

**Stellungnahme der Wettbewerbszentrale
zum
Referenten-Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
den unlauteren Wettbewerb**

I.
Ausgangslage

Die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern in deutsches Recht ist durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.2.2008 erfolgt. Seinerzeit hat der Gesetzgeber – im sehr großen Einvernehmen mit den verschiedenen Vertretern der damals vom BMJ eingesetzten „Arbeitsgruppe UWG“ – das Ziel verfolgt, bei dieser Umsetzung möglichst viel vom erst 2004 neu kodifizierten UWG zu erhalten, mindestens ein einheitliches Lauterkeitsrecht mit Schutzfunktion sowohl für die Mitbewerber, als auch für die sonstigen Marktteilnehmer und die Verbraucher zu erhalten.

Infolge dieses Ansatzes weicht das UWG 2008 sowohl vom Wortlaut als auch von der Systematik her an zahlreichen Stellen deutlich von der Richtlinie 2005/29/EG ab. Dies hat zwar nicht zu von den Regelungsinhalten der Richtlinie abweichenden Ergebnissen geführt, – im Gegenteil ist es der deutschen Rechtsprechung und insbesondere dem BGH gelungen, die Vorschriften des UWG sämtlich richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden – hat aber fehlende Transparenz, Unklarheiten und damit eine sehr erschwerte Rechtsanwendung zur Folge. Das UWG 2008 ist aus sich selbst heraus ohne Zuhilfenahme der Richtlinie 2005/29/EG nicht zielgerichtet, d.h. an dieser Stelle europakonform verständlich und anwendbar. Durch diesen erforderlichen „doppelten Gesetzesblick“ (UWG und Richtlinie) entstehen weitere Rechtsunsicherheiten, die die Rechtsanwendung erschweren und bis heute unübersichtlich werden lassen.

Diese Auswirkungen des seinerzeit im Jahre 2008 mit bester Absicht und in großem Einvernehmen vorgenommenen Ansatzes der Umsetzung sind nach den ersten

Erfahrungen in der praktischen Rechtsanwendung in den Jahren 2008 bis 2010 und in der Folgezeit in der Literatur wiederholt aufgegriffen und dargestellt worden.¹

Die EU-Kommission hat in der gleichen Zeit den deutschen Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG nicht richtig erfolgt sei und das deutsche UWG in Teilen der Richtlinie nicht entspreche. Auch wenn die Auffassung der Kommission - die sich offenbar rigoros ausschließlich am Wortlaut der Umsetzung orientiert - in weiten Teilen ein Verständnis des deutschen Rechts und insbesondere der dazu ergangenen Rechtsprechung vollkommen vermissen lässt, sieht sich die Bundesrepublik doch mit einem drohenden Vertragsverletzungsverfahren konfrontiert, sodass ein gewisser Handlungsbedarf besteht.

Der vorgelegte Referentenentwurf verfolgt nun die Absicht, bei einzelnen Punkten „Klarstellungen gesetzssystematischer Art“ vorzunehmen, „um auch bereits im Wortlaut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) selbst eine vollständige Rechtsangleichung zu erzielen“. Dies und insbesondere die vom Entwurf beabsichtigte verbesserte Umsetzung der Art. 5 bis 9 der Richtlinie 2005/29/EG ist sehr zu begrüßen. Dabei sollen nach der Begründung des Entwurfs „Änderungen in der Rechtsanwendung ... durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht zu erwarten“ sein, „da das UWG auch bereits bisher durch die Gerichte richtlinienkonform ausgelegt wurde“.

Festzustellen ist, dass der Entwurf wohl einerseits entgegen der zuvor genannten Einschätzung zu materiell-rechtlichen Änderungen führen kann² und andererseits – ähnlich wie im Jahre 2008 – erneut nur einige kleinere Änderungen vorzunehmen beabsichtigt, um möglichst wenig am bestehenden UWG zu ändern.

Die Wettbewerbszentrale ist der Auffassung, dass die jetzige Initiative des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz dringend dazu genutzt werden sollte, das UWG insgesamt klarer zu strukturieren und zu normieren. Wir schlagen daher vor, zwischen den Bereichen Verbraucherschutz (b2c) und Konkurrentenschutz (b2b) deutlich zu trennen und das UWG entsprechend

¹ Vgl. *Glöckner*, GRUR 2013, 224; *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 238; *Köhler*, GRUR 2013, 1073; *ders.*, WRP 2013, 403; *Timm-Wagner*, GRUR 2013, 245; *Alexander*, WRP 2013, 716.

