
POSITIONSPAPIER DES MARKENVERBANDES ZUM

ENTWURF EINES ZWEITEN GESETZES ZUR ÄNDERUNG DES GESETZES GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

Der Markenverband ist die Spitzenorganisation der Markenwirtschaft in Deutschland. Auf nationaler und europäischer Ebene vertritt er die Interessen von gegenwärtig rund 400 Mitgliedern – Unternehmen aller Größen und Rechtsformen aus unterschiedlichen Branchen und Sektoren. Er tritt ein für ein positives Konsumklima, für transparenten Leistungswettbewerb, für mündige Verbraucher, für den Schutz geistigen Eigentums und für nachhaltiges Wirtschaften.

Der Markenverband ist registrierter Interessenvertreter bei der EU-Kommission (Nr. 2157421414-31).

Einleitung

Der vorgelegte Referentenentwurf soll ausweislich seiner Begründung lediglich der Klarstellung gesetzessystematischer Art dienen, um eine vollständige Rechtsangleichung im Gesetzeswortlaut mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) herbeizuführen. Dabei soll an dem Grundsatz festgehalten werden, dass sowohl der lauterkeitsrechtliche Schutz von Verbrauchern, als auch derjenige von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern in ein und demselben Gesetz geregelt ist. Dieser Ansatz ist ausdrücklich zu begrüßen.

Das gilt insbesondere, weil hiermit zum Ausdruck gebracht wird, dass am bewährten Schutzzumfang für Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer keine Änderungen herbeigeführt werden sollen. Das deutsche UWG hat mit seiner Schutzzwecktrias über mehr als 100 Jahre zu einem lautereren Wettbewerb beigetragen und damit auch den Unternehmen ein Handeln in einem fairen wettbewerblichen Rahmen ermöglicht. Hieran sollte sowohl nach Art als auch Umfang festgehalten werden.

Da der vollharmonisierende Charakter der Richtlinie (2005/29/EG) auch überschießende Regelungen verbietet, sollen die nachfolgenden Überlegungen vor allem auf die beiden Fragen gerichtet sein, ob Schutz der Wettbewerber und Marktteilnehmer durch die konkret vorgeschlagenen Änderungen weiterhin in gleichem Umfang gewährleistet ist und ob möglicherweise doch überschießende Tendenzen hinsichtlich der an Verbraucher gerichteten geschäftlichen Handlungen vorliegen.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

I. Die Neugestaltung der Generalklausel in § 3 UWG

1. Die strukturelle Neugestaltung

In der Generalklausel des § 3 UWG findet eine grundsätzliche strukturelle Änderung statt. Ist § 3 Abs. 1 UWG in seiner aktuell geltenden Fassung ein genereller Auffangtatbestand für alle unlauteren geschäftlichen Handlungen, egal ob sie Verbraucher, Wettbewerber oder sonstige Marktteilnehmer beeinträchtigen, gilt dies für § 3 Abs. 1 RefE-UWG nicht mehr. Er ist faktisch nicht mehr als alleiniger Auffangtatbestand konstruiert, weil er das Spürbarkeitserfordernis in die Prüfung der Unlauterkeit auslagert. Er knüpft also nicht mehr an die spürbare Beeinträchtigung geschützter Interessen oder die geschäftliche Relevanz an und wird damit lediglich zum verbindenden Element hinsichtlich des Postulats der Rechtsfolge, dass unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind. Einen einheitlichen Auffangtatbestand gibt es damit nicht mehr. An seine Stelle treten die neu geschaffenen „kleinen“ Generalklauseln des § 3 Abs. 2 und des § 3 Abs. 4 RefE-UWG.

§ 3 Abs. 2 RefE-UWG definiert, unter welchen Bedingungen geschäftliche Handlungen, „die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen“, unlauter sind.

§ 3 Abs. 4 RefE-UWG definiert, unter welchen Bedingungen geschäftliche Handlungen, „die sich nicht an Verbraucher richten oder diese nicht erreichen“, unlauter sind.

Allein diese systematische Trennung der Generalklausel kann in der Fortentwicklung des Rechts jedoch zu weitreichenden Konsequenzen führen. Immer da, wo sich geschäftliche Handlungen zwar an Verbraucher richten, aber nicht deren wirtschaftliches Verhalten beeinflussen, hingegen die Interessen von Mitbewerbern oder anderen Marktteilnehmern spürbar beeinträchtigen, werden diese nur noch erfasst, wenn sie unter die Regelbeispiele des UWG fallen. Eine Rechtsfortbildung über die Generalklausel bleibt verwehrt. Der Schutz von Mitbewerbern würde dadurch, entgegen der ausweislich der Begründung vorhandenen Intention, beschränkt, da eine Rechtsfortbildung in Anpassung an neue Entwicklungen in Märkten in den beschriebenen Fällen nicht mehr möglich ist.

