



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 44/2014 November 2014

Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Mitglieder des Ausschusses Gewerblicher Rechtsschutz

RA Prof. Dr. Christian Osterrieth (Vorsitzender)

RA Dr. Wolfgang Götz

RA Dr. Mirko Möller (Berichterstatter)

RAin Dr. Anke Nordemann-Schiffel

RA Christian Reinicke

RA Dr. Uwe Richter

RA Axel Rinkler

RA Pascal Tavanti

RAin Eva Melina Bauer, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Patentanwaltskammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer, Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 -11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zu dem vorgenannten Referentenentwurf nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt Stellung:

1. Allgemeines

- a) Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt das grundsätzliche Anliegen des Entwurfes, den Gesetzestext des UWG an die – vor allem durch das Postulat der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung geprägte – Rechtspraxis anzupassen. Der Ansatz des Entwurfes, den Text der UGP-Richtlinie (nachfolgend auch kurz: Richtlinie) noch weiter in das UWG zu übertragen, erscheint hierzu jedoch nur bedingt geeignet. Auch nach der Entwurfsfassung des § 3 UWG und nach Einfügung eines die aggressiven geschäftlichen Handlungen betreffenden § 4a UWG bliebe es doch dabei, dass das UWG in seiner Grundstruktur dem UWG 2004 entspricht und insofern keine vollständige Übernahme von Wortlaut und Systematik der Richtlinie erfolgt. Dies ist für sich genommen auch nicht zu kritisieren, weil die UGP-Richtlinie für die Mitgliedstaaten letztlich nur hinsichtlich ihrer Ziele, nicht hingegen hinsichtlich der zur Erreichung erforderlichen Mittel und erst recht nicht hinsichtlich der Formulierung und Systematik verbindlich ist (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Wenn sich der nationale Gesetzgeber aber dazu entschließt, ein Normenwerk mit eigener Systematik aufzustellen oder ein bereits bestehendes Normenwerk beizubehalten und nur insoweit anzupassen, wie es durch die zu erreichenden Ergebnisse der Richtlinie vorgegeben ist, dann sollten im Interesse der mit dem Entwurf angestrebten Klarstellung auf keinen Fall solche Formulierungen der Richtlinie wörtlich übernommen werden, die für sich genommen schon unklar sind. Jedenfalls dort, wo die unklaren Richtlinienbestimmungen bereits eine Auslegung durch den EuGH erfahren haben, sollte der Gesetzgeber unbedingt die Chance nutzen, im Rahmen einer nachvollziehbaren Systematik klare und eindeutige Formulierungen an die Stelle der auslegungsbedürftigen Richtlinienvorgaben zu setzen. Soweit die auslegungsbedürftigen Richtlinienvorgaben bereits eine entsprechende Auslegung durch den EuGH erfahren haben, bietet dies dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, bei vollständiger Richtlinienkonformität das nationale Gesetz besser, jedenfalls aber eindeutiger zu machen, als die zugrunde liegende Richtlinie.
- b) Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht das Erfordernis einer Neufassung der „Grundnorm“ des § 3 als der wohl wichtigsten Regelung des UWG. Auch fast sechs Jahre nach Inkrafttreten der UWG-Novelle 2008 ist das Verhältnis der einzelnen Tatbestände des § 3 UWG, insbesondere das Verhältnis der allgemeinen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG zur „Verbrauchergeneralklausel“ des § 3 Abs. 2 UWG noch nicht abschließend geklärt. In der Literatur wird hierzu ziemlich jede denkbare Auffassung vertreten. Das Spektrum reicht von der Annahme, § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG sei überflüssig und könne ignoriert werden¹ über die Annahme einer nur eingeschränkten Anwendbarkeit der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG² bis hin zu einer uneingeschränkten Anwendbarkeit beider Klauseln auch nebeneinander.³ Auch der Rechtsprechung ist es bislang

¹ Scherer, WRP 2010, 586, 592.

² Köhler geht davon aus, dass die Klausel des § 3 Abs. 1 UWG bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern nur in Verbindung mit einem der Beispieltatbestände angewendet werden könne, geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern, die weder von den §§ 4 bis 6 noch von § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG erfasst werden, könnten demgegenüber nicht über § 3 Abs. 1 UWG verboten werden, Köhler, WRP 2010, 1293, 1299 und Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 3 Rn. 9.

³ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 68.

noch nicht gelungen, hinsichtlich der Systematik des § 3 UWG für Klarheit zu sorgen. Die Rechtsprechung des *I. Zivilsenats* wird als Beleg für die unterschiedlichsten Auffassungen herangezogen.⁴

- c) Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt auch die in der Entwurfsbegründung erklärte Absicht, an dem Grundsatz eines einheitlichen Lauterkeitsrechts festhalten zu wollen.⁵ Dies entspricht der hiesigen Rechtstradition und wird durch die UGP-Richtlinie, deren Anwendungsbereich bekanntlich auf Handlungen gegenüber Verbrauchern beschränkt ist,⁶ nicht ausgeschlossen. Die Bundesrechtsanwaltskammer meint jedoch, dass gerade aus diesem Grund die im Entwurf vorgesehenen Definitionsnormen (§ 3 Abs. 2 UWG-E und § 3 Abs. 4 UWG-E) zusammengefasst werden sollten, um die Einheit des Lauterkeitsrechts nicht durch eine unnötige Binnendifferenzierung innerhalb des UWG wieder in Frage zu stellen.

