

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 10. September 2014

Berlin, 3. November 2014

1 Einleitung

Am 10. September 2014 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) den Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorgelegt.

Ziel ist, wie bereits durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008, die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005. Durch das Zweite Änderungsgesetz sollen im Wesentlichen gesetzessystematische Änderungen vorgenommen werden.

Der BDEW hält die Gründe, die die Bundesregierung zu diesem Gesetzesentwurf veranlasst haben, grundsätzlich für nachvollziehbar. Die Verdeutlichung der in der Richtlinie enthaltenen Regelungen bereits im Wortlaut des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) wird begrüßt.

Bei der Umsetzung ist nach Einschätzung des BDEW darauf zu achten, dass bei der Rechtsangleichung im Gesetzeswortlaut des UWG dieses Gesetz auch in sich stimmig bleibt. Zudem sollten die Änderungen derjenigen Regelungen des UWG, die sich aus Sicht des BDEW bewährt haben, nicht über das hinausgehen, was zur Angleichung an die Vorgaben des EU-Rechts erforderlich ist. Dies erfordert aus Sicht des BDEW einige redaktionelle Änderungen des Referentenentwurfs und/oder Klarstellungen in der Gesetzesbegründung.

2 Änderungsvorschläge des BDEW

2.1 Vorschlag zur Änderung im Gesetzeswortlaut des § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG

Nach Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) Nr. 4 wird § 4a UWG (Aggressive geschäftliche Handlungen) neu eingeführt. Der BDEW schlägt folgende Ergänzung im Gesetzeswortlaut vor:

„§ 4a Aggressive geschäftliche Handlungen

(1) Unlauter im Sinne des § 3 Abs. 1 handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher, Mitbewerber oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung **gegenüber Verbrauchern** ist aggressiv, wenn sie geeignet ist, **diesen tatsächlich oder voraussichtlich erheblich zu beeinträchtigen** und die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen durch

1. Belästigung,
2. Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder
3. Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt.“

Begründung zum Vorschlag

Der BDEW teilt die Auffassung, dass aggressive geschäftliche Handlungen nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern auch gegenüber Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern als unlauter und damit unzulässig angesehen werden sollten. Deshalb erscheint der einheitliche Ansatz des UWG, nach dem der Schutzbereich sich grundsätzlich auch auf Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer beziehen soll, in § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG als nachvollziehbar.

Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 führt in Artikel 8 (Aggressive Geschäftspraktiken) jedoch nur gegenüber Verbrauchern als aggressiv geltende Geschäftspraktiken auf. Die Folge der richtlinienkonformen Anwendung ist der Wegfall der Prüfung der spürbaren Beeinträchtigung.

Deshalb ist es erforderlich, auch im UWG in § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG eine Eingrenzung auf den Verbraucher vorzunehmen. Anderenfalls ergibt sich im Gesamtzusammenhang durch die Erweiterung auf Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer eine erhebliche Ausuferung des Tatbestandes. So wird auch unter 2.4 erläutert, dass der Wortlaut des § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG ansonsten möglicherweise auch Verstöße gegen das Kartellrecht umfassen könnte.

Der BDEW hält eine Beschränkung des § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG auf den Verbraucher deshalb für erforderlich.

Darüber hinaus erscheint es sachgerecht, den vollständigen Wortlaut der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umzusetzen. Das ist insbesondere dann notwendig, wenn es sich bei den Anforderungen um eine „und“-Verknüpfung handelt. So sieht die Richtlinie 2005/29/EG vor, dass der Verbraucher durch die aggressiven Geschäftspraktiken „tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

Der BDEW plädiert aus diesem Grund dafür, in § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG zu ergänzen, dass eine tatsächliche oder voraussichtlich erhebliche Beeinträchtigung erforderlich ist.

