

Anmerkung

zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Amtsblatt L 149/22 vom 11.06.2005)

1. Zur Richtlinie

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 intendiert eine vollständige Angleichung des Rechts der unlauteren Geschäftspraktiken im Bereich des geschäftlichen Verkehrs zwischen Unternehmern und Verbrauchern (sog. B2C-Bereich) und die Schaffung eines verlässlichen Rechtsrahmens in der Europäischen Gemeinschaft.¹ Der Charakter als Vollharmonisierung ergibt sich insbesondere aus Art. 3 Abs. 5 der RiLi. Nach dieser Vorschrift können die Mitgliedsstaaten für einen Übergangszeitraum von sechs Jahren in dem durch die Richtlinie angeglichenen Bereich nationale Vorschriften beibehalten, die restriktiver oder strenger sind als die Richtlinie. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mitgliedsstaaten folglich an den Regelungsinhalt der Richtlinie gebunden. Sie dürfen nicht dahinter zurückbleiben und auch nicht darüber hinausgehen.

Auf eine Vollharmonisierung deutet zudem auch die „Binnenmarkt“-Klausel des Art. 4 der RiLi hin. Nach dieser Vorschrift dürfen Mitgliedsstaaten den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen, einschränken. Im 12. Erwägungsgrund heißt es hierzu erläuternd, dass sowohl Verbraucher als auch Unternehmer durch die Angleichung in die Lage versetzt würden, sich an einem **einzigem Rechtsrahmen** zu orientieren, der auf einem klar definierten Rechtskonzept beruhe. Der Charakter der Richtlinie als Vollharmonisierung erfordert jedoch keine wörtliche Umsetzung des Richtlinien textes. Vielmehr genügt eine inhaltliche Angleichung an die Vorgaben der Richtlinie. Dies findet seine Stütze in Art. 249 Abs. 3 EG, wonach

¹ Vgl. Erwägungsgründe 6, 11, 12, 13, 15.

eine Richtlinie nur hinsichtlich des Ziels verbindlich ist, und die Wahl von Form und Mitteln den Mitgliedsstaaten überlassen bleibt.

Den Mitgliedsstaaten kommt somit ein nicht unerhebliches Kodifizierungsermessen zu, das eine Anpassung an die Traditionen der nationalen Rechtsordnung ermöglicht. Dabei muss der Gesetzestext jedoch selbst hinreichende Anhaltspunkte für eine Auslegung gemäß den Zielvorgaben der Richtlinie enthalten. Keinesfalls genügt der nationale Gesetzgeber dem Umsetzungserfordernis, wenn er die Anpassung des Rechts seinen Gerichten überlässt.

Ganz allgemein muss eine Richtlinienumsetzung den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gerecht werden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH hat jeder Mitgliedsstaat, der Adressat der Richtlinie ist, die Verpflichtung, in seiner nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.²

Anhaltspunkte dafür, dass die Umsetzung der Richtlinie im Rahmen *eines* einheitlichen nationalen Gesetzgebungswerks erfolgen muss, bestehen hingegen nicht.

Vielmehr dürfte es ausreichen, wenn Teile der Richtlinie in anderen Gesetzeswerken normiert werden bzw. an ihrem bisherigen Regelungsort in einem anderen Gesetzeswerk verbleiben.

Im Ergebnis erfordert die Richtlinie – wenige Jahre nach der UWG-Reform – keine umfassende Neugestaltung des deutschen Lauterkeitsrechts. In weiten Teilen wird das UWG bereits jetzt der Richtlinie inhaltlich gerecht. Einen Schwerpunkt der Richtlinienumsetzung dürfte allerdings die Überarbeitung des Irreführungstatbestandes in § 5 UWG ausmachen.

2. Umsetzung der Richtlinie

Die folgende Darstellung konzentriert sich auf einige – aus Sicht der Wettbewerbszentrale – besonders problematische Tatbestände der Richtlinie. Bezüglich dieser soll im Folgenden geprüft werden, inwieweit ein Umsetzungsbedarf besteht. Wird

² EuGH, Slg. 2002, I-4147 Rn. 15

eine Umsetzung für erforderlich erachtet, werden Vorschläge für die konkrete Umsetzung der Tatbestände gemacht.

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts wird durch den in § 2 Nr. 1 UWG definierten Begriff der „Wettbewerbshandlung“ bestimmt. Danach ist unter „Wettbewerbshandlung“ jede Handlung einer Person mit dem Ziel zu verstehen, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren (oder Dienstleistungen) zu fördern. Die Richtlinie verwendet demgegenüber den Begriff der „Geschäftspraxis“. Hiervon erfasst wird jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.