² Siehe hierzu unter II., 3., S. 8; weiterhin sieht der RefE in § 3 Abs. 4 UWG-E eine Mitbewerbergeneralklausel vor, bei der lediglich geschäftliche Handlungen erfasst werden, die sich nicht an Verbraucher richten oder diese nicht erreichen, d.h. gegen Herabsetzungen oder Rufbeutung (§ 4 RefE-UWG, der insoweit auf § 3 Abs. 4 RefE-UWG verweist) könnte sich der Mitbewerber nicht wehren, wenn sich die betreffende geschäftliche Handlung an Verbraucher richtet und deren wirtschaftliches Verhalten nicht wesentlich beeinflusst.

systematisch aufzubauen. Dabei kann für den Verbraucherschützenden Bereich direkt auf den vorliegenden Entwurf aufgebaut, ja dieser im Grunde übernommen werden.

Das hat folgende Vorteile:

- Im Verbraucherbereich können die Vorgaben der Richtlinie so strikt wie möglich übernommen werden. Weitere europarechtliche Umsetzungskonflikte würden damit ein für allemal beseitigt.
- Ein ständiges Abgleichen von UWG und Richtlinie und daraus entstehende Unsicherheiten würden obsolet, das UWG hingegen aus sich selbst heraus anwendbar.
- Für den Bereich des Konkurrentenschutzes kann der deutsche Gesetzgeber weitgehend autonom und richtlinienunabhängig agieren und die Maßstäbe der Lauterkeit im b2b-Bereich auch unterhalb der Schutzwelle des strikten Verbraucherschutzes festlegen. Dies dürfte zu deutlich erhöhter Akzeptanz in der Wirtschaft führen. Gleichzeitig ist damit der Konflikt entschärft, der entsteht, wenn versucht wird, (strengen europäisch vorgegebenen) Verbraucherschutz und den – ggf. nach anderen Maßstäben zu bewertenden – Konkurrentenschutz in einer Norm gemeinsam zu kodifizieren.
- Für die Gerichte und insbesondere für die Europäische Kommission ist auf einen Blick klargestellt, welcher Bereich des deutschen UWG der Richtlinie 2005/29/EG unterfällt und welche Bereiche der weitgehenden Autonomie des deutschen Gesetzgebers unterliegen.
- Durch diesen Regelungsmechanismus würde die Bedeutung auch des Konkurrentenschutzes und der Lauterkeit im b2b-Bereich wieder hervorgehoben, der in jüngerer Zeit angesichts der Betonung des Verbraucherschutzes etwas in den Hintergrund zu geraten scheint.
- Insgesamt würde mit dieser Maßnahme ein erheblicher Zuwachs an Rechtssicherheit gewährleistet.

Auf den ersten Blick mag es unbefriedigend erscheinen, dass die Praxis nun nach nicht einmal 10 Jahren Gesetzeskraft mit einem erneut – in Wortlaut und Struktur – geänderten UWG konfrontiert wird. Doch bei genauerem Hinsehen überwiegen die

Wettbewerbszentrale

wirklich positiv gravierenden Vorteile, wenn das UWG nicht mit lediglich „kosmetischen“ Änderungen oder „Flickwerk“ versehen wird mit der Folge, dass gegebenenfalls in der Zukunft weitere Änderungen erforderlich werden. Eine Gewöhnungsphase an eine – deutlich mehr Rechtssicherheit gewährende – neue UWG-Struktur und Vorschriften-Nummerierung ist absolut hinnehmbar. Insbesondere die deutschen Gerichte, allen voran der Bundesgerichtshof sind in einer außergewöhnlichen Weise fähig, derartige Anpassungen und Umstrukturierungen behutsam durchzusetzen.

Die Wettbewerbszentrale setzt sich daher dafür ein, das UWG über den Referentenentwurf hinaus insgesamt neu zu strukturieren. Ein entsprechender Vorschlag ist dieser Stellungnahme beigelegt.

