

von Rechtsanwalt **Max-Lion Keller**, LL.M. (IT-Recht)

Zulässigkeit der Werbung mit der unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers (UVP)

Die Werbung mit der unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers (UVP) als Bezugspreis ist eines der wichtigsten und gebräuchlichsten Marketinginstrumente. In den Artikelseiten von vielen Onlinehändlern findet sich eine Werbung mit UVP, um so den angebotenen Preis als niedriger und so günstiger herausstellen zu können. Die Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers ist grundsätzlich zulässig. Es gelten allerdings die allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts, die bei einer Werbung mit Preisempfehlungen des Herstellers zu beachten sind.

Die Zulässigkeitsgrenzen einer solchen Werbung sollen im folgenden Beitrag herausgearbeitet werden. Der Beitrag orientiert sich soweit möglich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

Rechtslage bis zur Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahre 2005

Der Begriff „unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers“ stammt ursprünglich aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und privilegierte als engen kartellrechtlichen Ausnahmetatbestand für die Zulässigkeit von Preisempfehlungen die Hersteller von Markenwaren. Bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle vom 1.7.2005 waren Preisempfehlungen grundsätzlich verboten. Als Ausnahme von diesem Verbot durften nur Hersteller von Markenwaren Preisempfehlungen unter bestimmten Voraussetzungen aussprechen, wozu auch das Gebot gehörte, die Preisempfehlung ausdrücklich als unverbindlich zu bezeichnen (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F., s. auch BGH, Urteil vom 7.12.2006 - I ZR 271/03). An diese kartellrechtliche Vorgabe waren Händler, die mit einer unverbindlichen Preisempfehlung werben wollten, gebunden. Händler durften bis zur GWB-Novelle vom 1.7.2005 nur mit einer „echten“ unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers werben. § 23 GWB a.F. wurde mit der Novellierung des GWB ersatzlos gestrichen.

Nach Novellierung des GWB im Jahre 2005 wurde in vielen Kommentierungen zur Zulässigkeit des Bezugs auf unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers oft der Grundsatz übersehen, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Werbung mit empfohlenen Preisen sich dieser neuen kartellrechtlichen Rechtslage anzupassen hat (Köhler/Bornkamm § 5 UWG, Rn. 7.46). Es bedurfte eines Grundsatzurteils des BGH um klarzustellen, dass eine Preisempfehlung, die nicht die ausdrückliche Angabe enthält, dass die Empfehlung vom Hersteller stammt und dass sie unverbindlich ist, nicht als irreführend zu bewerten ist (s. das zitierte Urteil des BGH vom 7.12.2006). Seit der genannten GWB-Novelle von 2005 ist auch die Voraussetzung entfallen, dass Gegenstand eine Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung nur Preisempfehlungen eines Herstellers von Markenwaren sein dürfen. Dies wird verschiedentlich noch falsch dargestellt.

Allgemeine lauterkeitsrechtliche Grenzen der Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers

Eine Werbung mit einer Preisempfehlung des Herstellers ist nach heutiger Rechtslage grundsätzlich zulässig. Allerdings müssen dabei allgemeine Grundsätze des Wettbewerbsrechts beachtet werden. Entscheidend ist immer, wie der Kunde als informierter Durchschnittsverbraucher die Werbeaussage versteht.

Die Bezugnahme auf die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers muss klar und eindeutig sein

Wenn der Händler mit einer Preisempfehlung wirbt, muss es dem Kunden klar sein, dass der Werbende sich als Bezugspreis auf die unverbindliche Preisempfehlung eines Herstellers bezieht. Als irreführend sind insbesondere Preisangaben anzusehen, die vom Verkehr nicht als unverbindliche Empfehlung des Herstellers verstanden werden (BGH GRUR 1980, 108-109). Deshalb sollte der Onlinehändler vorsichtig mit unverständlichen Abkürzungen sein wie z.B. „empf. VK“ oder „eUVP“, die der Durchschnittskunde nicht versteht.. Dagegen ist es zulässig, mit dem Begriff „empfohlener Verkaufspreis“, „empfohlener Verkaufspreis des Herstellers“ oder der Abkürzung „UVP“ zu werben. Denn dem informierten Durchschnittsverbraucher ist bekannt, dass Preisempfehlungen üblicherweise vom Hersteller ausgesprochen werden und unverbindlich sind. Dem informierte Durchschnittsverbraucher ist ebenfalls die Abkürzung UVP für die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers geläufig (BGH, Urteil vom 7.12.2006 – I ZR 271/03).