2. Die Einführung des Maßstabs der „fachlichen Sorgfalt“ zur Bestimmung der Unlauterkeit beim Schutz der Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer

Über die Neugestaltung einer kleinen Generalklausel zum Schutz der Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer in Verbindung mit der Streichung der Worte „gegenüber Verbrauchern“ in § 2 Abs. 1 Nr. 7 RefE-UWG wird die „fachliche Sorgfalt“ zum Bestimmungskriterium der Unlauterkeit auch beim Schutz von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern.

Dies ist bedenklich. Der Begriff der fachlichen Sorgfalt entstammt der Umsetzung der UGP-Richtlinie, die insoweit vom Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ spricht, die wohl letztlich dem italienischen Codice Civile entlehnt ist, der in Art. 2598 Nr. 3 von den „principii della correttezza professionale“ spricht. Der Begriff war im deutschen Recht daher immer ein Fremdkörper. Dieses Gebot der beruflichen Sorgfalt ist in der Richtlinie definiert als „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber Verbrauchern gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet.“

Bereits diese Definition hat in der Literatur vielfach Kritik erfahren. Sie versucht den unbestimmten Rechtsbegriff der „fachlichen Sorgfalt“ durch drei andere unbestimmte Rechtsbegriffe, der Billigkeit („billigerweise“), der „anständigen Marktgepflogenheiten“ und von „Treu und Glauben“ zu definieren. Dies ruft mehr Rechtsunsicherheit hervor, als ohne Definition bestehen würde und bislang wurde die „fachliche Sorgfalt“ auch noch nicht durch Rechtsprechung des EuGH konkretisiert. Allein dieser Umstand spricht dagegen, einen solchen Beurteilungsmaßstab, der lediglich neue Fragen aufwirft und bewährte Rechtssicherheit in Frage stellt, auch im Hinblick auf Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer im UWG anzuwenden, wo dies nicht aufgrund der UGP-Richtlinie erforderlich ist.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass sich der Maßstab der „fachlichen Sorgfalt“ auch schwer als allgemeiner Beurteilungsmaßstab definieren lässt. Während für Verbraucher die freie und informierte Entscheidung im Vordergrund steht, die durch Berücksichtigung der „fachlichen Sorgfalt“ sichergestellt werden soll, haben Marktteilnehmer und Mitbewerber häufig eher ein Interesse daran, in ihren eigenen Handlungen nicht behindert oder beeinträchtigt zu werden. Wie diese unterschiedlichen Schutzrichtungen durch einen einheitlichen Maßstab der „fachlichen Sorgfalt“ sichergestellt werden sollen, ist unklar.

II. § 4 RefE-UWG – Schutzzumfang für Mitbewerber

§ 4 S. 1 RefE-UWG

Anders als bisher sind die in § 4 RefE-UWG erfassten Tatbestände nicht mehr nur als Regeltatbestand zu prüfen, sondern werden zusätzlich an die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 oder 4 RefE-UWG geknüpft und sind nur in dieser Zusammenschau unlauter. Bei den bislang geltenden Regeltatbeständen war die Relevanzschwelle vielfach immanent. Die Neuregelung hätte zur Folge, dass zusätzlich zur Prüfung, ob beispielsweise ein Tatbestand von § 4 Nr. 7 bis 10 UWG verwirklicht ist, ein Sorgfaltspflichtverstoß festgestellt

werden müsste und damit gegebenenfalls Fälle, die in der Vergangenheit unzweifelhaft als unlauter bewertet wurden, dies künftig nicht mehr sind.

Hiermit würde der Mitbewerberschutz in unabsehbarer Weise eingeschränkt. Dies widerspricht der Intention des Entwurfs, die materiell-rechtliche Lage unangetastet zu lassen.

