diesem Bereich bisher auch bei an Kinder gerichtete Sammelaktionen, so zum Beispiel dem »Milchtaler«-Fall, der vom OLG Frankfurt seinerzeit nicht als wettbewerbswidrig eingestuft wurde.⁴⁰

Das neue Werberecht wird die Marketingszene nachhaltig beeinflussen und verändern. Ohne Übergangsvorschriften und Aufbrauchschutz müssen alle Marketingmaßnahmen eines Unternehmens geprüft und auf die neue Rechtslage hin neu konzipiert werden. Alte Werbematerialien sind zu vernichten, will man nicht in die Abmahnfalle geraten. Nicht nur die Werbung, sondern auch das gesamte Verhalten eines Unternehmens steht auf dem Prüfstand – sowohl B2C wie B2B.

- 1 So sagt es Erwägungsgrund 6, vgl. auch Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-PL Anh I, Einführung Rn. 8.
- 2 Zur Problematik des Begriffes im Einzelnen siehe: Köhler, WRP 2007, 1393, 1394 f.
- 3 Für eine strikt auf den Zweck der Richtlinie ausgerichtete Auslegung auch Fezer, WRP 2006, 781, 782.
- 4 Auch kann wohl keine Absicht der Beeinträchtigung seitens des Werbenden gefordert werden (so Hecker, WRP 2006, 640, 644).
- 5 Hierzu ausführlich: Dreyer, WRP 2007, 1297–1303.
- 6 Regierungsentwurf, S. 53.
- 7 LG Erfurt, MMR 2003, 491.
- 8 Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rn. 5.163 greift insoweit auf die Definition von Wettbewerbsregeln in § 24 Abs. 2 GWB zurück.
- 9 Siehe dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rn. 5.165.
- 10 So auch Dreyer, WRP 2007, 1294, 1298 f.
- 11 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.
- 12 So kann zum Beispiel eine Exkulpation über den Beweis einer unerwartet hohen Nachfrage erfolgen, vgl. BGH, GRUR 1989, 609, 610 – *Fotoapparate*).
- 13 Referentenentwurf S. 54 und Regierungsentwurf S. 47. Kritisch dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 5.7.
- 14 So Seichter, WRP 2005, 1087, 1095.
- 15 Der den Zweck der Richtlinie konkretisierende Grundsatz der »informierten Entscheidung« findet sich an zahlreichen Stellen der Richtlinie ausdrücklich wieder, so zum Beispiel in Erwägungsgrund 6 a. E., Erwägungsgrund 14, in Artikel 2 lit. e) usw.
- 16 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.
- 17 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 zum Beispiel eine Kundenhotline bezieht.
- 18 Siehe zum Beispiel für ein nicht zugelassenes Funktelefon OLG München, GRUR 1987, 181.
- 19 Regierungsentwurf, S. 60.
- 20 So auch Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, UGP-RL Anh I Rn. 10.1.
- 21 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.
- 22 BGH, GRUR 1986, 902 – Angstwerbung.
- 23 So auch: Köhler, GRUR 2005, 793, 799.
- 24 Ausführlich hierzu: Glöckner, WRP 2005, 1311, 1334.
- 25 OLG Frankfurt, GRUR 1999, 778.
- 26 BGH, GRUR 2005, 1061.
- 27 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.
- 28 Seite 26 des Berichts des Department of Trade and Industry (DTI) vom Mai 2007; im Volltext einzusehen unter http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/reports/consumer_protection/ofc931con.pdf.
- 29 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.
- 30 Vgl. zum Beispiel BGH, WRP 1999, 90 – Handy für 0,00 DM.
- 31 BGH, GRUR 2001, 80 – ad-hoc.
- 32 BGH, GRUR 1978, 182 – Kinderfreifahrt.
- 33 Regierungsentwurf, S. 27.
- 34 So auf Seite 28 des Regierungsentwurfs.
- 35 Zu diesen Themen ausführlich: Witzmann/Seichter, WRP 2007, 699–708.
- 36 Siehe zum Beispiel Art. 6 Abs. 3 der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG).
- 37 <http://www.pr-journal.de/redaktion/services-tipps/capital-mail-anfragen-und-briefe-von-kunden-werden-nicht-beantwortet.html>.
- 38 So auch Hecker, WRP 2006, 640, 647.
- 39 BGH, GRUR 2006, 776.
- 40 OLG Frankfurt, GRUR 2005, 782 und OLG Frankfurt, GRUR 2005, 1064.