

UWG-Reform 2009
Dr. Christopher Lieb, LL.M. Eur.
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

A. Einleitung

Am 30.12.2008 trat das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft. Es setzt die EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche Recht um und enthält zum Teil erhebliche Verschärfungen, primär für die Unternehmen, die B2C- Werbung betreiben und im Konsumentengeschäft tätig sind. Aber auch im B2B-Geschäft gibt es nicht unerhebliche Änderungen. Die UWG-Novelle geht damit deutlich über die bloßen Korrekturen und Ergänzungen, die die Neufassung im UWG 2004 enthalten hatte, hinaus.

B. Die einzelnen Regelungen

I. „Geschäftliche Handlung“

1.

Gemäß § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder anderen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

2.

Der Begriff der „geschäftlichen Handlung“ ersetzt den bisher geltenden Begriff der „Wettbewerbshandlung“. Bezog sich das UWG bislang im Wesentlichen auf vorvertragliche Werbemaßnahmen, so werden nun alle Handlungen, Unterlassungen und Verhaltensweisen vor, während und nach Vertragsschluss erfasst, die mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts oder einer Dienstleistung zusammenhängen. Dies hat zur Folge, dass das gesamte unternehmerische Verhalten im geschäftlichen Verkehr an die Regelungen des UWG zu messen ist und jeder „Fehltritt“ abgemahnt werden kann.

a) AGB

Nach der bisherigen Rechtslage war höchst umstritten, ob und inwieweit die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unterliegt. So differenzierten einige Gerichte nach dem Inhalt der AGB und verneinten das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung dann,

wenn sich die Verwendung der AGB nicht im Markt, d. h. nicht bei der Nachfrageentscheidung im Vorfeld des Vertragesschlusses auswirkt. „Uneingeschränkt abmahnberechtigt“ waren vor diesem Hintergrund letztlich nur Verbraucherschutzverbände und Wettbewerbsvereine, nicht aber etwaige Konkurrenten.

Dies ändert sich ab 2009. Gemäß § 3 Abs. 2 UWG sind geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und sich der Verbraucher deswegen nicht „richtig“ geschäftlich entscheiden kann. Die Verwendung von unwirksamen AGB dürfte fraglos als „Verstoß gegen die fachlichen Sorgfaltspflichten“ anzusehen sein, so dass hier künftig deutlich mehr Abmahnungen als bisher zu befürchten sind.

b) Nachvertragliches Verhalten

Wettbewerbswidrig kann auch nachvertragliches Verhalten des Unternehmers sein, etwa dann, wenn die Leistungsansprüche des Kunden mit der (falschen) Behauptung zurückgewiesen werden, diese seien verjährt oder aber der Kunde pauschal an den Hersteller verwiesen wird.

II . „Schwarze Liste“

Das neue UWG schränkt die Werbemaßnahmen gegenüber Verbrauchern erheblich ein. Es führt zum Ergebnis zu einer – dem deutschen Wettbewerbsrecht in dieser Form bislang fremden – Unterscheidung zwischen „B2C“ und „B2B-Werbung“.

1. Verbraucherbegriff

„Verbraucher“ ist jeder, der ein bestimmtes Geschäft nicht als Gewerbetreibender oder Selbstständiger abschließt. Bis zur Geschäftsaufnahme sind auch Existenzgründer als Verbraucher anzusehen; Gleiches dürfte für die Gesellschafter von Unternehmen gelten, sofern diese nicht als (rechtliche oder faktische) Geschäftsführer agieren.

2. Verbotene Verhaltensweisen

Das neue UWG führt eine sog. „Schwarze Liste“ ein. Diese enthält einen Katalog von insgesamt 30 explizit genannten Verhaltensweisen, die stets ohne Ausnahme als unlauter gelten und daher verboten sind. Derartige ausdrückliche Verbote kannte das UWG bislang nicht. Allerdings wurde die weit überwiegende Zahl der nunmehr in der „Schwarzen Liste“ aufgeführten Tatbestände auch nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung als unlauter eingestuft, so dass die Liste primär der Klarstellung dient. Eine wichtige Ausnahme ist jedoch die Werbung gegenüber Kindern, die nunmehr als ausdrücklich unzulässig eingestuft wird.