Dabei soll von folgenden Prämissen ausgegangen werden:

- Es muss ein einheitliches, sowohl Verbraucher als auch sonstige Marktteilnehmer und Mitbewerber schützendes Lauterkeitsrecht erhalten bleiben.
- Das UWG muss in jeder Hinsicht richtlinienkonform sein und dem europäischen Recht entsprechen.
- Das UWG soll aus sich selbst heraus verständlich, transparent und anwenderfreundlich sein.
- Inhaltlich sollen weder Verschärfungen noch Abmilderungen des bisherigen insgesamt akzeptierten Schutzstandards vorgenommen werden.
- Die Akzeptanz des zivilrechtlichen Schutzsystems Lauterkeitsrecht soll gestärkt werden.

Die von der Wettbewerbszentrale vorgenommenen Überlegungen bauen vollständig auf der – schon bisher europarechtskonformen – Rechtsprechung des BGH auf. Sie lässt sich ohne Abstriche in die neu geschaffene Struktur und die Einzelnormierungen „subsumieren“, die Normen beruhen gerade auf der Rechtsprechung des BGH. Insoweit sind damit weder Verschärfungen noch Abmilderungen im materiellen Gehalt des UWG verbunden.

II.

Eine neue Struktur des UWG

1.

Das UWG sollte aus den oben dargestellten Gründen im Hinblick auf seine materiell-rechtlichen Vorschriften deutlich in einen – von der Richtlinie 2005/29/EG strikt präjudizierten - Abschnitt für verbraucherschützende Lauterkeitsvorschriften und einen von der Richtlinie nicht erfassten und damit autonomen Abschnitt für sonstige Marktteilnehmer und Mitbewerber schützende Lauterkeitsvorschriften aufgeteilt werden.

Anders als dies in der Literatur vorgeschlagen wurde³, sollten nicht die Verbraucher und die sonstigen Marktteilnehmer als eine schutzwürdige Adressatengruppe gegenüber den Mitbewerbern auf der anderen Seite zusammengefasst werden, sondern ein Abschnitt allein den Verbraucherschutz behandeln, ein anderer den Schutz der sonstigen Marktteilnehmer und Mitbewerber. Die sonstigen Marktteilnehmer als Unternehmer im Vertikalverhältnis (und nicht in konkreter Wettbewerbsbeziehung) liegen vom Schutzbedürfnis und der darauf bezogenen lauterkeitsrechtlichen Bewertung her näher beim Mitbewerber als beim (europäisch strenger geschützten) Verbraucher. Deshalb sollte der b2b-Bereich mit den sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern vom b2c-Bereich zugunsten des Verbrauchers abgegrenzt sein.

Vor beide Bereiche ist die Normierung des Schutzzwecks (§ 1), der Definitionen (§ 2) und eine für alle Bereiche geltende Verbotsnorm (neu: § 3) gleichsam vor die Klammer zu ziehen.

Die bisherige Verweisung des § 2 Abs. 2 UWG auf die Definition des Verbrauchers in § 13 BGB dürfte angesichts der Veränderungen durch die Verbraucherrechte-Richtlinie nicht mehr passen. Der Begriff der Verbraucher wird daher mit entsprechender Nummerierung in § 2 Nr. 3 definiert wie in der Richtlinie 2005/29/EG vorgesehen. Eine Aufteilung in zwei Absätze wird daher in § 2 UWG überflüssig.

Neu definiert wird der Begriff der sonstigen Marktteilnehmer, der allein in Abgrenzung zum Verbraucher festgelegt wird, um den Bereich b2b auch insoweit klar abzugrenzen.

Der Ansatz des Referentenentwurfs ist richtig und der Systematik der Richtlinie geschuldet, dass die spürbare Beeinträchtigung bei den Tatbeständen der Irreführung

³ Köhler, WRP 2103, 403 ff.

und der aggressiven Praktiken nicht isoliert zu prüfen ist, sondern bereits im Tatbestand festzustellen ist (vgl. Art. 5 Abs. 4 a und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie). Selbst die in der Generalklausel (Art. 5 Abs. 2) geforderte Sorgfaltspflichtverletzung ist bei einer festgestellten Irreführung nach der Rechtsprechung der EuGH⁴ nicht mehr gesondert, d.h. isoliert zu prüfen. Im Vorschlag der Wettbewerbszentrale soll dieser (im Verbraucherbereich zwingenden) Systematik für das gesamte UWG dadurch entsprochen werden, dass die allgemeine lauterkeitsrechtliche Verbotsvorschrift des § 3 UWG („Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.“) ohne Spürbarkeits Elemente vor die jeweiligen Abschnitte des Gesetzes vorgezogen wird. Hierauf wird in allen Einzeltatbeständen zurückverwiesen bzw. diese an die hier vorgeschlagene Verbotsvorschrift des § 3 geknüpft.