Die Bezugnahme auf eine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers muss eindeutig sein. Werbeaussagen wie „nur zum Teil bis zu 25% unter dem empfohlenen Richtpreis“ oder „bis zu 50% unter dem empfohlenen Preis“ wurden von der Rechtsprechung als nicht zulässig bewertet (s. Köhler/Bornkamm, § 5 UWG, Rn 7.57). Preisangaben unter Verwendung von Begriffen wie „regulärer Preis“ oder „Regulärpreis“ sind für den Verbraucher mehrdeutig, da nicht klar wird, ob es sich um den empfohlenen Preis, einen gebundenen Preis oder den eigenen, früheren Preis des Verkäufers handelt (OLG Köln, Urteil vom 2.3.2001 – 6U 208/99. Das Gleiche gilt für Begriffe wie „Listenpreis“ oder „Katalogpreis“, da sie sich auf einen gebunden, empfohlenen oder früheren Verkäuferpreis beziehen können (Köhler/Bornkamm, § 5 UWG, Rn 7.60).

Die unverbindliche Preisempfehlung muss vom Hersteller als angemessener Verbraucherpreis auf Grund einer ernsthaften Kalkulation ermittelt worden sein

Bezug auf fiktive Preisempfehlung nicht zulässig

Zunächst etwas scheinbar Triviales. Der Werbende kann zwar mit Begriffen wie „empfohlener Verkaufspreis“ oder „UVP“ werben, aber er muss sich dabei auf die unverbindliche Preisempfehlung eines Herstellers beziehen, die es auch tatsächlich gibt. Der Bezug auf fiktive Preisempfehlungen des Herstellers ist nicht zulässig, wie das LG Köln noch einmal bekräftigt hat (LG Köln, Urteil vom 14.2.2013 – 31 O 474/12).

Preisempfehlung ist auf Grund einer ernsthaften Marktkalkulation des Hersteller als angemessener Verbraucherpreis ermittelt worden

Die Preisempfehlung des Herstellers darf keine Gefälligkeit des Herstellers gegenüber dem Händler sein, um ihm den Absatz eines Produkts zu erleichtern. Der Verbraucher erwartet, dass die Preisempfehlung auf der Grundlage einer ernsthaften Kalkulation des Herstellers als angemessener Verbraucherpreis in der jeweiligen Marktsituation ermittelt worden ist (BGH, GRUR 2000, 436).

Differenz zwischen empfohlenen Preis und dem Einkaufspreis des Händlers ist Indikator für Angemessenheit des empfohlenen Herstellerpreis

Die Differenz zwischen empfohlenen Preis und dem auf dem Markt üblichen Durchschnittspreis für das Produkt ist ein Indikator, ob die Preisempfehlung noch auf der Grundlage einer ernsthaften Kalkulation erfolgt ist „Mondpreis“ (OLG Hamm, Urteil vom 29.11.1994 – 4U 32/94. In der Rechtsprechung wird dabei meistens die Handelsspanne zwischen unverbindlicher Preisempfehlung des Herstellers und dem Großeinkaufspreis des Händlers oder Abgabepreis des Herstellers an den Händler als relevante Handelsspanne behandelt. Auch die Differenz zwischen Verkaufspreis des Händlers und empfohlenem Preis des Herstellers kann natürlich ein wichtiges Indiz sein. Wenn der empfohlene Preis in keinem vernünftigen Verhältnis zum Einkaufspreis des Händlers steht, ist der empfohlene Preis nicht auf der Basis einer ernsthaften Kalkulation ermittelt worden (s. BGH GRUR 1996, 327; BGH GRUR 1966, 686). Nicht jeder empfohlene Herstellerpreis ist aber ein „Mondpreis“, nur weil er unter dem Einkaufspreis des Händlers liegt. Die Höhe der Spanne zwischen empfohlenen Preis des Herstellers und Händlereinkaufspreis kann nur ein Indiz für das Vorliegen eines Mondpreises sein.

Konkrete Wettbewerbslage auf dem für das Produkt relevanten Markt entscheidet über die Zulässigkeit der Handelsspanne zwischen Einkaufspreis und empfohlenen Herstellerpreis

Entscheidend ist die konkrete Wettbewerbslage auf dem für das Produkt relevanten Markt (Köhler/Bornkamm, § 5, Rn. 7.52). Je nach Marktsituation kann auch eine hohe Handelsspanne noch als zulässig gehalten werden (Köhler/Bornkamm, § 5, Rn. 7.52). Der BGH hat einen empfohlenen Preis für Uhren, der 100% über dem Händlereinkaufspreis lag, als Mondpreis beurteilt (BGHZ 45, 115). Es ist fraglich, ob und inwieweit sich dieses Urteil verallgemeinern lässt.