Zentraler Unterschied zum Begriff der „Wettbewerbshandlung“ ist das Fehlen der **subjektiven Komponente** der Wettbewerbsförderungsabsicht. Dem Kriterium der gezielten Absatzförderung kam bisher die Bedeutung zu, weltanschauliches, wissenschaftliches, redaktionelles oder verbraucherpolitisches Marktverhalten aus dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts auszuklammern. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass es nach der Richtlinien-Definition der „Geschäftspraxis“ erforderlich ist, dass diese mit der Absatzförderung in einem *unmittelbaren* Zusammenhang steht. Dieses Kriterium erscheint ebenfalls geeignet, nichtkommerzielle Äußerungen aus dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts auszugrenzen. So mag eine redaktionelle Äußerung mittelbar der Absatzförderung eines vorgestellten Produktes dienen, unmittelbar wird es bei solchen Beiträgen jedoch regelmäßig um die Information des Lesers gehen. Es wird daher vorgeschlagen, das Kriterium des Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen unternehmerischen Marktverhalten und Absatzförderung in den Gesetzestext aufzunehmen.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass sich die „Geschäftspraxis“ ausdrücklich auf alle Handlungen „vor, während und nach Abschluss des ... Handelsgeschäfts“ (Art. 3 der RiLi) bezieht. Einbezogen ist demnach also nicht nur die Vertragsanbahnung, sondern auch die Durchführung und Abwicklung eines Vertrages. Der Begriff der Wettbewerbshandlung erfasst demgegenüber seinem Wortlaut nach nur solche Handlungen, die der Absatzförderung dienen.

Allerdings schließt diese Formulierung nicht zwingend aus, dass auch Handlungen nach Vertragsschluss dem Wettbewerbsrecht unterfallen können.³ Auf der anderen Seite sind auch die Bestimmungen der Richtlinie nach Vertragsschluss nicht uneingeschränkt anwendbar. So soll gem. Art. 3 Abs. 2 der RiLi das Vertragsrecht und hierbei insbesondere Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrages unberührt bleiben.

Es sollte in der Gesetzesbegründung dennoch ein klarstellender Hinweis darauf erfolgen, dass auch solche Handlungen vom Begriff der „Wettbewerbshandlung“ erfasst werden, die **nach** Vertragsschluss erfolgen.

Nicht zwingend erforderlich erscheint es dagegen, auch den Begriff der „Geschäftspraxis“ in das deutsche Lauterkeitsrecht zu integrieren.

In Anlehnung an den Definitionsvorschlag von Köhler⁴ erscheint folgende Anpassung des Gesetzeswortlautes sachgerecht:

„§ 2 - Definitionen

(1) Im Sinne des Gesetzes bedeutet

1. „Wettbewerbshandlung“ jede Handlung einer Person zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, die unmittelbar mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs, mit dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt.“

³ Vgl. nur Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 53.

⁴ GRUR 2005, 793, 795.

b) Generalklausel

Nach Art. 5 Abs. 1 der RiLi sind „unlautere Geschäftspraktiken“ verboten. Wann eine Geschäftspraxis als unlauter anzusehen ist, wird in Art. 5 Abs. 2 der RiLi definiert.

Unlauterkeit ist danach dann anzunehmen, wenn die Geschäftspraxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt nicht entspricht (1) und in Bezug auf das Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen (2).

Das deutsche Wettbewerbsrecht sieht demgegenüber keine Definition der Unlauterkeit in der Generalklausel des § 3 UWG vor. Dies wirft die Frage auf, ob sich aus der Legaldefinition des Art. 5 der RiLi ein Umsetzungserfordernis für das deutsche Lauterkeitsrecht ergibt. In Erwägungsgrund 13 der RiLi findet sich zwar der Hinweis, dass es zur Beseitigung von Hemmnissen notwendig ist, „die in den Mitgliedstaaten existierenden unterschiedlichen Generalklauseln und Rechtsgrundsätze zu ersetzen“. Dies braucht jedoch nicht zwingend im Sinne einer wortgenauen Anpassung verstanden zu werden. In Hinblick auf den Harmonisierungseffekt erscheint vielmehr auch eine inhaltliche Angleichung an die Vorgaben der Richtlinie ausreichend zu sein.⁵ Dies findet seine Stütze auch in Art. 249 Abs. 3 EG, wonach eine Richtlinie nur hinsichtlich des Ziels verbindlich ist, und die Wahl von Form und Mitteln den Mitgliedsstaaten überlassen bleibt.

(1) Berufliche Sorgfalt

Zentraler Begriff der Generalklausel des Art. 5 der RiLi ist der der „beruflichen Sorgfalt“. Im deutschen Recht findet sich diese Begrifflichkeit in Zusammenhang mit Haftungsfragen im Schadensersatzrecht. So handelt gem. § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig, wer die **im Verkehr erforderliche Sorgfalt** außer Acht lässt. Im Lauterkeitsrecht spielen dagegen Verschuldensfragen keine Rolle, soweit es um Unterlassungsansprüche geht.

⁵ So auch Henning-Bodewig, GRURInt. 2004, 183, 190; Sosnitza, WRP 2006, 1, 3.

Das Kriterium der „beruflichen Sorgfalt“ wird in Art. 2 lit. h der RiLi legaldefiniert. Die Definitionsbestimmung verweist hierzu auf die „anständigen Marktgepflogenheiten“ und den „allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben“. Der Begriff der „anständigen Marktgepflogenheiten“ bezieht sich auf bestehende Verkehrssitten und Übungen am Markt, die von den Marktteilnehmern als angemessen angesehen werden. Zusammen mit dem Merkmal der „Treuwidrigkeit“ ist die Generalklausel damit in erheblichem Maße interpretationsoffen. Auch in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 3 UWG heißt es, dass unlauter alle Handlungen seien, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen.⁶ Das deutsche Lauterkeitsrecht ist daher insoweit mit der Richtlinie inhaltlich vereinbar. Dennoch halten wir eine klarstellende Anpassung des Wortlauts der Generalklausel unter Verzicht auf den Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ für sachgerecht.