2.

Beide Bereiche sind sodann mit einer je eigenen Generalklausel auszustatten. Der Vorteil der generalklauselmäßigen Erfassung des Wettbewerbs als sich ständig weiterentwickelnder Prozess hat sich in der deutschen Rechtspraxis bewährt und ist mittlerweile als Regelungsmodus auch von der Europäischen Kommission aufgegriffen worden (vgl. Richtlinie 2005/29/EG).

Das Konzept der Richtlinie 2005/29/EG geht in Art. 5 von einem zweigliedrigen Unlauterkeitstatbestand aus: Es muss (a) eine Sorgfaltspflichtverletzung und (b) eine Beeinflussung der schutzwürdigen Marktposition bzw. Interessen des Schutzsubjektes (dort: Verbraucher) erfolgen. Dieses Konzept lässt sich mühelos auch auf den Bereich des Schutzes der sonstigen Marktteilnehmer und der Mitbewerber übertragen. Dies wäre schon aus Gründen der Konsistenz innerhalb des UWG vorzuzugswürdig.

Da für den großen Bereich des Verbraucherschutzes der Lauterkeitsmaßstab des Verstoßes gegen die berufliche Sorgfalt (im UWG: fachliche Sorgfalt) unabwendbar vorgegeben ist, sollte dieser Maßstab auch für den Bereich des Schutzes der sonstigen Marktteilnehmer und der Mitbewerber gelten, um einen einheitlichen Anknüpfungspunkt zu haben.

Während im Geschäftsverkehr mit dem Verbraucher die wesentliche Beeinflussung seines wirtschaftlichen Verhaltens (Schutz der Entscheidungsfähigkeit) hinzutreten muss, wäre dies im Geschäftsverkehr gegenüber sonstigen Marktteilnehmern (im Vertikalverhältnis) ebenso zu fordern; im Geschäftsverkehr gegenüber Konkurrenten müsste allerdings die wesentliche Beeinflussung ihrer wettbewerblichen

⁴ EuGH, Urteil v. 19.09.2013, Rs. C-435/11 = WRP 2014, 38.

Wettbewerbszentrale

Entfaltungsmöglichkeit hinzutreten. Im zuletzt genannten Fall geht es nicht um die Entscheidungsfähigkeit und damit das beeinflusste Verhalten des Mitbewerbers, sondern um dessen „Behinderung“ (hier untechnisch) im Wettbewerb. Sorgfaltspflichten gibt es nicht nur im Hinblick auf potenzielle Vertragspartner (Verbraucher oder im Vertikalverhältnis sonstige Marktteilnehmer)⁵, sondern auch im Kampf um die Kunden gegenüber Mitbewerbern, ohne dass diese Adressaten der Kundenwerbung und damit potenzielle Vertragspartner wären. Entsprechend wird in der Definition der „fachlichen Sorgfalt“ in § 2 Nr. 9 des Vorschlags der Wettbewerbszentrale künftig auch die Sorgfalt gegenüber sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern erfasst. Gerade im b2b-Bereich können die üblichen Marktgepflogenheiten auch aus dem Verbotsbereich herausführen. Durch die Definition ist es der Rechtsprechung erlaubt, hier vernünftige und wirtschaftlich sinnvolle Maßstäbe herauszuarbeiten.

Wichtig ist es aber, sich zu vergegenwärtigen, dass die Lauterkeitsanforderungen infolge eines unterschiedlichen Schutzbedürfnisses im Bereich des Geschäftsverkehrs gegenüber dem Verbraucher anderen, in der Regel strengeren Wertungen unterliegen, als im Bereich des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden und Unternehmen. Die Sorgfalt eines Unternehmers und ihre potenzielle Verletzung ist je nach Adressatenkreis (Verbraucher oder Unternehmer/Wettbewerber) eine andere. Der Begriff der fachlichen (oder beruflichen) Sorgfalt ist daher adressatenbezogen auszulegen. Dies müsste dringend in der Gesetzesbegründung festgehalten werden. Damit ist sichergestellt, dass im b2b-Bereich nicht die gleichen strengen Kriterien gelten, wie im b2c-Bereich.