3. Wegfall der „Bagatellschwelle“ im Bereich der „Blacklist“

Relevant ist die „Schwarze Liste“ vor allem deswegen, weil die dort aufgeführten Wettbewerbshandlungen gegenüber den Verbrauchern **stets** unzulässig sind, die bisher geltende „Bagatellschwelle“ also in diesen Fällen keine Rolle mehr spielen wird.

III. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

Der Katalog des § 4 UWG, der neben der „Schwarzen Liste“ weiterhin (für alle Marktteilnehmer) gilt, wurde – mit Ausnahme der Einführung des Begriffs „geschäftliche Handlung“ – nur unwesentlich verändert. Bedeutsam ist insoweit letztlich nur, dass in § 4 Nr. 2 UWG nunmehr auch die Begriffe „geistige und körperliche Gebrechen“ und „das Alter“ aufgenommen wurden, um dem von der Europäischen Richtlinie vorgesehenen Schutz besonders schutzbedürftiger Verbrauchergruppen gerecht zu werden. Unzulässig sind damit nach wie vor nachfolgende Fallgruppen:

1.

Verboten ist es, die Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen. Die sog. „gefühlbetonte“ Werbung ist allerdings erlaubt.

2.

Verboten sind geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen.

3.

Der Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen darf nicht verschleiert werden (Problem: Redaktionelle Berichterstattung).

4.

Die Bedingungen für die Inanspruchnahme von Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken müssen transparent sein. Gleiches gilt bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter.

Für Preisausschreiben und Gewinnspiele besteht außerdem ein striktes Koppelungsverbot.

5.

Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dürfen grundsätzlich nicht nachgeahmt werden.

6.

Mitbewerber bzw. deren Waren und Dienstleistungen dürfen nicht verächtlich gemacht werden. Konkurrenten dürfen zudem nicht gezielt behindert werden. Schließlich kann auch unlauter handeln, wer gegen ein Gesetz verstößt. Dabei ist allerdings nicht jeder Gesetzesverstoß wettbewerbsrechtlich relevant. Es muss vielmehr ein wettbewerbsbezogenes Gesetz verletzt worden sein (etwa Impressumspflicht, Widerrufsbelehrung, nunmehr auch AGB).

IV. Irreführungsverbot

Die Irreführungstatbestände wurden deutlich ausgeweitet.

1. § 5 UWG

a)

Gemäß § 5 Abs. 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über dann nachfolgende näher erläuterte Umstände enthält.

b)

In den Beispielskatalog aufgenommen wurden nun irreführende Angaben über

- Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen und sich auf eine Zulassung des Unternehmens oder der Waren oder Dienstleistung beziehen (Nr. 4);
- die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur (Nr. 5);
- die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist oder
- Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche aufgrund von Garantieverprechen oder Gewährleistungsrechte bei Leistungsstörungen (Nr. 7).

Mit der Aufnahme der neuen Beispiele dürfte keine grundlegende Änderung der Rechtslage verbunden sein. Auch schon zuvor waren irreführende Angaben über die genannten Umstände unzulässig.

c) Verwechslungsgefahr

Neu in das Gesetz aufgenommen wurde zudem ein § 5 Abs. 2. Hiernach ist eine geschäftliche Handlung auch irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit einer Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft. Das Verhältnis dieser neuen Norm zu etwaigen markenrechtlichen Unterlassungsansprüchen ist derzeit noch offen und muss von der Rechtsprechung geklärt werden.

d) Mondpreise

§ 5 Abs. 4 UWG wurde nicht verändert. Es wird daher weiterhin vermutet, dass es irreführend ist, mit der Herabsetzung eines Preises zu werben, sofern der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert wurde (sog. „Mondpreise“). Mondpreise sind Preise, die den bei verständiger ernsthafter Kalkulation vertretbaren Preis oder den auf dem Markt allgemein üblich gewordenen Durchschnittspreis für ein Produkt derart übersteigen, dass der Preis nur eine Phantasiegröße darstellt. Die Dauer des Zeitraums „unangemessen kurze Zeit“ richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls und der Art der Ware bzw. Dienstleistung. So wurde bei Orientteppichen die Werbung mit einer Preissenkung von 50 % als irreführend angesehen, weil nicht zuvor mindestens sechs Monate (!) für die gleiche Ware Verkaufspreise verlangt worden waren, die den gesenkten Preis um mindestens 100 % überstiegen. Bei Möbeln wurde eine Frist von mindestens einem Monat angesetzt.