(2) Wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens der Verbraucher

Kumulativ verlangt die Generalklausel des Art. 5 der RiLi eine wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Durchschnittsverbrauchers“. In Art. 2 lit. e der Richtlinie wird dies legaldefiniert als „die Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.“ In der Generalklausel des UWG findet das Relevanzerfordernis der Richtlinie keine genaue Entsprechung. Allerdings steht wohl außer Frage, dass ein Marktverhalten, das keine Auswirkungen auf die Verbraucherentscheidung hat, auch wettbewerbsrechtlich irrelevant ist.⁷ Dennoch sollte aus Gründen der Rechtsklarheit eine Aufnahme in die nationale Generalklausel erfolgen.

Das Kriterium der „spürbaren Beeinträchtigung“ entspricht der Bagatellklausel des § 3 UWG (den Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher „nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen“). Zwar haben beide Merkmale mit der „Verbraucherentscheidung“

⁶ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/1487, S. 16.

⁷ So auch Henning-Bodewig, GRURInt 2004, 183, 190.

und dem „Wettbewerb“ unterschiedliche Bezugsobjekte. Eine spürbare Beeinträchtigung des Entscheidungsverhaltens der Verbraucher durch unlautere Geschäftspraktiken hat jedoch stets auch eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge.⁸ Ein Umsetzungserfordernis besteht hier demnach nicht.

Ein Unterschied zur Richtlinie, die das „Spürbarkeitserfordernis“ als Bestandteil der Unlauterkeit erfasst, kann jedoch darin gesehen werden, dass die Bagatellklausel des UWG **neben** das Merkmal der Unlauterkeit tritt.

Nach Ansicht der Wettbewerbszentrale bedarf es auch in diesem Punkt einer Anpassung der Generalklausel des deutschen Lauterkeitsrechts an die Richtlinie.⁹

Die Generalklausel des § 3 UWG ließe sich demnach wie folgt fassen¹⁰:

„(1) Unlautere Wettbewerbshandlungen sind unzulässig.

(2) Eine Wettbewerbshandlung ist unlauter, wenn sie gegen die anständigen Gepflogenheiten im geschäftlichen Verkehr oder den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt und zudem geeignet ist, die Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich zu beeinträchtigen und diese damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie ansonsten nicht getroffen hätten. Dabei ist auf das durchschnittliche Mitglied der Verkehrskreise, an die sich die Wettbewerbshandlung richtet oder die sie erreicht, abzustellen.“

⁸ So auch Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1329.

⁹ Anders aber Köhler, GRUR 2005, 793, 797,

¹⁰ Die Formulierung erfolgt in Anlehnung an den Vorschlag von Köhler, GRUR 2005, 793, 797, der allerdings eine weitreichendere Umsetzung vorschlägt.

c) „Black list“ (Anhang I der RiLi)

Die in Anhang I der Richtlinie enthaltene „Black list“ erfasst einzelne Fallkonstellationen, die „unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind“ (Art. 5 Abs. 5 S. 1 der RiLi). Diese Verhaltensweisen unterliegen keiner Einzelfallbeurteilung (vgl. EG 17). Sie werden auch dann sanktioniert, wenn sie unter der Erheblichkeitsschwelle liegen. Wie mit dieser „Black list“ umgegangen werden soll, gehört zu den umstrittensten Punkten der Richtlinienumsetzung.

Für nicht praktikabel halten wir es, die Liste aufzulösen und in das UWG zu integrieren. Ein solches Vorgehen hätte zur Folge, dass Tatbestände mit Wertungsmöglichkeit neben solchen ohne Beurteilungsspielraum stünden, was zu einer erheblichen Rechtsunklarheit führen würde. Zudem fügen sich die Einzelfallkonstellationen der „Black list“ systematisch nicht in die Tatbestände des UWG ein, die typische Erscheinungsformen unlauteren Verhaltens umschreiben.

Als Optionen verbleiben daher nur die Aufnahme der „Black list“ als Anhang in das UWG sowie die Erfassung in den Gesetzesmaterialien.

Die Wettbewerbszentrale spricht sich ausdrücklich für die Aufnahme als Anhang aus.¹¹

Zwar stellt die Aufnahme eines Anhangs in gesetzessystematischer Hinsicht eher einen Fremdkörper im deutschen Lauterkeitsrecht dar. Diese Art der Umsetzung gewährleistet jedoch in weit höherem Maße Rechtsklarheit für den Anwender und wird dem Leitbildcharakter der Beispielstatbestände besser gerecht, als dies durch eine Erfassung in den Gesetzesmaterialien möglich wäre. Zudem ist sehr fraglich, ob die Übernahme in die Gesetzesbegründung den Anforderungen an eine richtlinienkonforme Umsetzung genügen würde. Im Gemeinschaftsrecht finden sich insoweit bislang keine unmittelbar entsprechenden Beispiele. Teilweise wird in diesem Zusammenhang zwar auf eine Entscheidung des EuGH verwiesen.¹² Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich jedoch wesentlich vom vorliegenden Fall. So kommt der dort zu beurteilenden Klauselliste im Anhang der Richtlinie

¹¹ So auch Seichter, WRP 2005, 1087, 1095; Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1323.

