



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zu dem Entwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung des
Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG-Novelle)**

BR-Drucks. 345/08 vom 23. Mai 2008

**erarbeitet von dem
Ausschuss Gewerblicher Rechtsschutz
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

Rechtsanwältin Dr. Ine-Marie **Schulte-Franzheim**, Köln (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Dr. Bernd **Bürglen**, Köln

Rechtsanwalt Dr. Volker **Meinberg**, Hamburg

Rechtsanwalt Dr. Michael **Nieder**, München

Rechtsanwältin Dr. Anke **Nordemann-Schiffel**, Potsdam

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian **Osterrieth**, Düsseldorf

Rechtsanwalt Christian **Reinicke**, Hannover

Juli 2008

BRAK-Stellungnahme-Nr. 22/2008

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Innenausschuss

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Deutscher Anwaltverein
Patentanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Notarverein
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Richterbund e. V., Berlin

C.H. Beck Verlag
Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG
Redaktion Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht / GRUR
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
ZAP Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 147.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

I.

Mit dem Gesetzentwurf ist die Bundesregierung ihrer Verpflichtung nachgekommen, die EG-Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken v. 11.05.2005 (ABl. Nr. L 149 v. 11.06.2005, S. 22 bis 39) umzusetzen.

Das in seiner derzeitigen Fassung geltende UWG ist zuletzt 2004 reformiert worden. Zutreffend wird in der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 16) darauf hingewiesen, dass mit der Novellierung des UWG 2004 bereits ein großer Teil der Richtlinienvorschriften umgesetzt worden ist. Tatsächlich ist die jetzt umzusetzende Richtlinie erst nach der Neufassung des UWG 2004 verabschiedet worden, so dass – aus diesen zeitlichen Gründen – das UWG erneut zur Novellierung ansteht. Dabei verpflichtet die EG-Richtlinie 2005/29/EG nicht nur zu einer Mindest-, sondern zu einer Vollharmonisierung.

Während das geltende UWG eine „*Wettbewerbshandlung*“ voraussetzt, die geeignet sein muss, den Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher und Mitbewerber nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen (§ 3 UWG), stellt die umzusetzende EG-Richtlinie auf „*unlautere Geschäftspraktiken*“ ab, die „*die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen*“. Durchgesetzt werden soll – dem allgemeinen Trend jüngerer Gesetzgebung folgend – ein „*hohes Verbraucherschutzniveau*“ (Art. 1 RL).

Während das UWG von der „*Wettbewerbshandlung*“ als maßgeblichem Begriff ausgeht (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 bzw. § 3), gilt die Richtlinie für „*unlautere Geschäftspraktiken ... zwischen Unternehmen und Verbrauchern ... während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts*“. Allerdings ist die Bundesregierung durch die Richtlinie nicht gehindert, für das zu novellierende UWG unverändert auch den Mitbewerberschutz und den Schutz der Allgemeinheit zu regeln (vgl. Begr. Gesetzentwurf 17 unten).

II.

Das *Ziel einer Vollharmonisierung* begegnet dem Problem, dass das Wettbewerbsrecht in den heutigen 27 Mitgliedsländern ganz unterschiedliche Standards ausweist.

Köhler¹ spricht der Bundesrepublik zu Recht einen hohen Standard zu („*Das deutsche Lauterkeitsrecht hat eine lange Tradition*“). In den Mitgliedsländern, die – bis zur Wende –

¹ So in seinem in Kürze erscheinenden Beitrag in der NJW „*Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht*“.

langjährig dem Wirtschaftsraum des Ostblocks angehörten, kann von einer solchen Tradition nicht gesprochen werden (so etwa Estland bzw. Lettland, aber auch Bulgarien). Über solche Betrachtungen verliert man gerne aus dem Auge, dass auch Großbritannien bis zum heutigen Tag ohne ein geschriebenes Gesetz gegen unerlaubten Wettbewerb auskommt. Dazu sei auf die Ausführungen von Köhler² verwiesen, wonach irreführende Werbung in Großbritannien vorwiegend mit straf- und verwaltungsrechtlichen Mitteln bekämpft wird, für die Durchsetzung ist der Director General of Fair Trading zuständig. Dass ein Prozess *unter Wettbewerbern* effektiver geführt wird, braucht deutschen Rechtsanwendern nicht geschrieben zu werden.

Insoweit sind die durch die Richtlinie vorgegebenen Anpassungsleistungen insgesamt zweifellos weniger im In- als im Ausland zu erwarten und u. E. auch erforderlich, um im EG-Raum „*erhebliche Verzerrungen des Wettbewerbs und Hemmnisse für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts*“ zu vermeiden (Erwägungspunkt 3 zur RL).