Das Gesetz geht davon aus, dass der frühere Referenzpreis bis unmittelbar vor der beworbenen Preisherabsetzung gegolten haben muss. Es ist also nicht ausreichend, darauf hinzuweisen, dass der Referenzpreis lange, aber eben nicht unmittelbar vor der Aktion gegolten hat („20 % auf alles“).

e) Bevorratungspflicht

Gemäß § 5 Abs. 5 UWG alte Fassung war es irreführend, für eine Ware zu werben, die unter Berücksichtigung der Art der Ware sowie der Gestaltung und Verbreitung der Werbung nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorgehalten wurde. Angemessen war im Regelfall ein Vorrat für zwei Tage, es sei denn, der Unternehmer wies Gründe nach, die eine geringere Bevorratung rechtfertigten. Die Regelung galt entsprechend für die Werbung für eine Dienstleistung.

Im Zuge der UWG-Reform wurde § 5 Abs. 5 UWG alte Fassung aufgehoben. In der „Black List“ findet sich nunmehr folgende Formulierung:

„Unzulässige geschäftliche Handlungen sind Waren- oder Dienstleistungsangebote ... zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer nicht darüber aufklärt, dass er hinreichende Gründe für die Annahme hat, er werde nicht in der Lage sein, diese oder gleichar-

tige Waren oder Dienstleistungen für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge zum genannten Preis bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen (Lockangebote). Ist die Bevorratung kürzer als zwei Tage, obliegt es dem Unternehmer, die Angemessenheit nachzuweisen.“

Die „Zweitagesregelung“ ist damit nicht mehr als Regelfall ausgestaltet. Den Unternehmer trifft aber nach wie vor eine Beweislast in den Fällen, in denen die Bevorratung einen kürzeren Zeitraum als zwei Tage umfasst.

2. § 5a UWG

Neu in das Gesetz aufgenommen wird ein § 5a UWG, der die Irreführung durch Unterlassen regelt.

a)

Unlauter handelt gemäß § 5a Abs. 2 UWG, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist. Tatbestandshandlungen sind insbesondere das Verheimlichen, das verspätete oder intransparente Bereitstellen von Informationen sowie das Nichtkenntlichmachen von kommerziellen Zwecken.

Die Regelung gilt allerdings nur für Waren- oder Dienstleistungsangebote gegenüber Verbrauchern. Der „B2B-Bereich“ soll nicht mit Informationsanforderungen belastet werden, welche in erster Line dem Verbraucherschutz dienen.

aa)

Werden Waren oder Dienstleistungen unter Hinweis auf deren Merkmale und Preis in einer dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Weise so angeboten, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen kann, gelten nachfolgende Informationen als wesentlich, sofern sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben:

- Alle wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung, in dem dieser und dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Umfang;

- die Identität und Anschrift des Unternehmers, ggf. die Identität und Anschrift des Unternehmers, für den er handelt;
- der Endpreis oder in Fällen, in denen eine solcher Preis aufgrund der Beschaffenheit der Ware und Dienstleistung nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie ggf. alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- und Zustellkosten, oder in Fällen, in denen diese Kosten nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können;
- Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, soweit sie von Erfordernissen der fachlichen Sorgfalt abweichen; und
- das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf.

bb)

§ 5a Abs. 3 UWG gilt nur für Fälle, in denen Waren oder Dienstleistungen so angeboten werden, dass der Durchschnittsverbraucher in der Lage ist, einen Geschäftsabschluss zu tätigen. Die reine „Aufmerksamkeitswerbung“ ist nicht erfasst.

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken, in einer Werbeschrift auf AGB Bezug zu nehmen. Die Werbung muss jedoch so abgefasst sein, dass der Kunde, der sich allein auf die Angaben in der Werbeschrift verlässt, nicht durch Haftungsausschlüsse o. ä. überrascht und irregeführt wird. Je genauer eine Ware oder Leistung in einer Werbeschrift beschrieben wird, desto eher wird der Verbraucher von einer vollständigen Unterrichtung über die verkehrswesentlichen Punkte ausgehen.

cc)

Was genau unter „Identität“ des Unternehmens zu verstehen ist, muss von der Rechtsprechung geklärt werden. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG hat den Zweck, es dem Verbraucher anhand der Information zu ermöglichen, ohne Schwierigkeiten mit dem anbietenden Unternehmen Kontakt aufzunehmen. Insoweit wird man wohl die Angaben einer HR-Nummer o. ä. verlangen können (strittig).

dd)

Fraglich ist die Zulässigkeit des „Medienbruchs“, also die Problematik, ob ein Verweis von Offline-Medien auf Informationen im Internet zulässig sein kann. Die wohl überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass diese

Form der Informationsvermittlung nicht ausreicht, da der Verbreitungsgrad des Internets noch nicht ausreichend hoch sei.

b)

Als wesentlich gelten nach § 5a Abs. 4 UWG auch Informationen, die dem Verbraucher aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. Darum verweist die Norm (dynamisch) auf einen offenen Katalog weiterer, gemeinschaftsrechtlicher Informationspflichten.