¹² Köhler, GRUR 2005, 793, 797 unter Hinweis auf EuGH, Slg. I-4147 Rn. 23.

nach den Erwägungsgründen nur Beispielscharakter zu.¹³ An einem solchen Regelungsspielraum fehlt es jedoch gerade bei der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.¹⁴

Konkret sollte die Umsetzung durch Aufnahme eines zusätzlichen Absatzes in die Generalklausel des UWG erfolgen, mit dem zum einen auf den Anhang verwiesen und zum anderen klargestellt werden kann, dass die dort genannten Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit als unlauter anzusehen sind („Die im Anhang genannten Wettbewerbsbehandlungen gelten unter allen Umständen als unlauter“).

Zudem halten wir eine sprachliche Anpassung der Liste an die Terminologie des UWG für erforderlich. Wie eine sprachliche Bereinigung aussehen könnte, soll hier nur beispielhaft anhand eines ausgewählten Tatbestandes der „Black list“ aufgezeigt werden:

Anhang I Nr. 13: „Werbung für ein Produkt, das dem Produkt eines bestimmten Herstellers ähnlich ist, mit dem Ziel, den Verbraucher zu der unzutreffenden Annahme zu verleiten, das Produkt stamme von jenem Hersteller“

d) Irreführende Geschäftspraktiken

Die Richtlinie regelt irreführende Geschäftspraktiken in zwei Tatbeständen: irreführende Handlungen in Art. 6 und irreführende Unterlassungen in Art. 7 der RiLi. Das nationale Lauterkeitsrecht hingegen fasst beide Tatbestände in einer Vorschrift, § 5 UWG, zusammen. In inhaltlicher Hinsicht macht die Richtlinie zunächst eine Anpassung der Begrifflichkeiten erforderlich. So beschränkt sich § 5 UWG auf irreführende **Werbemaßnahmen**, wohingegen die Richtlinie - weitergehend - **alle** Geschäftsprakti-

¹³ EuGH, Slg. I-4170 Rn. 11.

¹⁴ So auch Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1323.

ken erfasst. § 5 sollte daher zukünftig ebenfalls auf alle irreführenden Wettbewerbshandlungen erstreckt werden.¹⁵

(1) Irreführende Handlungen, Art. 6 Abs. 1 der RiLi

Nach Art. 6 der RiLi ist eine Geschäftspraxis irreführend, wenn sie entweder falsche Angaben enthält (1. Alt.) oder geeignet ist, den Verbraucher zu täuschen (2. Alt.), und ihn dadurch zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er ansonsten nicht getroffen hätte. In Art. 6 Abs. 1 lit. a – g der RiLi findet sich ein abschließender Katalog von Umständen, die als Bezugspunkt der Täuschung in Betracht kommen.

Das deutsche Lauterkeitsrecht regelt irreführendes Handeln in § 5 UWG. § 5 Abs. 2 UWG enthält ebenfalls eine Aufzählung verschiedener Aspekte, die bei der Beurteilung einer Werbung als irreführend Berücksichtigung finden können. Diese Liste stellt jedoch keine abschließende Regelung dar („insbesondere“).

Auch wenn hiermit keine inhaltlichen Änderungen verbunden sein dürften, empfiehlt sich zunächst eine klarstellende Anpassung des Wortlauts des § 5 UWG dahingehend, dass alternativ falsche bzw. zur Irreführung geeignete Angaben erfasst werden. Ebenfalls diskutiert wird in der Literatur eine Klarstellung, dass der Irreführungseignung nunmehr bei unwahren Behauptungen keine Bedeutung mehr zukommt.¹⁶

Nach Einschätzung der Wettbewerbszentrale würde ein solcher Hinweis mehr verwirren als zur Klarheit in der Sache beitragen. Zwar differenziert die Richtlinie zwischen „unwahren“ und „zur Täuschung geeigneten“ Angaben, ohne bei ersteren ausdrücklich hervorzuheben, dass auch diesen eine Irreführungseignung zukommen muss. Letztlich ändert dies jedoch nichts in der Sache. Denn für das Vorliegen einer Irreführung muss auch bei unwahren Angaben hinzukommen, dass diese den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die er ansonsten nicht getroffen hätte („in jedem Fall“). Dieses Erfordernis impliziert jedoch, dass der „unwahren Angabe“ eine Irreführungseignung zukommen muss.

¹⁵ Zum inhaltlichen Gleichlauf der Begriffe „Geschäftspraktik“ und „Wettbewerbshandlung“, vgl. bereits unter S. 3, 4.

¹⁶ Henning-Bodewig/Glückner, WRP 2005, 1311, 1330. Anders offenbar Steinbeck, WRP 2006, 632, 634.

Nicht mehr aufrechterhalten lässt sich angesichts der abschließenden Aufzählung in Art. 6 der RiLi der beispielhafte Charakter des § 5 Abs. 2 UWG. Zukünftig wird sich daher auch im UWG eine abschließende Kriterienliste finden müssen, die sich allerdings entsprechend des Richtlinienwortlauts nur auf die zweite Alternative („zur Täuschung geeignet“) bezieht. Angesichts der recht weiten Formulierung der einzelnen Kriterien ist jedoch kaum ein Merkmal denkbar, dass sich nicht unter die bereits heute vorhandenen bzw. infolge der Richtlinienumsetzung zu ergänzenden Angaben fassen lässt.