Die in Fußnote 2 dargestellte und auch von Ohly kritisierte Verkürzung des Mitbewerberschutzes durch die im Referentenentwurf vorgeschlagene Generalklausel § 3 Abs. 4 entsteht im Vorschlag der Wettbewerbszentrale nicht: Von vornherein nehmen die Einzeltatbestände hier nicht Bezug auf die Generalklauseln mit ihren Beeinträchtigungsvoraussetzungen, sondern auf den vorgeschalteten Grund-Verbotstatbestand des § 3. Dies gilt insbesondere für die Tatbestände der mitbewerberschädigenden Handlungen (§ 10 des Vorschlags der Wettbewerbszentrale) und des Rechtsbruchs (§13 des Vorschlags der Wettbewerbszentrale), die jeweils gerade nicht definieren, an wen sich eine geschäftliche Handlung richtet.

⁵ Zu eng daher Köhler, WRP 2014, Heft 12, S. ... der die Sorgfaltsverletzung nicht zum Unlauterkeitsmaßstab im Bereich der Mitbewerberschädigung machen möchte.

3.

An die jeweilige Generalklausel schließen sich dann die die Unlauterkeit konkretisierenden Einzeltatbestände an, wobei es sich anbietet, entsprechend der Struktur der maßgeblichen Richtlinie zunächst den Komplex der Irreführung und sodann den der aggressiven geschäftlichen Handlungen zu normieren, also die bisherige Reihenfolge im UWG einfach umzustellen.

Eine große Frage ist in diesem Zusammenhang, ob bei einer klaren Trennung der Bereiche b2c (richtlinienabhängig) und b2b (autonomes deutsches Recht) die Einzeltatbestände der Irreführung und der aggressiven geschäftlichen Handlungen in beiden Gesetzesabschnitten – sozusagen wiederholt – normiert werden müssen oder zusammengefasst werden können (was die Sache „schlanker“ machen würde). Eine Zusammenfassung der Tatbestände würde aber außer Acht lassen, dass im rein gewerblichen Geschäftsverkehr andere Maßstäbe gelten können als im Verkehr gegenüber dem Verbraucher. Jedenfalls würden Versuche, dies innerhalb einer Vorschrift festzuhalten, erneut zu enormen Schwierigkeiten und Unklarheiten in der Rechtspraxis führen. Außerdem wird mit der klaren Trennung die korrekte Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG dokumentiert. So sehr es auch zunächst „störend“ wirkt, sollten die Irreführungstatbestände und die Tatbestände „aggressiver Praktiken“ in beiden Bereichen um der Klarheit und Anwenderfreundlichkeit willen isoliert normiert werden.

Allerdings, und dies ist der Ansatz der Wettbewerbszentrale, kann im Gesetzesabschnitt „b2b“ wesentlich kürzer sowohl die Irreführung als auch die Irreführung durch Unterlassen dargestellt werden. Es müssen und sollen ausdrücklich nicht alle Irreführungselemente des bisherigen § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG in den rein unternehmerischen Bereich übertragen werden. Hier kann generalklauselartiger gearbeitet und der Rechtsprechung die Ausformung überlassen werden. Insbesondere sind beim Irreführen durch Unterlassen im reinen b2b-Bereich die ausführlichen Informationspflichten des § 5a Abs. 3 UWG nicht zu übernehmen! Hier muss es bei der allgemeinen Verpflichtung der Unternehmen bleiben, wesentliche Informationen nicht vorzuenthalten. Welche Informationen im rein unternehmerischen Geschäftsverkehr wesentlich sind und sich gegebenenfalls aus den Umständen ergeben, unterliegt anderen Wertungen als im Verbraucherbereich und soll insoweit der Rechtsprechung zur angemessenen Abwägung überlassen bleiben.