V. Vergleichende Werbung

§ 6 UWG wurde kaum verändert. Eine vergleichende Werbung ist damit nach wie zulässig, wenn

- die verglichenen Leistungen tatsächlich vergleichbar sind;
- sich der Vergleich auf bestimmte Eigenschaften oder den Preis bezieht;
- die Wertschätzung des Konkurrenten nicht ausgenutzt oder beeinträchtigt wird; und
- die Leistungen des Mitbewerbers nicht herabgesetzt werden.

Neu ist allerdings, dass der Vergleich nicht zu einer Verwechslungsgefahr zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesem angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führen darf. Die alte Fassung des UWG hatte noch darauf abgestellt, dass es nicht zu Verwechslungen kommen darf. Nunmehr genügt die Verwechslungs**gefahr**.

VI. Unzumutbare Belästigungen

§ 7 UWG wird sprachlich neu gefasst; teilweise sind hiermit vollständig neue inhaltliche Regelungen verbunden:

1. Unzumutbare Belästigung

Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht (§ 7 Abs. 1 UWG).

a)

Anders als im früheren Recht ist die unzumutbare Belästigung kein bloßer Beispielfall der Unlauterkeit eines Handelns, sondern ein selbstständiger Verbotstatbestand. Die nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 UWG grundsätzlich erforderliche Prüfung der „Spürbarkeit“ einer unlauteren geschäftlichen Handlung entfällt daher. Vielmehr stellt das Erfordernis der „Unzumutbarkeit“ eine spezielle Bagatellschwelle dar, die bereits eine umfassende Wertung ermöglicht und erfordert.

§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG erfasst (anders als § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und Abs. 3 UWG) nicht nur die Werbung, sondern alle geschäftlichen Handlungen. Insofern geht § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG über § 7 Abs. 1 UWG alte Fassung hinaus.

Beispiel:

Ein gewerblicher Vermieter ruft seinen Mieter mehrfach in belästiger Art und Weise an, in der Absicht, diesen zur Kündigung zu veranlassen.“

b)

§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG regelt nur den Fall, dass die Belästigung durch eine geschäftliche Handlung erfolgt, also von einer Person ausgeht, die zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens handelt. Belästigungen im privaten Bereich unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Norm.

2.

a)

Ob eine geschäftliche Handlung zu einer „unzumutbaren Belästigung“ führt, ist anhand des „Empfindens eines Durchschnittsmarktteilnehmers“ zu beurteilen. Auf das subjektive Empfinden des einzelnen Adressaten kommt es also nicht an. Abzustellen ist auf den angemessen gut informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsmarktteilnehmer. Erfasst werden sollen hiermit die Fälle, in denen sich die Belästigung zu einer solchen Intensität verdichtet hat, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird. Wendet sich

eine Maßnahme gezielt an eine bestimmte Personengruppe (z. B. Ausländer, Kranke, Hausfrauen), so ist der Durchschnitt dieser Gruppe maßgebend.

b)

Bei der Prüfung der Unzumutbarkeit sind nicht nur die Interessen der betroffenen Marktteilnehmer zu berücksichtigen, sondern auch die Interessen der handelnden Unternehmer. Darüber hinaus sind die Interessen der Werbedienstleister sowie die Interessen der Adressaten, welche an nützlichen Informationen interessiert sind, sowie die Interessen der Mitbewerber zu berücksichtigen. Es hat eine umfassende Abwägung am Maßstab der europäischen und deutschen Grundrechte zu erfolgen. Grundsätzlich ist jedoch das Interesse des Umworbene(n) an einer ungestörten Individualsphäre höher zu bewerten, weil dem Werbenden in der Regel ausreichende sonstige Werbemöglichkeiten zur Verfügung stehen.

c)

Eine Rolle kann spielen, welches Maß an Zeit, Arbeit und Kosten der Adressat aufwenden muss, um der Werbung zu entgehen oder sich ihrer zu entledigen. Dies hängt von den einzelnen Werbemethoden ab:

Beispiel:

„Bei einer Lautsprecherwerbung in einem Geschäft kann sich der Adressat dieser durch Weitergehen oder Verlassen des Geschäfts entziehen. Findet die Werbung jedoch etwa während einer längeren Reise in einem Zug statt, wäre § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG wohl anwendbar.“

Zu berücksichtigen ist auch die Gefahr der „Summierung von Belästigungen“.