Hinsichtlich des Kriterienkatalogs des Art. 6 Abs. 1 der RiLi besteht nach Auffassung der Wettbewerbszentrale ein nur geringfügiger Umsetzungsbedarf. Die meisten der dort angeführten Aspekte lassen sich unter die Angaben des § 5 Abs. 2 UWG fassen. Einer Aufnahme in das nationale Lauterkeitsrecht bedürfen dagegen das in Art. 6 lit. b der RiLi genannte Merkmal „Beschwerdeverfahren“ sowie die Gesichtspunkte des Art. 6 lit. c der RiLi mit Ausnahme des Kriteriums „Umfang der Verpflichtungen des Gewerbstreibenden“, welches sich unproblematisch unter den Begriff der Vertragsbedingungen (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG) subsumieren lässt.

(2) Spezialtatbestand: Irreführende Produktvermarktung, Art. 6 Abs. 2 lit. a der RiLi

Die Umsetzung der Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 lit. a der RiLi führt nach Ansicht der Wettbewerbszentrale zu einem weitreichenden Paradigmenwechsel.

Nach dieser Regelung ist jegliche Art der Vermarktung eines Produkts, die eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderem Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft, als irreführend anzusehen, wenn sie den Verbraucher zu einer Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte.

Einen vergleichbaren Verbotstatbestand kennt das deutsche Lauterkeitsrecht nicht. Zwar finden sich hier die Vorschriften des § 4 Nr. 9 lit. a und b UWG, wonach die Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen unzulässig ist, wenn durch sie eine

vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeigeführt oder die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Zudem sieht § 6 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 UWG Entsprechendes für die vergleichende Werbung vor. Weiterhin regelt § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG die Irreführung über die betriebliche Herkunft. Die Richtlinie geht jedoch über den Anwendungsbereich dieser Vorschriften hinaus, da sie jegliche Produktvermarktung und alle Produkt- und Kennzeichenverletzungen erfasst.

Im Rahmen einer Richtlinienumsetzung wäre daher § 4 Nr. 9 lit. a und b UWG durch einen neu zu schaffenden umfassenden Tatbestand der irreführenden Produktvermarktung, § 5 Abs. 4 UWG, zu ersetzen. In diesem Zusammenhang als problematisch könnte allenfalls anzusehen sein, dass die Richtlinie anders als § 4 Nr. 9 lit. a UWG keine **Vermeidbarkeit** der Herkunftstäuschung erfordert. Jedoch wird man auch diese in den Tatbestand des Art. 6 Abs. 2 lit. a der RiLi hineinlesen müssen, da nach der Generalklausel des Art. 5 der RiLi eine Geschäftspraxis nur dann unlauter ist, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht. Diesen Vorwurf wird man regelmäßig jedoch nur bei **vermeidbaren** Verstößen machen können.¹⁷ Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG als solche dürfte dagegen weiterhin Bestand haben, auch wenn sich ihr Regelungsgehalt mit dem des neu zu schaffenden § 5 Abs. 4 UWG überschneidet. Denn sie erfasst auch solche Sachverhalte, die in keinem Zusammenhang mit der Regelung des Art. 6 Abs. 2 lit. a der RiLi stehen.

Die einschneidende Bedeutung des Art. 6 Abs. 2 lit. a der RiLi wird insbesondere dann deutlich, wenn man die umzusetzende Regelung im Verhältnis zu den Sonderschutzrechten, insbesondere dem Markenrecht, sieht. Die bisher überwiegende Auffassung leitet aus dem – wohl immer noch nicht abschließend geklärten - Verhältnis zwischen Sonderschutzrechten und UWG ab, das Lauterkeitsrecht müsse im Rahmen der Nachahmungstatbestände durch den Zuweisungsgehalt des Kennzeichenrechts bestimmt und damit begrenzt werden. Das Kennzeichenrecht habe daher Vorrang vor den lauterkeitsrechtlichen Tatbeständen. Diese These vom Vorrang des

¹⁷ So auch Steinbeck, WRP 2006, 632, 639.

Markenrechts lässt sich im Rahmen einer richtlinienkonformen Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a der RiLi wohl nicht aufrechterhalten.¹⁸ Der europäische Richtlinien- gesetzgeber hat sich bewusst für einen Schutz des Verbrauchers vor irreführenden Kennzeichenpraktiken entschieden. Diesem Diktum kann nur durch die gleichrangige Anwendung beider Regelungsbereiche nebeneinander entsprochen werden.

Die vorrangige bzw. alleinige Rechtsverfolgungsbefugnis des Rechteinhabers bei gleichzeitigem Ausschluss der die Interessen der Allgemeinheit und der Verbraucher wahrnehmenden Verbände bei wettbewerbsrechtlichen Verwechslungstatbeständen dürfte damit obsolet sein.

(3) Formulierungsvorschlag für die Neufassung des § 5 UWG

§ 5 UWG ließe sich demnach wie folgt neu fassen:

„(1) Irreführende Wettbewerbshandlungen sind unlauter.

(2) Eine Wettbewerbshandlung gilt als irreführend, wenn sie falsche Angaben enthält. Sie gilt ferner als irreführend, wenn sie mit sachlich richtigen Angaben in Bezug auf einen der nachstehend aufgeführten Punkte täuscht oder zu täuschen geeignet ist und in jedem Fall tatsächlich oder voraussichtlich eine geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die ansonsten nicht getroffen worden wäre

*1. die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Zusammensetzung, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung oder Erbringung, **das Beschwerdeverfahren**, die Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, die geografische oder betriebliche Herkunft oder die von der Verwendung zu erwartenden Ergebnisse oder die Ergebnisse und wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen.*

¹⁸ So auch bereits zur heutigen Rechtslage Münker in: FS für Ullmann, S. 781ff .

