

Stellungnahme

**zum Referentenentwurf eines Zweiten
Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen
den unlauteren Wettbewerb (UWG)**

Bundesverband der Systemgastronomie e.V. (BdS)

7. November 2014



I. Einleitung

Der Bundesverband der Systemgastronomie e.V. (BdS) ist als Wirtschafts- und Arbeitgeberverband die umfassende Branchenvertretung der Systemgastronomie Deutschlands. Seine über 750 Mitglieder, zu denen insbesondere die Marken Burger King, coa, KFC, Joey's Pizza Service, Marché, Maxi Autohöfe, McDonald's, Nordsee, Pizza Hut, Starbucks und Vapiano zählen, erwirtschafteten im Jahr 2013 in über 2.600 Restaurants mit mehr als 100.000 Beschäftigten und rund 3.000 Auszubildenden einen Umsatz von mehr als fünf Milliarden Euro.

Viele systemgastronomische Marken werden als Franchisesystem betrieben. Aufgrund dieser stark franchisegeprägten Struktur der Systemgastronomie, haben die Vorschriften des UWG besondere Relevanz bei Werbemaßnahmen, da hier selbständige Unternehmer unter einem Markendach agieren. Der BdS nimmt daher gerne die Gelegenheit wahr, zum Referentenentwurf des *Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb* Stellung zu nehmen.

Wir begrüßen das Vorhaben des BMJV, die Bestimmungen der UGP-Richtlinie genauer als bisher im UWG umzusetzen und damit für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für alle Marktteilnehmer zu sorgen. Der Referentenentwurf geht in seiner vorliegenden Fassung jedoch teilweise weit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus und versäumt an anderer Stelle die Gelegenheit, zentrale Unklarheiten im UWG zu beseitigen.

Dies soll im Folgenden näher dargelegt werden.

II. Stellungnahme zu einzelnen Regelungen im Referentenentwurf

1. Zur Neufassung des Verbots unlauterer geschäftlicher Handlungen des § 3 RefE

Der Wegfall des Spürbarkeitskriteriums in der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG (Art. 1, Nr. 2 a) UGP-RL) soll laut Begründung zum Referentenentwurf zu einer klareren Unterscheidung zwischen Voraussetzung der Unlauterkeit und Rechtsfolge führen.

Zwar ist dieses Ziel des Gesetzgebers grundsätzlich positiv zu bewerten. Dass die Frage, ob irreführende (§ 5, 5a RefE) und vergleichende Werbung (§ 6 Abs. 2 UWG) die Interessen der Marktteilnehmer spürbar beeinträchtigen, künftig irrelevant sein wird, hält der BdS jedoch für problematisch. So würde die Möglichkeit Abmahnungen auszusprechen, auf den Bagatellbereich ausgedehnt werden. Mit der geplanten Modifikation des § 3 Abs. 1 UWG ist zu befürchten, dass der Abmahnindustrie künftig Tür und Tor geöffnet wird. Die daraufhin zu erwartenden Abmahnwellen im Bagatellbereich stellen eine unverhältnismäßige Mehrbelastung der Wirtschaft dar.

2. Zur Neufassung des § 4 UWG

Im RefE ist vorgesehen, die Beispielstatbestände unlauterer geschäftlicher Handlungen in § 4 Nr. 3 bis 11 UWG durch den einleitenden Zusatz „unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 oder 4“ zu ergänzen. Es ist zu befürchten, dass die gleichzeitige Beibehaltung des § 4 Nr. 6 UWG (Unlauterkeit der Kopplung von Umsatzgeschäften mit Gewinnspielen) den falschen Eindruck erwecken könnte, solche Kopplungsgeschäfte seien grundsätzlich unlauter. Aufgrund dieser Gefahr und der klaren Rechtsprechung des BGH, sollte § 4 Nr. 6 UWG ersatzlos gestrichen werden.

3. Zur Umsetzung der Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie in § 4a RefE

§ 4a RefE dient der Umsetzung der Art. 8 und 9 UGP-RL. Der geplanten Regelung ist grundsätzlich zuzustimmen, soweit es das Verhältnis von Unternehmen zu Verbrauchern (B2C) betrifft. Die Neuregelung soll jedoch über die Vorgaben des Art. 8 UGP-RL hinaus auch auf geschäftliche Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern anwendbar sein. Damit sollen zugleich die Unlauterkeitstatbestände des § 4 Nr. 1 und 2 UWG entbehrlich werden.

Wir geben zu bedenken, dass die UGP-Richtlinie den Schutz der sonstigen Marktteilnehmer und der Mitbewerber nicht fordert, dies vielmehr dem nationalen Gesetzgeber überlässt (vgl. Erwägungsgrund 6 S. 3 und 4 UGP-RL).