Im Bereich der sog. aggressiven geschäftlichen Handlungen sind die Normierungen durch die Richtlinie vorgegeben. Hier ist zu begrüßen, dass der Referentenentwurf die Art. 8 und 9 der Richtlinie neu umsetzt (im bisher vorgesehenen § 4 a des

Referentenentwurfs). Dies kann inhaltlich direkt übernommen werden. Auf die bisherigen § 4 Nr. 1 und 2 UWG kann insoweit verzichtet werden.

Der Referentenentwurf beabsichtigt aber, die verbraucherbezogenen Vorschriften zu den aggressiven geschäftlichen Handlungen 1:1 auch auf den b2b-Bereich zu übertragen. Dies hat zu Kritik aus der Wirtschaft geführt.

Richtig ist, dass auch im b2b-Bereich (sowohl gegenüber sonstigen Marktteilnehmern im Vertikalverhältnis als auch gegenüber Mitbewerbern) ein Schutzbedürfnis etwa kleiner und mittlerer Unternehmen gegen allzu aggressive Praktiken im Wettbewerb gegeben sein kann. Auch in diesem Bereich können Drohungen, Gewalt, Nötigung, Ausnutzung einer Machtposition zur Druckausübung schlichtweg keine lautereren Mittel des Wettbewerbs darstellen. Der Einzelhandel machte sich unglaublich, wollte er dies ernsthaft negieren. Allerdings kann die Schwelle zur Unlauterkeit in der Regel im unternehmerischen Geschäftsverkehr erst wesentlich später überschritten sein, als im Verkehr mit dem schutzbedürftigen Verbraucher. Dies muss im Gesetz berücksichtigt werden, um der Rechtsprechung die Möglichkeit zu geben, hier zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen.

Es bietet sich daher – auch wieder aus Gründen der Konsistenz innerhalb des UWG – an, im b2b-Bereich auf den Tatbestand der aggressiven geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern zu verweisen, gleichzeitig aber klarzustellen, dass bei der Beurteilung im rein unternehmerischen Bereich die anständigen Marktgepflogenheiten der jeweiligen Branche und/oder der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind. Damit ist das sog. „hard bargaining“ im unternehmerischen Bereich selbstverständlich erlaubt und der Rechtsprechung eine Handhabe gegeben, angemessene Lauterkeitsgrenzen auch in diesem Bereich zu ziehen. In diesem (b2b-) Bereich sollte nicht von aggressiven Praktiken gesprochen werden, sondern von unsachlich beeinflussenden geschäftlichen Handlungen. Damit wird eine klare Abgrenzung zur - hier nicht geltenden – Richtlinie geschaffen und unternehmerisches hartes Verhandeln nicht automatisch dem Verdikt der „Aggressivität“ unterworfen.

4.

Im Abschnitt zum Verbraucherschutz kann auf die bisherigen Regelungen der § 4 Nrn. 3, 4 und 5 UWG verzichtet werden.

§ 4 Nr. 3 geht auf in einem neuen § 5a Abs. 2 Nr. 4 UWG und der Nr. 11 im Anhang zum UWG (schwarze Liste). Die Nummern 4 und 5 des bisherigen § 4 werden

aufgehoben und sachlich an der richtigen Stelle in einem hier vorgeschlagenen neuen § 5 a Abs. 5 eingefügt.

5.

Anders als der Referentenentwurf vorsieht, sollte auf die Regelung des § 4 Nr. 6 UWG (Kopplung bei Gewinnspielen) verzichtet und diese gestrichen werden. Die Streichung dieser durch den EuGH⁶ in seinem Kern „aufgehobenen“, weil europarechtswidrigen Norm ist dringend angezeigt, weil er vom Wortlaut her in fast irreführender Weise ein Verbot suggeriert, das so nicht mehr existiert. Missbräuchliche Fälle des Einsatzes von Gewinnspielen sind künftig über die Generalklauseln zu erfassen.

6.

Im b2b-Bereich (Abschnitt 3) sind sodann die bisherigen Tatbestände der § 4 Nr. 7, 8, 9 und 10 UWG zu erfassen. Dies geschieht im vorgeschlagenen Entwurf der Wettbewerbszentrale in § 10 unter der Überschrift „Mitbewerberschädigende geschäftliche Handlungen“.

7.