2. den Anlass des Verkaufs und den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird, und die Bedingungen, unter denen die Waren geliefert oder die Dienstleistungen erbracht werden

3. die geschäftlichen Verhältnisse, insbesondere die Art, die Eigenschaften und die Rechte des Werbenden, wie seine Identität und sein Vermögen, seine geistigen Eigentumsrechte, seine Befähigung oder seine Auszeichnungen oder Ehrungen

4. die Beweggründe für die Geschäftspraxis und die Art des Vertriebsverfahrens, die Aussagen oder Symbole jeder Art, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder sich auf eine Zulassung des Gewerbetreibenden oder des Produkts beziehen

(3) Angaben im Sinne des Absatz 2 sind auch Angabe im Rahmen vergleichender Werbung sowie bildlicher Darstellungen und sonstiger Veranstaltungen, die darauf zielen und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen.

(4) Eine Wettbewerbshandlung ist ferner irreführend, wenn sie die Vermarktung eines Produkts einschließlich vergleichender Werbung beinhaltet, durch die eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers begründet wird, und sie eine geschäftliche Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die ansonsten nicht getroffen worden wäre.

(...)“

(4) Irreführendes Unterlassen, Art. 7 der RiLi

Art. 7 der RiLi regelt detailliert das irreführende Unterlassen. Ein solches liegt nach Absatz 1 dieser Vorschrift vor, wenn „wesentliche Umstände“ verschwiegen werden,

die der Verbraucher benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und sich dies auf seine geschäftlichen Entscheidungen auswirken kann.

Dem Vorenthalten gleichgestellt sind gemäß § 7 Abs. 2 der RiLi das Verheimlichen, das nicht rechtzeitige Bereitstellen, das Bereitstellen auf unklare, unverständliche oder zweideutige Weise sowie das Verschleiern des kommerziellen Zwecks.

Bei der Frage, ob der Unternehmer dem Verbraucher Informationen vorenthalten hat, sind die Beschränkungen des Kommunikationsmediums zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 3 der RiLi). Art. 7 Abs. 4 der RiLi statuiert spezielle Informationspflichten. Hierbei handelt es sich um eine abschließende Aufzählung, die auch nur dann zum Tragen kommt, wenn eine „Aufforderung zum Kauf“ vorliegt.

Im nationalen Wettbewerbsrecht findet sich in § 5 Abs. 2 S. 2 UWG hingegen lediglich der Hinweis darauf, dass auch das Verschweigen einer Tatsache in der Werbung unter bestimmten Umständen irreführend sein kann. Spezielle Informationspflichten sind im deutschen Lauterkeitsrecht außerhalb des Bereichs der Verkaufsförderungsmaßnahmen (§§ 4 Nr. 4 und Nr. 5 UWG) nicht normiert. Allerdings können Verstöße gegen verbraucherschützende Vorschriften, die außerhalb des UWG geregelt sind, über § 4 Nr. 11 UWG wettbewerbsrechtlich erfasst werden.

Die Wettbewerbszentrale hält es für sinnvoll, den systematischen Ansatz der Richtlinie, das irreführende Unterlassen in einer gesonderten Vorschrift zu regeln, aufzugreifen. In inhaltlicher Hinsicht empfiehlt es sich - entsprechend der Regelung des Art. 7 Abs. 3 der RiLi - einen Hinweis darauf aufzunehmen, dass der Umfang der gegenüber dem Verbraucher zu erteilenden Informationen von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere den Beschränkungen des Kommunikationsmediums abhängt. Weiterhin bietet sich aus Klarstellungsgründen eine Aufnahme der in Art. 7 Abs. 2 der RiLi aufgeführten, dem Vorenthalten einer Information gleichstehenden Verhaltensweisen an. Kein Umsetzungsbedarf besteht insoweit allerdings hinsichtlich des Verschleierns des kommerziellen Zwecks, der bereits in § 4 Nr. 3 UWG eine gesonderte Regelung gefunden hat.

Hinsichtlich des in Art. 7 Abs. 4 der RiLi normierten Katalogs spezieller Informationspflichten des Unternehmers besteht aus unserer Sicht hingegen nur ein punktueller Umsetzungsbedarf. Die meisten der aufgeführten Pflichtinformationen finden sich

bereits in - zumeist außerlauterkeitsrechtlichen – Bestimmungen. So sind die in **Art. 7 Abs. 4 lit. c der RiLi** geregelten Preisangaben grundsätzlich bereits durch die Preisangabenverordnung erfasst. § 1 Abs. 1 PAngV enthält die Regelung der Endpreisangabe gegenüber Letztverbrauchern. Für Fernabsatzverträge ist zudem in § 1 Abs. 2 Nr. 2 PAngV die Angabe der Liefer- und Versandkosten normiert. Eine abweichende systematische Verortung erscheint aus unserer Sicht nicht zwingend erforderlich. Lauterkeitsrechtlich können Verstöße gegen die Preisangabenverordnung über § 4 Nr. 11 UWG erfasst werden.¹⁹ Nach **Art. 7 Abs. 4 lit. d der RiLi** sind die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden als wesentliche Informationen anzugeben. Hierbei handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, deren wirksame Einbeziehung in den Vertrag bereits nach § 305 Abs. 2 BGB nur dann erfolgt, wenn der andere Vertragsteil auf sie hingewiesen oder ihm die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gegeben wird. Auch hier bedarf es an sich keiner Umsetzung. Allenfalls könnte man eine klarstellende Aufnahme dieser Informationspflicht in Betracht ziehen.