III.

In diesem übergeordneten Sinne ist letztlich wohl auch die „**Schwarze Liste**“ zu begrüßen, die in der Richtlinie als Anhang I (mit den dortigen Ziffern 1 bis 31) zwingend geregelt worden ist. Der Entwurf übernimmt die „Schwarze Liste“ uneingeschränkt als Anhang zu § 3 Abs. 3 (lediglich die Ziffernfolge – bei der Ziffer 30 endend – hat sich verschoben, weil der Regelungsanlass in Ziffer 31 der Richtlinie in die Ziffer 17 im Entwurf einbezogen worden ist). Für die inländische Rechtspraxis sollte sich im Ergebnis nicht viel ändern. Eine Vielzahl der Ziffern in der „Schwarzen Liste“ waren von der deutschen Rechtsprechung längst geregelt, um nicht zu sagen: überholt, wie das Beispiel der „Adressbuchschwindler“ (Ziffer 22 des Entwurfs) belegt. Dass mit dieser kasuistischen Aufarbeitung allerdings auch Risiken verbunden sind, ist in Stellungnahmen zum Regierungsentwurf³ zu Recht angesprochen worden. *Peifer*⁴ moniert, dass manche Sachverhalte „*scharf am Verbotskatalog vorbei gestaltet werden*“ könnten, dann aber gleichwohl riskierten, unter das allgemeine Irreführungsverbot zu fallen. Da die Verbotsbestimmungen zugleich Strafsanktionen nach sich ziehen können, sollten Zweifel nicht unterdrückt werden. Bei aller Kasuistik der Sachverhalte in der „Schwarzen Liste“ sollte eines nicht verkannt werden, worauf *Hoeren*⁵ mit dem gebotenen Nachdruck hinweist: Ein Verstoß gegen eine der kasuistisch aufgeführten Sachverhalte ist künftig in jedem Fall unlauter, und zwar – anders als bislang -

² Hefermehl/*Köhler/Bornkamm* UWG, 26. Aufl. 2008, Einl. UWG in Ziff. 4.9.

³ Hefermehl/*Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008 in UGP-RL Anh. I Nr. 7.

⁴ WRP 2008, 556, 561 li. Sp..

⁵ BB 2008, 1182, 1187 li. Sp..

unabhängig von der Erheblichkeit des Verstoßes und unabhängig von der fehlenden Kausalität dadurch bedingter Irrtümer für den Vertragsschluss.

IV.

Ein sachlicher **Fortschritt** ist in der **Anpassung des § 3 UWG** in seiner bisherigen Fassung zu sehen. Während dort festgesetzt wurde, dass der Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber bzw. Verbraucher „*nicht nur unerheblich*“ beeinträchtigt werden darf, fordert § 3 künftig die Eignung zur „*spürbaren*“ Beeinträchtigung. Das ist konkreter. Die Wesentlichkeitsschwelle ist aus der Negation („*nicht nur unerheblich*“) herausgenommen.

V.

Bewusst hat sich die Richtlinie selbst Grenzen gesetzt. Im Erwägungspunkt 9 wird ausdrücklich geregelt, dass sie „*nicht die gemeinschaftlichen und nationalen Vorschriften*“ u. a. zum „*Schutz des geistigen Eigentums*“ und der „*Sicherheit und des Gesundheitsschutzes im Zusammenhang mit Produkten*“ ausschließt bzw. berührt.

Die Richtlinie berücksichtigt weiter, dass sich „*die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstandes*“ in den Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich gestalten. Das wird berücksichtigt und zur nationalen Ausformung hin vorbehalten, wie der Erwägungspunkt 7 gleichfalls klarstellt. Der Entwurf hat einen solchen Regelungsvorbehalt zu eigenen Gunsten durchaus berücksichtigt, wenn auch nur sprachlich. Während der Art. 1 RL zur Zweckbestimmung von den „*wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher*“ spricht, hat sich der Gesetzentwurf zur Umsetzung in § 1 S. 1 – politisch vollkommen korrekt – beeilt, den Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen den „*Verbraucherinnen und Verbrauchern*“ andeuten zu lassen.

VI.

Dass die Vorgabe des Art. 6 („*irreführende Handlungen*“) in Abs. 2 lit. a) in der Umsetzung zu § 5 Abs. 2 des Gesetzentwurfes **markenrechtliche Abgrenzungsprobleme** schafft, ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmungen. Auch die Begründung des Entwurfs (auf S. 31) geht darauf ausführlich ein. Zum geltenden Recht wird konstatiert, dass die aktuelle Rechtsprechung das Konkurrenzverhältnis im Sinne eines Vorrangs des Markenrechts entschieden habe. Das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot werde im Regelfall vom Markengesetz verdrängt. Aus Art. 6 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie zieht die Begründung den Rückschluss, dass die Richtlinie einen solchen Vorrang des Markenrechts nicht vorsieht.