Die Vorschriften der vergleichenden Werbung, der unzulässigen Belästigung und des Rechtsbruchs beziehen sich auf alle Bereiche des geschäftlichen Handelns. Eine Zuordnung zum b2c-Bereich einerseits und zum b2b-Bereich andererseits ist hier nicht veranlasst. Diese Tatbestände finden sich in einem dritten Abschnitt „sonstige unzulässige geschäftliche Handlungen“.

a.

Die bisherigen Vorschriften zur vergleichenden Werbung (§ 6 UWG) können übernommen werden. Die zugrundeliegende Richtlinie weist zwar als Schutzzweck den Schutz der Gewerbetreibenden aus, jedoch ist es wohl unbestritten, dass die WerbeRL 2006/114/EG auch den Verbraucherinteressen dient. Zwar nennt Art. 1 der RL als Schutzzweck nur die Gewerbetreibenden und auch Art. 5 spricht nur von dem Interesse der Gewerbetreibenden und ihrer Mitbewerber. Allerdings führt *Ohly*⁷ mit Verweis auf *Sack* aus: „Insofern dienen die Vorschriften der Richtlinie über vergleichende Werbung nach wie vor sowohl dem Mitbewerber- als auch dem

⁶ EuGH, 14.01.2010, C-304/08 = WRP 2010, 232 – Plus Warenhandelsgesellschaft

⁷ Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 7

Verbraucherschutz, auch wenn die frühere Schutzzwecktrias des Art. 1 a.F. 2005 abgeändert (Rn. 9) und hinsichtlich irreführender Praktiken auf den Mitbewerberschutz beschränkt wurde.“ Dass die RL auch Verbraucherinteressen schützt, belegt auch die Rechtsprechung des EuGH⁸. Dieser Ansicht sind auch *Köhler*⁹ und *Sack*¹⁰.

Die vergleichende Werbung sollte daher unabhängig von den Abschnitten b2c oder b2b in einem dritten Abschnitt verortet werden.

b. Die Vorschriften zur unzumutbaren Belästigung können inhaltlich ebenfalls übernommen werden.

c.

In der Vorschrift des Verstoßes gegen Marktverhaltensregelungen (§ 13 des Vorschlags der Wettbewerbszentrale) ist vorgesehen, eine Unlauterkeit nur dann anzunehmen, wenn der Verstoß geeignet ist, die „Interessen der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen“. Die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen ist ausgenommen, da der Bereich des Verbraucherschutzes durch die Richtlinie 2005/29/EG abschließend im Sinne einer Vollharmonisierung geregelt ist. Es ist nicht unumstritten (und wird auch von der Kommission kritisiert bzw. bestritten), dass der bisherige § 4 Nr. 11 für den Bereich des Verbraucherschutzes über die Richtlinie in unzulässiger Weise hinausgehen könnte. Etwaigen europarechtlichen Schwierigkeiten könnte durch die vorgeschlagene Neukodifizierung entgegengewirkt werden, ohne – was auf den ersten Blick überrascht – Schutzlücken zu reißen:

Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 11 verlangt nach der Rechtsprechung des BGH¹¹ schon bisher, dass hier Verstöße festgestellt werden, die – zumindest im Bereich des Verbraucherschutzes – ihre Grundlage im Gemeinschaftsrecht haben. Stehen derartige (europäisch basierte) Normen in Rede, ist der Zweck des Schutzes der Verbraucher ohnehin mit erfasst und eine Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen tatbestandsimmanent innerhalb der Norm (etwa im LFGB, TMG) erfasst. Eine gesonderte Feststellung der Verletzung von Verbraucherinteressen innerhalb des Rechtsbruchtatbestandes des UWG ist nicht erforderlich.

⁸ EuGH, 18.06.2009 – C-487/07, WRP 2009, 930, Rn. 68; EuGH 18.11.2010 – C-159/09, WRP 2011, 195, Rn. 20

⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 6 Rn. 11

¹⁰ Sack, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 6 Rn. 7/8

¹¹ Vgl. nur BGH, Urteil vom 22.04.2009, Az. I ZR 14/07 – 0,00 Grundgebühr, Rdn. 24 = WRP 2009, 1510.