3.

a)

§ 7 Abs. 2 UWG enthält Anwendungsfälle der unzumutbaren Belästigungen. Liegt ein solcher Fall vor, ist **ohne Wertungsmöglichkeit** von einer unzumutbaren Belästigung und damit der Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlung auszugehen.

Die Bagatellschwelle des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG spielt in diesen Fällen keine Rolle mehr.

b)

aa)

Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen bei:

Werbung über Kommunikationsmittel, bei denen es sich nicht um Telefon, Telefax, Email handelt (also insbesondere Briefe, Prospekte und Kataloge), durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht.

Unter „hartnäckigem Ansprechen“ ist ein wiederholtes Ansprechen zu verstehen. Eine bestimmte Anzahl von Wiederholungen ist jedoch nicht erforderlich, so dass bereits ein zweimaliges Ansprechen genügen kann. Erfolgt nur ein einmaliges Ansprechen, so scheidet die Anwendung von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG aus, ein Rückgriff auf § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG bleibt jedoch möglich, sofern dessen besondere Umstände vorliegen.

Die Werbung muss erkennbar unerwünscht sein.

Beispiel:

„Ist der Briefkastenaufkleber „Keine Werbung“ an einem Briefkasten abgerissen worden, so ist der entgegenstehende Wille des Adressanten nicht mehr erkennbar und der Einwurf einer Werbesendung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG nicht zu beanstanden.“

bb)

Die Werbung mit einem Telefonanruf gegen einen Verbraucher ist ohne dessen Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung stets unzulässig. Die Einwilligung des Verbrauchers soll allerdings (im Regierungsentwurf war dies noch anders geregelt) nicht ausdrücklich erfolgen. Es genügt eine konkludente Einwilligung, so dass sich an der bisherigen Rechtslage nichts ändert.

cc)

Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ist ohne eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten unzulässig. Hiervon wird auch die Werbung mit SMS oder MMS erfasst. Die Entscheidung des BGH vom 17.07.2008, wonach ein Unternehmen stillschweigend

in den Empfang branchenüblicher Werbefaxe einwilligt, wenn es seine Faxnummer in einem Branchenverzeichnis eintragen lässt, ist mit der UWG-Novelle 2008 überholt!

Stets unzulässig ist die Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

dd)

Abweichend von Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

- ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat;
- der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet;
- der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat; und
- der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Der Werbende muss die elektronische Postadresse „im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung“ erhalten haben. Dies setzt voraus, dass der Werbende die Adresse vom Kunden selbst, etwa auf Anfrage, oder aufgrund einer Bestellung per Email erhalten hat. Dass der Werbende sich die Adresse anderweitig (z. B. über einen Adressenhändler) beschafft hat, genügt definitiv nicht. Die Beweislast für die Erlangung der elektronischen Adresse vom Kunden trägt der Werbende.

Ferner muss ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung gegeben sein. Das bedeutet, dass es zu einem Vertragschluss gekommen sein muss; es genügt daher nicht, dass der Kunde zwar Informationen über das Angebot des Werbenden eingeholt, aber dann im Ergebnis nichts bestellt hat.

C. Schlussbemerkung

Die UWG-Novelle 2008 weitet durch den Begriff der „geschäftlichen Handlung“ den Anwendungsbereich des Gesetzes erheblich aus. Das UWG wird damit zu einem „allgemeinen Lauterkeitsrecht für Unternehmen“.

Künftig wird deutlich stärker als bisher zwischen Handlungen gegenüber Unternehmen und solchen gegenüber Verbrauchern zu unterscheiden sein. Gegenüber letzteren wird die bisherige „Bagatellschwelle“ künftig nur noch eine eher untergeordnete Rolle spielen.

Einige Neuregelungen, insbesondere zu den Informationspflichten und den Regelungen der „Schwarzen Liste“, bedürfen noch einer näheren Ausgestaltung durch die Rechtsprechung.