Für eine Erstreckung der Neuregelung auf den Schutz der *Mitbewerber* vor aggressiven Handlungen besteht aber schon deshalb keine Notwendigkeit, weil dieser Schutz bereits durch § 4 Nr. 7 bis 10 UWG ausreichend gewährleistet ist. Die Neuregelung würde insoweit nur zu unnötigen Konkurrenzproblemen führen.

Das Vorhaben des RefE dürfte im Übrigen kaum dem erklärten Willen der Koalitionspartner entsprechen, im hier betroffenen Wirtschaftsrecht keine weiteren Regulierungen im nationalen Alleingang über die europäischen Vorgaben hinaus einzuführen, auch um Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden (vgl. Deutschlands Zukunft gestalten: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 15).

4. Zur Neufassung des § 5a UWG

Leider wurde im Referentenentwurf bisher nicht die Möglichkeit genutzt, eine dringend erforderliche Klarstellung in Bezug auf § 5 a Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 UWG vorzunehmen.

In der Praxis stellt sich die Frage, wie die Vorgaben des § 5 a Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 UWG erfüllt werden können, wenn mehrere Unternehmen – z. B. in Franchisesystemen – gemeinsam werben.

Franchisesystemen ist es **praktisch unmöglich**, alle *wesentlichen Informationen* der gemeinsam werbenden Unternehmen unmittelbar im werbenden Medium darzustellen. Dies

würde bei einem großen Franchisesystem die Nennung vieler hundert Unternehmen mit Firmierung und Anschrift bedeuten. Dies ist unmöglich in z.B. einer Zeitungsanzeige darstellbar. Notwendig ist folglich eine gesetzliche Klarstellung, dass die Informationspflichten über Identität und Anschrift des werbenden Unternehmers (§ 5 a Abs. 2 UWG in Verbindung mit 3 Nr. 2 UWG) bei einer Beschränkung des Kommunikationsmediums auch durch den Hinweis auf eine Internetadresse erfüllt werden können. Speziell muss klar sein, dass auch Druckerzeugnisse ein solches beschränktes Kommunikationsmedium sein können.

Auch **rechtlich nicht möglich** ist eine solche Darstellung in korrekter Weise aufgrund kartellrechtlicher Vorgaben: Es müssten alle teilnehmenden Franchiseunternehmen direkt im Werbemedium aufgeführt werden. Kartellrechtlich können die werbenden Franchiseunternehmen sich jedoch jederzeit entscheiden und umentscheiden, ob sie an einer konkreten Preis- und Werbeaktion teilnehmen oder nicht. Die Informationen könnten folglich bereits beim Druck der Werbeanzeige nicht mehr aktuell sein.

Die Darstellung der *wesentlichen Informationen* aller teilnehmenden Franchiseunternehmen ist daher nur über ein ständig aktualisierbares Medium wie z.B. das Internet möglich, wie dies derzeit bei Beschränkung des gewählten Kommunikationsmittels teilweise anerkannt wird.

Diese Klarstellung ist auch von der UGP-Richtlinie ausdrücklich vorgesehen:

In § 5a Abs. 2 UWG sollen die Bestimmungen des Art. 7 Abs. 1 bis 3 UGP-RL besser als bisher umgesetzt werden. Dies gilt insbesondere für die Neuregelung in § 5a Abs. 2 S. 3 RefE, die offenbar der Umsetzung des Art. 7 Abs. 3 UGP-RL dient. Der Referentenentwurf engt jedoch mit § 5a Abs. 2 RefE in Verbindung mit § 5a Abs. 3 UWG die Vorgaben von Art. 7 Abs. 3 UGP-RL ein.

a) Die in § 5a Abs. 2 S. 1 RefE verwendete Formulierung „*Information ..., die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände wesentlich ist*“ steht nicht im Einklang mit Art. 7 Abs. 1 UGP-RL. Diese Bestimmung bezieht vielmehr die Einzelfallklausel nicht auf die *Wesentlichkeit* einer Information, sondern auf das *Vorenthalten* einer wesentlichen Information. Dies hat nunmehr auch der BGH geklärt (vgl. BGH GRUR 2013, 1169 Rn. 16 - Brandneu von der IFA; vgl. weiter OLG Hamm GRUR-RR 2014, 404, 407 - Crossinos). Wird dies in § 5a Abs. 2 S. 1 RefE klargestellt, erlangt auch die Regelung in § 5a Abs. 2 S. 3 RefE den ihr nach Art. 7 Abs. 3 UGP-RL zukommenden Sinn („... bei der Entscheidung darüber, ob Informationen vorenthalten wurden“).

b) Zu bedauern ist ferner, dass die in Art. 7 Abs. 1 UGP-RL enthaltene tatbestandliche Einschränkung „*[Informationen vorenthält], die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen*“ nicht in den § 5a Abs. 2 S. 1 RefE übernommen wurde. Der Unionsgesetzgeber hat mit dieser Einschränkung klar zum Ausdruck gebracht, dass das bloße Vorenthalten einer wesentlichen