Darlegungs- und Beweislast für die Ermittlung der Preisempfehlung liegt bei Kläger nicht bei abgemahntem Händler

Es wird daher immer vom Einzelfall und der konkreten Marktsituation abhängen, ob der empfohlene Preis des Herstellers auf Grund einer ernsthaften Kalkulation ermittelt wurde oder nicht. Der werbende Händler ist hier rechtlich in einer angenehmen Situation, da der Abmahnende die volle Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung trägt, dass eine Werbung mit einer bestehenden unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers im Hinblick auf die Marktverhältnisse zur Irreführung geeignet ist (BGH, Urteil vom 27.11.2003 – I ZR 94/01).

#Bei dem empfohlenen Preis des Herstellers als Bezugspreis muss es sich um eine unverbindliche Preisempfehlung und nicht um einen gebundenen Preis handeln#

Kartellrechtlich sind Preisbindungen grundsätzlich nicht zulässig. Dies ist auch wettbewerbsrechtlich zu berücksichtigen. Der Händler darf daher nicht mit einer kartellrechtlich unzulässigen Preisbindung des Herstellers werben. Dieser Fall ist allerdings wenig praxisrelevant. Praxisrelevant ist dagegen der Fall, dass der Händler für bestimmte Produkte mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers wirbt, für diese Produkte aber kartellrechtlich zulässige, verbindliche Preisbindungen bestehen, wie zum Beispiel bei Buchpreisbindung oder bei der Preisbindung für Arzneimitteln. Wenn der Händler seinen Verkaufspreis für Produkte, die unter eine Preisbindung fallen, unter Angabe einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers als Bezugspreis bewirbt, täuscht er den Verbraucher, da es für preisgebundene Produkte keine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers geben kann.

Sonderproblem des sogenannten Apothekenverkaufspreis (AVP) als Bezugspreis

Das Problem der Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung bei geltender Preisbindung hat sich in der Rechtsprechung in den letzten Jahren im Arzneimittelpreisrecht gestellt. Das Preisrecht bei Fertigarzneimitteln ist kompliziert. Hier daher nur folgende Erklärungen zum Verständnis des Problems: Bei verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln wird die Preisbildung durch die Arzneimittelpreisverordnung (Abgabepreise an den Endverbraucher und die Abgabepreise des

pharmazeutischen Großhandels an die Apotheken) vorgegeben. Der sogenannte Apothekenverkaufspreis (AVP) ist der Verkaufspreis der Apotheken für Arzneimittel an den Endverbraucher, der sich aus dem Apothekeneinkaufspreis plus einem Apothekenaufschlag plus Mehrwertsteuer berechnet. Gleichzeitig stellt nach deutschem Recht der Apothekenverkaufspreis auch den Preis dar, zu dem eine Apotheke mit der gesetzlichen Krankenversicherung abrechnen kann. Für verschreibungspflichtige Arzneimittel berechnet sich der Apothekenverkaufspreis nach der Arzneimittelverordnung, für bestimmte, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel nach § 129 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch. Der Apothekenverkaufspreis wird den Apotheken, Pharmaunternehmen und Krankenkassen über die sogenannte Lauer-Taxe („ADBA-Artikelstamm bzw. „Große Deutsche Spezialitätentaxe“) zur Verfügung gestellt. Seit der Gesundheitsreform von 2004 werden die meisten nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel nicht mehr von den Krankenkassen erstattet. Nur für diese Produktgruppe gibt es daher keine Preisbindung mehr und hier können die Apotheken die Preise selbst festlegen. Hier sollte der Klarheit wegen für diese spezielle Produktgruppe von „unverbindlichem Apothekenverkaufspreis“ gesprochen werden.

Eine Werbung mit einem Apothekenverkaufspreis, der als unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers gekennzeichnet wird, wäre demnach unzulässig. Nach einem Urteil des KG Berlin (KG Berlin, Urteil vom 17. 1.2014 - 5 U 89/13) ist es für den wettbewerbsrechtlichen Täuschungstatbestand nicht notwendig, dass der Werbende bei Arzneimitteln ausdrücklich mit dem Begriff „unverbindliche Preisempfehlung“ wirbt. Bereits eine mögliche Verwechslung von „Apothekereinkaufspreis“ (AVP und „unverbindliche Preisempfehlung“ (UVP) durch den Verbraucher reiche aus. Es sei davon auszugehen, dass der durchschnittlich informierte Verbraucher bei einer Werbung mit dem Unterschreiten des „AVP“ den Apothekenverkaufspreis (AVP) mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers (UVP) gleichsetze. Das KG hat es als irreführende Werbung angesehen, wenn eine Versandhandelsapotheke bei Vertrieb von nicht verschreibungspflichtigen aber gegenüber der Krankenkasse abrechnungsfähigen Arzneimitteln mit einem Preisvorteil gegenüber dem „AVP“ wirbt.