Auch ist fraglich, wie die durch den Verweis in § 4 S. 1 RefE-UWG auf § 3 RefE-UWG vorzunehmende Prüfung vom Umfang genau abzulaufen hat. Prüft man beispielhaft einen Fall des § 4 Nr. 9 b UWG, bei der Nachahmungen die Wertschätzung der nachgeahmten Ware unangemessen ausnutzen oder beeinträchtigen, so müsste, nachdem dieser Tatbestand festgestellt wurde, eine Prüfung von § 3 RefE-UWG erfolgen. Der Wortlaut des § 4 S. 1 RefE-UWG spricht insoweit von „Unlauter im Sinne des § 3 Abs. 1 handelt insbesondere, wer unter den Voraussetzungen des § 3 Absatz 2 oder 4“. Er verweist damit auf alle Voraussetzungen von § 3 Abs. 2 oder 4 und nicht nur auf deren Definition der Unlauterkeit. Beide Regelungen enthalten aber zunächst die Bestimmung der Zielrichtung der geschäftlichen Handlung. Der Verkauf der nachgeahmten Ware ist eindeutig eine geschäftliche Handlung, die sich an den Verbraucher richtet/beziehungsweise diesen erreicht. Damit wäre § 3 Abs. 2 RefE-UWG eröffnet. Das wirtschaftliche Interesse des Verbrauchers wird durch die Ausnutzung der Wertschätzung aber nicht wesentlich beeinflusst. Anders wäre dies nur im Falle des § 4 Nr. 9 a) UWG, wenn gleichzeitig vermeidbar über die betriebliche Herkunft getäuscht würde. Im Falle des § 4 Nr. 9 b) UWG wären die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 RefE-UWG jedoch nicht erfüllt. Unzweifelhaft handelt es sich aber um eine Maßnahme, die das Interesse des Mitbewerbers spürbar beeinträchtigt, wie es § 3 Abs. 4 RefE-UWG vorsieht, der sich aber nur auf geschäftliche Handlungen bezieht, die sich nicht an den Verbraucher richten oder diesen nicht erreichen. § 3 Abs. 4 RefE-UWG wäre damit gar nicht eröffnet. Dieses Ergebnis ist natürlich nicht intendiert, zeigt sich jedoch als Problem bei wortgetreuer Auslegung.

§ 4 Nr. 6 – Koppelungsverbot bei Glücksspielen

Der Referentenentwurf führt in seiner Begründung aus, dass die Aufhebung des Koppelungsverbots in § 4 Nr. 6 UWG nicht geboten ist, da durch die systematische Klarstellung im Obersatz des § 4 sichergestellt sei, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Nr. 6 stets zu prüfen ist, ob die Maßnahme im Einzelfall gegen die unternehmerische Sorgfalt verstößt und dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.

Da der gesamte Referentenentwurf aber gerade das Ziel verfolgt, im Sinne der Rechtssicherheit für den Verbraucher einen möglichst großen Gleichklang des Wortlautes des UWG mit der UGP-Richtlinie herzustellen, ist unverständlich, warum an dieser Regelung festgehalten werden soll, die keine Entsprechung in der Richtlinie hat. Gerade hierdurch

wird dem Verbraucher zu Unrecht signalisiert, es handele sich um Konkretisierung der Generalklausel. Dass eine Kopplung von Gewinnspielen an ein Umsatzgeschäft generell der beruflichen Sorgfalt widerspräche, hat der BGH Millionenchance II aber ausdrücklich verneint (BGH GRUR 2011, 532).

III. § 4a RefE-UWG „aggressives Verhalten“

§ 4a RefE-UWG definiert die Fälle aggressiven Verhaltens, vorher geregelt in § 4 Nr. 1 und 2, neu. Hierbei wird die Regelung des Art. 8 UGP-RL weitestgehend übernommen. Tiefgreifende Bedenken bestehen hinsichtlich dieser Umsetzung wohl nicht. Allerdings wird auf das Kriterium „unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände“ des Einzelfalls verzichtet, das in der Art. 8 UGP-RL genannt ist. Dies sollte ggf. noch aufgenommen werden, um den Eindruck eines per-se Verbotes gänzlich auszuräumen.

Deutlich schwieriger ist jedoch die Ausweitung der Regelung auf Mitbewerber und Marktteilnehmer zu bewerten. In der Begründung wird hierzu ausgeführt, dass die genannten aggressiven geschäftlichen Handlungen nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern auch gegenüber Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern als unlauter und damit unzulässig angesehen werden sollten. Eine Änderung der Rechtspraxis würde damit nicht einhergehen, da die geschilderten aggressiven Handlungen im Bereich von Mitbewerbern und Marktteilnehmern bereits jetzt entweder von dem bisherigen § 4 Nr. 1 UWG, jedenfalls aber von der Generalklausel des § 3 Nr. 1 UWG erfasst seien.