Information gerade nicht ausreicht, um den Unlauterkeitstatbestand des Art. 7 UGP-RL zu verwirklichen. Vielmehr hat der Rechtsanwender *zusätzlich* zu prüfen, ob der Durchschnittsverbraucher eine ihm vorenthaltene wesentliche Information auch tatsächlich für eine informierte geschäftliche Entscheidung, in der Regel also eine Kaufentscheidung, benötigt. Die Relativierung „*je nach den Umständen*“ stellt unmissverständlich klar, dass dies nicht mit Selbstverständlichkeit anzunehmen, sondern jeweils gesondert zu prüfen ist.

Es besteht umso mehr Anlass, diese zwingende Vorgabe der UGP-RL bei der Neufassung des § 5a Abs. 2 UWG zu berücksichtigen, als die bisherige Fassung des § 5a Abs. 2 UWG vermutlich der Grund für Tendenzen in der Rechtsprechung war, diesen Tatbestand wie ein Per-se-Verbot zu handhaben. Es sei in diesem Zusammenhang auf eine kürzlich ergangene Entscheidung des OLG Hamm (GRUR-RR 2014, 404, 407 – Crossinos) hingewiesen, in der es heißt:

„Geschäftliche Relevanz und Spürbarkeit der Beeinträchtigung sind denknotwendig gegeben, wenn iSd § 5a II, III UWG „wesentliche“ Informationen vorenthalten werden (vgl. BGH, GRUR 2013, 1169 [Rn. 19] – Brandneu von der IFA).“

Diese Auffassung der Rechtsprechung ist mit Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 UGP-RL nicht vereinbar.

Eine Neufassung des § 5a Abs. 2 RefE i.V.m. § 5a Abs. 3 UWG unter Beachtung der Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 und 3 UGP-RL würde demgegenüber den Gerichten eine sachadäquate und interessengerechte Beurteilung der Gemeinschaftswerbung von Franchiseunternehmen für „Bargeschäfte des täglichen Lebens“, wie sie für die Systemgastronomie typisch sind, ermöglichen. Der Verbraucher benötigt für seine geschäftliche Entscheidung, ein entsprechendes Restaurant aufzusuchen, die exakten Impressumsangaben typischerweise nicht. Jedenfalls muss in diesen Fällen eine Angabe im Internet genügen.

In diesem Zusammenhang sei auch auf den neuen § 312a Abs. 2 BGB i.V. mit Art. 246 Abs. 2 EGBGB hingewiesen. Danach gelten die Informationspflichten u.a. aus Art. 246 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB (Identität, Anschrift, Telefonnummer) nicht für Verträge, „*die Geschäfte des täglichen Lebens zum Gegenstand haben und bei Vertragsschluss sofort erfüllt werden*“. Diese auf die Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU zurückgehende de-minimis-Regelung würde leerlaufen, wenn die Gerichte weiterhin § 5a Abs. 2 UWG auch bei derartigen Geschäften wie ein Per-se-Verbot handhaben würden.

III. Fazit

Der Referentenentwurf des BMJV ist grundsätzlich sehr zu begrüßen, weil er im Interesse der Rechtsklarheit eine genauere Umsetzung der Vorgaben der UGP-RL anstrebt, als sie im derzeitigen UWG verwirklicht ist. Der Referentenentwurf verzichtet bedauerlicherweise darauf, bestehende Rechtsunsicherheiten im Lauterkeitsrecht zu beseitigen. Er beinhaltet auch keineswegs nur gesetzliche Klarstellungen, sondern geht teilweise weit über die

europäischen Vorgaben hinaus. Die geplanten gesetzlichen Änderungen werden zu neuen Unsicherheiten führen, die Handlungsspielräume der Abmahnindustrie erweitern und neue Kostenbelastungen für die Unternehmer auslösen.

Die UWG-Novelle sollte der Gesetzgeber unbedingt nutzen, um folgende Punkte zu regeln:

- Richtlinienkonforme Anpassung § 5a Abs. 2 RefE, insbesondere hinsichtlich der Irreführung durch Unterlassen.
- Die Regelung in § 4a RefE zu „aggressiven geschäftlichen Handlungen“ darf sich, entsprechend der europäischen Vorgaben, nur auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher beziehen.
- Tatbestandsvoraussetzung eines unzulässigen unlauteren Verhaltens durch Irreführung – auch durch Unterlassen –, durch aggressives Verhalten und vergleichende Werbung sollte weiterhin die Spürbarkeit der Beeinträchtigung sein, damit Abmahnungen in echten Bagatellfällen weiterhin ausgeschlossen bleiben.
- Für mehr Rechtsklarheit sollte die Regelung des § 4 Nr. 6 UWG gestrichen werden.