Köhler⁶ stellt klar, dass die Neufassung des § 5 Abs. 2 über die bisherige Regelung des § 4 Nr. 9 UWG hinausgeht. Der Hersteller eines Originalproduktes müsse es hinnehmen, dass beispielsweise auch ein Verbraucherverband gegen die Vermarktung der Nachahmung vorgehe, und dies obwohl der Originalhersteller gerade mit dem Verletzer in Lizenzverhandlungen stehe.

Im Ergebnis bedeutet das, dass der Inhaber langjährig bestehender Marken das komplex gewordene Netze seiner Abgrenzungsvereinbarungen nicht nur gegen Verletzer, sondern auch gegen Verbraucherverbände zu wahren hat.

VII.

Neu – für den deutschen Rechtsanwender, aber nicht überraschend – ist die ausführliche Regelung „**irreführender Unterlassungen**“ (Art. 7 der Richtlinie, der jetzt zu § 5 a) umgesetzt wird). Überraschend kommt das deswegen nicht, weil die Irreführung durch Unterlassung schon durch eine Reihe aktueller höchstrichterlicher Entscheidungen weitgehend vorgeklärt worden war⁷.

VIII.

Die künftige Arbeit mit dem novellierten UWG wird die **Prüfabfolge** zu berücksichtigen haben,

- ob ein Tatbestand der „Schwarzen Liste“ verwirklicht wurde.
- Wenn dies nicht der Fall ist, ob ein Verstoß gegen das Verbot irreführender bzw. aggressiver Geschäftspraktiken vorliegt,
- und wenn auch dies nicht der Fall ist, ob ein Verstoß gegen die Generalklausel in § 3 UWG vorliegt.

Dem deutschen Rechtsanwender wird diese Abfolge zunächst ungewohnt sein, weil er – bislang – mit einer gesetzlichen Kasuistik nicht konfrontiert war. Im **praktischen Ergebnis** wird sich jedoch – wie bereits erwähnt – vermutlich **kaum etwas ändern**.

IX.

Mit der „*Durchsetzung*“ befasst sich Art. 11 der Richtlinie. Der Entwurf hat davon abgesehen, den Katalog der bislang in den §§ 8 bis 10 UWG geregelten zivilrechtlichen Ansprüchen um individuelle Klagerechte von Personen zu erweitern, die durch unlautere geschäftliche

⁶ So in seinem in Kürze erscheinenden Beitrag in der NJW „*Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht*“.

⁷ Vgl. dazu den Nachweis bei Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rdz. 1.63 bis 65 zu § 4 UWG, vgl. aber auch Bornkamm a. a .O. in Rdz. 2.45 § 5 UWG.

Handlungen geschädigt worden sind. Der Entwurf sieht **keine** Veranlassung, **individuelle Klagerechte** geschädigter Personen zu regeln. Er hält – im Rahmen der in Art. 11 der Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen, „*geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken*“ zur Verfügung zu stellen – die in den §§ 8 bis 10 des geltenden UWG geregelten Durchsetzungsmöglichkeiten für ausreichend, insbesondere durch die Klagemöglichkeiten nach § 8 Abs. 3 UWG. Eine Verpflichtung zu individuellen Klagerechten von Einzelpersonen wird – gestützt auf Erwägungsgrund 9 – nicht gesehen (Begr. Gesetzentwurf S. 35). Dem ist **zuzustimmen**.

X.

Nach Art. 19 der Richtlinie waren die Vorschriften der Richtlinie bis zum 12.06.2007 umzusetzen. Nach Art. 9 Abs. 2 waren die Vorschriften ab dem 12.12.2007 anzuwenden.

Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass die nationalen Gerichte gehalten sind, die noch geltenden Vorschriften des UWG im Sinne der Richtlinie auszulegen bzw. die Vorschriften des geltenden UWG, die der Richtlinie entgegenstehen, nicht anzuwenden.

Die Richtlinie hat dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung keinen großen Spielraum gelassen. Nachdem die letzte Reform des UWG (2004) bereits verschiedene Punkte der Richtlinie vorweggenommen hatte, wird sich schon heute die Rechtsprechung und im weiteren Verfolg der Gesetzgeber dem zwingenden Inhalt der Richtlinie anpassen bzw. beugen müssen.