Sein besonderes Gewicht erhält diese Vorschrift ohnehin aus dem ehemaligen Vorsprungsgedanken, der - von der damaligen Zielsetzung der Rechtsprechung her im Ergebnis nachvollziehbar aber dennoch allzu leichtfertig – zunächst aufgegeben worden ist. Es geht darum, dass sich sonstige Marktteilnehmer und Mitbewerber dagegen wehren wollen, dass Mitbewerber sich durch Nichteinhaltung von Marktverhaltensregeln unlautere Vorteile verschaffen. Diese Prinzip hat auch heute im Lauterkeitsrecht seine Berechtigung: Wer wollte es ernsthaft als lauter und fair bezeichnen, wenn Regelungen zum Verhalten am Markt von einigen Marktteilnehmern eingehalten werden, von anderen aber missachtet werden.

Durch den Verzicht auf die Erwähnung der Verbraucherinteressen würde die Norm – zumindest prima vista – nicht den Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG, unterliegen und dennoch keine Schutzlücken hinterlassen.

III.

Vorschlag

Aus allem ergibt sich folgender **neuer Aufbau des UWG**, den die Wettbewerbszentrale vorschlägt:

- Kapitel 1: Allgemeine Bestimmungen
 - § 1 Schutzzweck
 - § 2 Definitionen
 - § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
 - Abschnitt 1: Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern
 - § 4 Generalklausel für den Bereich b2c
 - § 5 Irreführende geschäftliche Handlungen
 - § 5a Irreführung durch Unterlassen
 - § 6 Aggressive geschäftliche Handlungen
 - Abschnitt 2: Besondere Vorschriften für geschäftliche Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern
 - § 7 Generalklausel für den Bereich b2b
 - § 8 Irreführende geschäftliche Handlungen (im Bereich b2b)
 - § 8a Irreführung durch Unterlassen (im Bereich b2b)

§ 9 Unsachlich beeinflussende geschäftliche Handlungen (b2b)

§ 10 Mitbewerberschädigende geschäftliche Handlungen

- Abschnitt 3: Sonstige unzulässige geschäftliche Handlungen

§ 11 Vergleichende Werbung

§ 12 Belästigungen

§ 13 Verstöße gegen Marktverhaltensregelungen (Rechtsbruch)

- Kapitel 2: Rechtsfolgen
- Kapitel 3: Verfahrensvorschriften
- Kapitel 4: Straf- und Bußgeldvorschriften
- Anhang zu § 4 UWG

Damit wäre insgesamt eine tragfähige und klare Struktur eines einheitlichen UWG geschaffen, das den europarechtlichen Kriterien genügt.

Lediglich das Kapitel 1 hat notwendige und inhaltliche Änderungen erfahren.

Jeder Rechtsanwender sieht auf den ersten Blick, welche Normen in welchem Bereich Anwendung finden und nach welchen – nämlich zum Teil unterschiedlichen – Kriterien die Bewertung zu erfolgen hat.

Dabei ist auf die bewährte Rechtsprechung sowie auf die von ihr herausgearbeiteten Kriterien „aufgesetzt“ worden. Die „Veränderungen“ wirken insofern größer, als sie bei genauer Betrachtung sind. Die stärkste – aber leicht zu verkraftende, weil einmalige – Änderung ergibt sich aus der neuen Reihenfolge und Nummerierung der Vorschriften.

Die je unterschiedlichen Wertungskriterien und Maßstäbe in den Bereichen b2c (Verbraucher) und b2b (sonstige Marktteilnehmer und Mitbewerber) sind herausgearbeitet und als Auslegungsmaxime an die Rechtsprechung direkt erkennbar.

Im Ergebnis wird insgesamt der Verbraucherschutz nicht verkürzt und der Unternehmensschutz nicht verschärft. Insofern verbleibt es bei den bisherigen insgesamt akzeptierten Schutzstandards.

Es geht letztlich darum, durch die dargestellte Struktur der EU-Kommission zu verdeutlichen, dass die Richtlinie 2005/29/EG in einem vollkommen abgetrennten

Wettbewerbszentrale

Abschnitt 1 vollständig und richtig umgesetzt worden ist. Zugleich wird klar, dass die Abschnitte 2 (Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer) und 3 (vergleichende Werbung, Belästigung und Rechtsbruch) als autonomes nationales Recht unabhängig von der Richtlinie geregelt sind.

Bad Homburg, 2. November 2014

Dr. Reiner Münker

Geschäftsführendes Präsidiumsmitglied
der Wettbewerbszentrale