Gleiches gilt für **Art. 7 Abs. 4 lit. e der RiLi**. Nach dieser Vorschrift sind Angaben über das bestehende Widerrufs- und Rücktrittsrecht als wesentlich anzusehen. Die zentralen Vorschriften hierzu finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch, das auch die Widerrufs- und Rücktrittsrechte als solche normiert. Diese Regelungssystematik sollte beibehalten werden.

Umsetzungsbedarf besteht daher nur bezüglich **Art. 7 Abs. 4 lit. a und b der RiLi**, die Informationspflichten über die wesentlichen Produktmerkmale bzw. die Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden statuieren. Zu letzterem Punkt findet sich im UWG zwar bereits eine Informationspflicht in Zusammenhang mit der Werbung mit Fernkommunikationsmitteln (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG). Auch das Bürgerliche Gesetzbuch²⁰ und das Teledienstegesetz²¹ enthalten hierzu Regelungen. Die Richtlinie erfordert jedoch eine allgemeine Regelung dieser Pflichtangabe.

¹⁹ Vgl. nur Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 11.138.

²⁰ Vgl. § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB iVm. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB-InfoV. Hierbei handelt es sich um eine Marktverhaltensregel, die über § 4 Nr. 11 UWG erfasst wird, vgl. Köhler: in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 11.163.

²¹ § 7 Nr. 2 TDG. Auch diese Vorschrift wird als Marktverhaltensregel wettbewerbsrechtlich erfasst, vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 11.169.

Die Wettbewerbszentrale hält es für vorzugswürdig, diese Informationspflichten – sachnah – im Rahmen der BGB-InfoVO zu regeln. Hierbei sollte klargestellt werden, dass diese ausschließlich den B2C-Bereich betreffen.

Neben der Umsetzungsproblematik wirft die Regelung des Art. 7 Abs. 4 der RiLi zudem auch die Frage auf, wie die Regelungen der §§ 4 Nr. 4, Nr. 5 UWG eingeordnet werden sollen. Diese Vorschriften statuieren unabhängig von einer Irreführung Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen einschließlich Preisausschreiben und Gewinnspielen. Es bestehen keine Bedenken, diese Vorschriften auch **neben** den im Rahmen der Irreführung zu regelnden Pflichtinformationen aufrechtzuerhalten. Zwar kann es bei einem Fehlen dieser Informationen zu einer Irreführung kommen. Hierbei handelt es sich jedoch – anders als im Rahmen des neu zu regelnden § 5 a UWG – nicht um eine Tatbestandsvoraussetzung. Vielmehr regeln die §§ 4 Nr. 4, Nr. 5 UWG gerade **unabhängig** von einer Irreführung Transparenzpflichten. Damit sind sie nicht dem irreführenden Unterlassen zuzuordnen, sondern konkretisieren vielmehr die Generalklausel des § 3 UWG. Ihnen kommt damit eigenständige Bedeutung zu.²²

Das irreführende Unterlassen ließe sich demnach als neuer § 5 a UWG wie folgt fassen:

„(1) Irreführende Wettbewerbshandlungen sind unlauter.

(2) Eine Wettbewerbshandlung gilt als irreführend, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlicher Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen vorenthält, die je nach den Umständen benötigt werden, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die ansonsten nicht getroffen worden wäre.

(3) Dem Vorenthalten einer Information steht es gleich, wenn ein Unternehmer wesentliche Informationen gemäß Absatz 1 verheimlicht oder auf

²² Anders aber Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1332.

unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt.“

e) Umsetzungsbedarf bezüglich Einzelfragen

(1) Koppelung von Gewinnspielen und Preisausschreiben mit dem Warensatz

Gemäß § 4 Nr. 6 UWG handelt grundsätzlich unlauter, wer die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware abhängig macht. Diese Regelung hat keine konkrete Entsprechung in der Richtlinie. Ursache hierfür ist, dass die Richtlinie sich auf die detaillierte Regelung irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken als den „am meisten verbreiteten Arten von Geschäftspraktiken“²³ beschränkt. Das Koppelungsverbot ist hingegen dem Bereich der Verkaufsförderungsmaßnahmen zuzuordnen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Zulässigkeit von Verkaufsförderungsmaßnahmen nicht an der Richtlinie zu messen wäre.

Den Maßstab bildet in diesem Fall die Generalklausel des Art. 5 der RiLi. Unproblematisch als eine Konkretisierung der Generalklausel wäre das Koppelungsverbot dann anzusehen, wenn es dem per se-Verbot der **Nr. 16** des Anhangs unterfallen würde. Nach dieser Vorschrift ist die Behauptung, Produkte könnten die Gewinnchance bei Glücksspielen erhöhen, stets als unlauter anzusehen.

Das Koppelungsangebot des § 4 Nr. 6 UWG erfasst allerdings nur Gewinnspiele und Preisausschreiben und damit gerade keine Glücksspiele, so dass die Regelung Nr. 16 im Anhang I auf den Koppelungstatbestand keine Anwendung findet.