Es darf hinsichtlich des vertriebenen Produkts kein Alleinvertriebsrecht bestehen

Der empfohlene Herstellerpreis als Bezugspreis muss sich am Markt gebildet haben. Von einem Marktpreis kann nicht gesprochen werden, wenn es nur einen Alleinvertriebsberechtigten und damit weder einen Markt gibt, für den die Preisempfehlung eine Hilfe sein könnte, noch einen Marktpreis, der der Preisempfehlung nahekommt (Köhler/Bornkamm § 5 UWG, Rn. 7.53, BGH GRUR 2002, 95).

Bei Werbung mit empfohlenem Herstellerpreis dürfen Hersteller und Vertreiber nicht identisch sein, auch wenn der Hersteller kein Alleinvertriebsrecht an der Ware hat

Bei dieser Konstellation gibt es mehrere Händler, die das Produkt vertreiben. Es kann sich so für das Produkt ein Marktpreis bilden, der Grundlage der Herstellerempfehlung sein kann. Höchstrichterliche Rechtsprechung liegt zu dieser Fallkonstellation nicht vor. Nach Ansicht der IT-Recht Kanzlei muss bei Identität von Hersteller und Vertreiber auf Grund der Marktmacht des Herstellers die Werbung mit einem UVP als unzulässig erachtet werden. Es besteht hier ein gesteigertes Risiko, dass der Hersteller seine Macht missbraucht, da er nicht am Markt orientierte UVPs festsetzen kann, um sich so durch günstigere Preise als die übrigen Händler, die sein Produkt vertreiben, einen Vorteil zu verschaffen. Das LG Hamburg (LG Hamburg, Urteil vom 27.09.2005, 312 O 655/05) hat in einem ähnlich gelagerten Fall hinsichtlich eines Herstellers, der gleichzeitig exklusiver Großhändler war, wie folgt entschieden: „Diese Situation (Vortäuschen eines besonders günstigen Angebots) liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen als Herstellerin und exklusive Großhändlerin eine unverbindliche Preisempfehlung ausspricht und zugleich in der Werbung für die einer Werbegemeinschaft angeschlossenen Einzelhändler die unverbindliche Preisempfehlung durch niedrigere Preise unterbietet. In dieser Situation sind es die in der Werbung angegebenen niedrigeren Preise, die im Sinne einer unverbindlichen Preisempfehlung Aussicht auf Befolgung und Bildung des Marktpreises haben, nicht jedoch die vermeintliche unverbindliche Preisempfehlung.“

Die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers als Bezugspreis muss zum Zeitpunkt der Werbung aktuell sein

Die Bezugnahme auf eine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers muss für den gesamten Zeitraum der Werbung gültig sein (BGH; Urteil vom 15.09.1999 – I ZR 131/97). Wenn die unverbindliche Preisempfehlung beim Start einer Werbung gültig ist, dann aber im Verlauf der Werbeaktion die unverbindliche Preisempfehlung ihre Gültigkeit verliert, dann wird die Werbeaussage irreführend, es sei denn der Werbende weist daraufhin, dass es sich um eine ehemalige Preisempfehlung handelt.

Die Werbung mit einer „ehemaligen unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers“ ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig

Der explizite Bezug auf eine ehemalige Preisempfehlung des Herstellers ist grundsätzlich zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen einer Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers erfüllt sind (BGH, Urteil vom 15.9.1999 – IZR 131/97). Auch eine frühere Preisempfehlung könne durchaus noch als eine sachgerechte Orientierungshilfe für die Preisüberlegungen von Verbrauchern dienen, beispielsweise beim Erwerb eines Auslaufmodells (BGH, aaO). Es muss aber ausdrücklich kenntlich

gemacht werden, dass es sich um eine ehemalige unverbindliche Preisempfehlung handelt. Weiterhin ist Voraussetzung für eine Werbung mit einer ehemaligen unverbindlichen Preisempfehlung, dass es sich um die zuletzt gültige und inzwischen ungültig gewordene Preisempfehlung des Herstellers handelt (BGH, Urteil vom 15.9.1999 – I ZR 131/97). Ein Bezug auf eine bereits länger zurückliegende ehemalige Preisempfehlung des Herstellers ist daher nicht zulässig.

Es ist bei einer Werbeaussage mit einer ehemaligen unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers Vorsicht vor Abkürzungen wie „EUVP“ geboten. Abkürzungen sollten nur verwendet werden, wenn der Durchschnittsverbraucher sie kennt. Da die Abkürzung UVP für unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers benutzt werden darf, ist nichts gegen einen Begriff wie „ehemalige UVP“ einzuwenden.

Autor:

RA Max-Lion Keller, LL.M. (IT-Recht)

Rechtsanwalt