2.2 Vorschlag zur Ergänzung der Gesetzesbegründung zu § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG

Der BDEW schlägt vor, in der Gesetzesbegründung eine Kommentierung zur Klarstellung des neuen § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG vorzunehmen:

Die in § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG neu normierte Belästigung, durch die der Verbraucher erheblich beeinträchtigt und dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, und die in § 7 UWG bereits bestehende Normierung der unzumutbaren Belästigung sind zwei Tatbestände, die nebeneinander stehen. Im Rahmen von § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG kommt es deshalb nicht auf das Merkmal der "Unzumutbarkeit" i. S. v. § 7 UWG an, da auch nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 UWG nicht jede Einflussnahme eine Belästigung ist, sondern nur in Verbindung mit der Anforderung einer erheblichen Beeinträchtigung des Verbrauchers und wenn dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Begründung zum Vorschlag

Nach der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 gilt eine Geschäftspraxis als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der unzulässige, da aggressive Charakter der Geschäftspraktik ergibt sich insoweit also aus der Mittel-Folgen-Relation.

Das UWG hat jedoch in § 7 UWG bereits die „unzumutbare Belästigung“ normiert, in der unzulässige Mittel beispielhaft aufgeführt werden. In § 7 Abs. 2 UWG werden insbesondere die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie 2002/58 umgesetzt. Es handelt sich dabei um einen selbstständigen Tatbestand einer Zuwiderhandlung, auf den die Bagatellklausel des § 3 UWG nicht mehr anwendbar ist. Normzweck ist zum einen der Schutz der Marktteilnehmer vor Beeinträchtigung ihrer privaten oder beruflichen Sphäre. Zum anderen geht es aber auch um den Schutz der Marktteilnehmer vor Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit.

Dem Wortlaut nach verbietet § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG in der Fassung des Referentenentwurfs eine belästigende geschäftliche Handlung unabhängig davon, ob sie als "unzumutbar" i. S. v. § 7 UWG einzustufen ist. Dies erscheint vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Regelungsziele der Normen zwar grundsätzlich nachvollziehbar. Es sollte aber in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass es im Rahmen von § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG deshalb nicht auf das Merkmal der "Unzumutbarkeit" i. S. v. § 7 UWG ankommt, da auch nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 UWG nicht jede Einflussnahme eine Belästigung ist, sondern nur in Verbindung mit der Anforderung einer erheblichen Beeinträchtigung des Verbrauchers und wenn dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Außerdem sollte in Abgrenzung der Belästigung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG zur unzumutbaren Belästigung nach § 7 UWG darauf hingewiesen werden, dass es hier um die Umsetzung unterschiedlicher Richtlinien geht.

2.3 Vorschlag zur Ergänzung der Gesetzesbegründung zu § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG

Der BDEW schlägt vor, in der Gesetzesbegründung eine Kommentierung zur Klarstellung des neuen § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG vorzunehmen.

Durch den § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG soll keine eigenständige Verbotsnorm zur Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen eröffnet werden.

Begründung zum Vorschlag

Im Referentenentwurf wurde in § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG die Definition aus Artikel 2 lit. j) der Richtlinie 2005/29/EG „Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt“ aufgenommen.

Dieser Wortlaut eröffnet aus der Sicht des BDEW einen sehr weiten Auslegungsspielraum. So könnten danach möglicherweise z. B. auch Kartellrechtsverstöße als aggressive geschäftliche Handlung nach § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG eingestuft werden. Das ist gerade auch deshalb denkbar, weil der Referentenentwurf, anders als die Richtlinie 2005/29/EG, sich nicht auf den Verbraucher beschränkt, sondern auch auf den Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer abstellt.

Nach der herrschenden Rechtsauffassung ergibt sich jedoch aus den Normen des Kartellrechts bereits eine abschließende Regelung der Sanktionen. Die frühere Rechtsprechung zur Durchsetzung kartellrechtlicher Verstöße nach der "Vorsprung durch Rechtsbruch"-Doktrin gilt nunmehr im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG als überholt. Unabhängig davon, sind eigene Ansprüche nach dem UWG allerdings nicht ausgeschlossen, wenn sie sich auf eigene lauterkeitsrechtliche Aspekte (etwa unter dem Aspekt einer Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG) stützen.

Der BDEW regt deshalb eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung an, dass durch § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG nicht eine eigenständige Verbotsnorm zur Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen eröffnet werden soll. Vielmehr sollen nur solche Fälle erfasst werden, die nach ihrem spezifisch lauterkeitsrechtlichen Unrechtsgehalt in besonders aggressiver Weise auf die Entscheidungsfreiheit einwirken und deshalb einer Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt gleichzustellen sind.