Vorliegend könnte jedoch eine Beibehaltung des Koppelungsverbot mit der im Anhang I **Nr. 31** Spiegelstrich 2 geregelten Fallgruppe nicht zu vereinbaren sein. So heißt es dort, dass das Erwecken des fälschlichen Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen oder werde einen Preis gewinnen, obwohl die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen in Bezug auf die Inanspruchnahme des Prei-

ses oder eines sonstigen Vorteils vorzunehmen, in Wirklichkeit von der Zahlung eines Beitrages oder der Übernahme von Kosten durch den Verbraucher abhängig gemacht wird, unlauter ist.

Teilweise wird hieraus abgeleitet, dass das Koppelungsverbot des § 4 Nr. 6 UWG zu streichen ist.²⁴ Dem kann nach Auffassung der Wettbewerbszentrale nicht zugestimmt werden. Nr. 31 des Anhangs regelt Fallgestaltungen, die sich von denen des Koppelungstatbestandes deutlich unterscheiden. So will das Koppelungsverbot verhindern, dass die Teilnahme an einem Gewinnspiel nur nach dem Erwerb einer Ware bzw. der Inanspruchnahme einer Dienstleistung möglich ist. Damit soll der Verbraucher vor unsachlicher Beeinflussung durch Ausnutzung des Gewinnstrebens geschützt werden. Nr. 31 des Anhangs regelt hingegen eine klassische Irreführungsproblematik.²⁵ In dieser Vorschrift geht es nicht um die Koppelung der Gewinnspielteilnahme an den Warenabsatz, sondern um die Täuschung darüber, dass für die Inanspruchnahme eines Preises die Zahlung eines konkreten Betrages erforderlich ist. Anders als in den Koppelungsfällen, die die bloße *Teilnahme* an einem Gewinnspiel betreffen, wird hier der Erhalt des Gewinnes als sicher dargestellt, aber an Entgeltzahlungen geknüpft. Es fehlt daher an dem der Verkaufsförderungsmaßnahme der Koppelung gerade typischem Zufallselement.²⁶ Nr. 31 des Anhangs I lässt sich somit kein Anhaltspunkt für eine Zulässigkeit des Koppelungstatbestandes entnehmen.

Die Frage der Unzulässigkeit einer Koppelung von Gewinnspiel/Preisausschreiben an den Warenabsatz kann somit ausschließlich anhand der Generalklausel des Art. 5 der RiLi bestimmt werden. Insoweit bestehen hier jedoch keine Bedenken, den Koppelungstatbestand des § 4 Nr. 6 UWG als von dieser Regelung erfasst anzusehen.

²³ Vgl. Erwägungsgrund 13 der RiLi.

²⁴ Seichter, WRP 2005, 1087, 1095.

²⁵ Die Einordnung unter den Punkt „Aggressiven Geschäftspraktiken“ ist daher aus unserer Sicht verfehlt.

²⁶ So auch Hecker, WRP 2006, 640, 643.

(2) Vorratshaltung

Anhang I Nr. 5 der RiLi regelt Lockvogelangebote. Nach dieser Vorschrift besteht die Möglichkeit des Angebots von Ersatzwaren, sofern die beworbene Ware bereits ausverkauft ist. Damit bleibt die Richtlinie hinsichtlich ihres Schutzzumfangs hinter der derzeitigen nationalen Lockvogelregelung des § 5 Abs. 5 UWG, die eine solche Möglichkeit gerade nicht gewährt, zurück. Dies ist umso erstaunlicher als die Richtlinie gerade die Intention verfolgt, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Zudem wird gerade die Konstellation, dass anstelle der ursprünglich beworbenen Ware eine Ersatzware angeboten wird, durch den Beispielstatbestand der Nr. 6 des Anhangs als unlauter erfasst (sog. „bait-and-switch“-Technik), woran sich deutlich zeigt, wie wenig ausgereift die Richtliniengesetzgebung ist. Es wird Aufgabe des nationalen Gesetzgebers sein, diesen Widerspruch aufzulösen. Nach Auffassung der Wettbewerbszentrale kann eine konsequente Lösung vorliegend nur in der Streichung des Passus über die Möglichkeit zur Lieferung von Ersatzware bestehen. Zudem sieht die Richtlinie - anders als die vergleichbare Vorschrift des UWG - keine grundsätzliche Vorratsfrist von zwei Tagen vor. Allerdings muss auch nach Nr. 5 des Anhangs I die Ware für einen angemessenen Zeitraum und in einer angemessenen Menge bereitgestellt werden können. Da die Vorratsfrist von zwei Tagen als Regelfall den § 5 Abs. 5 S. 1 UWG konkretisiert, wonach die Ware in angemessener Menge vorzuhalten ist, und auch Ausnahmen von diesem Zeitraum vorgesehen sind, ist § 5 Abs. 5 S. 2 UWG als europarechtskonform anzusehen.

Um den Unwertgehalt der Lockvogelproblematik zutreffend abbilden zu können, schlagen wir folgende auch sprachlich bereinigte Neufassung des Beispielstatbestandes Nr. 5 des Anhangs I vor:

„Angebot eines Produkts zu einem bestimmten Preis, wenn dieses Produkt zu dem genannten Preis unter Berücksichtigung der Art der Ware, der Art und des Umfangs der Werbung für das Produkt und des Preises nicht in angemessener Menge zur Lieferung bereitgestellt werden kann. Angemessen ist im Regelfall

ein Vorrat für zwei Tage, es sei denn der Unternehmer weist Gründe nach, die eine geringere Bevorratung rechtfertigen.“

Bad Homburg, den 8. November 2006

gez. Dr. Nicole Gottzmann