Es ist jedoch zu bedenken, dass viele Fälle, die als aggressives Verhalten eingestuft werden können, jedoch zudem über die § 4 Nr. 7 bis 10 UWG abgedeckt sind, wie beispielsweise verschiedene Fälle der gezielten Behinderung. Hier darf es nicht zu einem Wertungswiderspruch zu diesen Regeln kommen, indem beide Tatbestände einen Sachverhalt erfassen, § 4a RefE-UWG für diese Fälle nun aber zusätzlich das Kriterium der Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Mitbewerbers aufstellt.

Dieses Kriterium scheint ohnehin nur bedingt sachgerecht, da fraglich ist, wann ein aggressives Verhalten tatsächlich die Entscheidungsfreiheit des Mitbewerbers beeinträchtigt. Meistens wird es eher die Marktwahrnehmung, aber nicht die Entscheidungsfreiheit betreffen.

Zutreffen würde die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit sicherlich im Falle des § 4a Abs. 1 Nr. 3 RefE-UWG bei der Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck. Hier könnte eine inhaltlich weitergehende Regelung sogar begrüßenswert sein, da das Kartellrecht häufig keinen ausreichenden Schutz bietet. Dies wäre jedoch nach der Gesetzesbegründung nicht intendiert.

IV. § 5 RefE-UWG – Ausdehnung der irreführenden geschäftlichen Handlungen auf Mitbewerber

Auch die irreführenden geschäftlichen Handlungen des § 5 UWG sollen nun ausdrücklich auf Mitbewerber und Marktteilnehmer ausgeweitet werden. Hier, wie bei § 4a RefE-UWG, stellt sich jedoch die Frage, in welchen Fällen der Irreführung die Entscheidungsfreiheit des Mitbewerbers beeinträchtigt sein sollte. Sollte dies Fälle betreffen, die andernfalls über § 4 Nr. 10 UWG gelöst würden, ist wieder die Gefahr des Wertungswiderspruchs zu berücksichtigen, die schon zu § 4a RefE-UWG erläutert wurde. Andernfalls spricht jedoch nichts gegen die vorgeschlagene Änderung.

V. § 5a Abs. 2 RefE-UWG – Vorenthalten von Informationen und Impressumspflicht

Die vorgenommene Präzisierung in § 5a Abs. 2 Nr. 1-4 RefE-UWG nimmt das Verheimlichen wesentlicher Informationen, die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer Form, die nicht rechtzeitige Bereitstellung und die Verschleierung des kommerziellen Zwecks auf und entspricht damit den Vorgaben von Art. 7 UGP-RL.

Bedauerlicherweise lässt der RefE ein wesentliches Problem hinsichtlich der Erforderlichkeit von Identitätsangaben ohne nähere, aber dringend notwendige Präzisierung. Insbesondere bei Gemeinschaftswerbung von Verbundgruppen, bei Genossenschaften, komplex organisierten Unternehmen oder Franchiseunternehmen stellt sich die Problematik, wie die Identität der Einzelunternehmen in überregionaler Werbung dargestellt werden soll. Die Darstellung aller Unternehmen entspricht häufig nicht den Möglichkeiten im Werbemedium. Da diese Fälle nach wie vor in der Praxis umstritten sind, wäre es sinnvoll, in diesen Fällen für die Identitätsangabe lediglich einen Verweis auf eine Internetadresse aufzunehmen und den damit verbundenen Medienbruch zu akzeptieren. Zur näheren Begründung sei ausdrücklich auf das Gutachten des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen hingewiesen (WRP 2012, 924 ff.).

Fazit:

Der RefE stellt in weiten Teilen eine Präzisierung der Vorschriften des UWG im Hinblick auf die Vorgaben der UGP-Richtlinie dar und kommt damit den Bedenken der EU-Kommission bezüglich der für Verbraucher klaren Umsetzung europarechtlicher Vorgaben nach. Er ist insoweit zu begrüßen.

Als problematisch erweist sich vor allem die Struktur der neuen „kleinen Generalklauseln“ und die damit einhergehende Bezugnahme in § 4 S.1 RefE-UWG, die zu einem geringeren Schutzzumfang für Wettbewerber führen kann. Auch die Aufnahme des Begriffs der „fachlichen Sorgfalt“ in die Generalklausel zwischen Unternehmen scheint wenig sachgerecht. Insoweit sollte an der bewährten Struktur des § 3 UWG festgehalten werden.

Die Einbeziehung der Mitbewerber in die Tatbestände irreführender und aggressiver Werbung sollte hinsichtlich möglicher Wertungswidersprüche zumindest noch einmal genau geprüft werden.

Ansprechpartner:

RA Dr. Alexander Dröge
Leiter Recht & Verbraucherpolitik
Tel.: 030/206168-40
a.droege@markenverband.de