2. Die Systematik der Generalklausel(n)

- a) Die Systematik des Art. 5 der UGP-Richtlinie ist außerordentlich problematisch. Nahezu einhellig wird hier von einem „Stufenverhältnis“ bzw. einem „dreistufigen Verbotskonzept“ ausgegangen, welches von der Generalklausel über den Verweis in Abs. 4 auf die irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken bis hin zu der in Abs. 5 erwähnten „schwarzen Liste“ reicht.⁷ Es wird allerdings nirgendwo die Frage aufgeworfen – geschweige denn beantwortet –, wohin dieses „Stufensystem“ eigentlich führt. Die Versuchung scheint groß, hier mit *Podszun* von einer „Kaskade der ansteigenden Unzulässigkeit“ auszugehen.⁸ So eingängig diese Formulierung aber auch daherkommt, so wenig lässt sich ignorieren, dass das Merkmal der Unzulässigkeit nicht skalierbar ist. Eine Handlung ist entweder zulässig oder nicht zulässig. Ein „Maß der Unzulässigkeit“ kann somit nicht die Richtung des angeblichen Stufensystems von Art. 5 der Richtlinie vorgeben. Tatsächlich ist vielmehr davon auszugehen, dass die einzelnen Tatbestände des Art. 5 der Richtlinie gar kein Stufenverhältnis, jedenfalls keines im Sinne einer qualitativen oder quantitativen Steigerung, bilden, sondern jede Regelung erst einmal für sich steht und unter den entsprechenden Voraussetzungen die Bewertung einer Geschäftspraxis als unzulässig vornimmt. Ist eine Geschäftspraxis nach einem der Tatbestände als unzulässig anzusehen, dann spielt es weder eine Rolle, aus welchem der Tatbestände sich die Unzulässigkeit ergibt noch, ob sich die Unzulässigkeit zusätzlich aus weiteren Tatbeständen ergibt. Es mag insofern zwar eine mehr oder weniger zweckmäßige Prüfungsreihenfolge der einzelnen Tatbestände des Art. 5 geben, jedoch hat dies nichts mit einem Stufenverhältnis zu tun. Letztlich wird dies auch aus dem nachfolgend wiedergegebenen Schaubild, welches den Leitlinien der Kommission zur UGP-Richtlinie⁹ entstammt, deutlich:

⁴ So beruft sich *Köhler* etwa auf den BGH, Urt. vom 26.02.2009, I ZR 219/06 – Thermoroll, wohingegen sich *Sosnitza* darauf bezieht, dass der BGH in seinen Urteilen vom 04.02.2010, I ZR 66/09 – Gallardo Spyder, vom 16.07.2009, I ZR 140/07 – Versandkosten bei Froogle und vom 01.07.2010, I ZR 161/09 – Flappe § 3 Abs. 1 UWG und § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG ohne erkennbare Differenzierung nebeneinander zitiert.

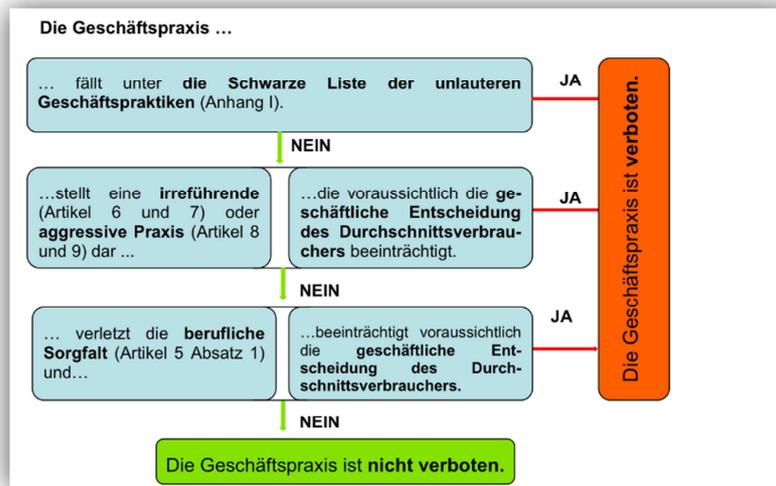
⁵ So der erste Satz unter A. II. der Entwurfsbegründung.

⁶ Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie.

⁷ Vgl. *Micklitz*, in: Münch. Komm. zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Art. 5 UGP-Richtlinie Rn. 1 ff.; *Köhler*, GRUR 2012, 1073, 1074 reSp. („dreistufige Verbotskonzept“). Vergleiche auch unter C. des Leitfadens der Wettbewerbszentrale zur Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=29821, zuletzt abgerufen am 27.10.2014.

⁸ Wobei sich die Formulierung bei *Podszun* nicht auf Art. 5 der Richtlinie, sondern auf § 3 UWG bezieht. *Podszun*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl., § 3 Rn. 6.

⁹ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 03.12.2009, SEK(2009) 1666.



Aus dem Schaubild ist erkennbar, dass jeder einzelne Tatbestand in das rote Feld (Geschäftspraxis = verboten) führen kann und dass die Prüfung erst dann in dem grünen Feld (Geschäftspraxis = nicht verboten) endet, wenn sämtliche Tatbestände – gleich, in welcher Reihenfolge diese geprüft werden – nicht in das rote Feld führen. Materielle Auswirkungen ergeben sich aus einer durch die Richtlinie möglicherweise intendierten, jedoch keineswegs zwingenden, Prüfungsreihenfolge nicht. Die Erkenntnis von der Gleichwertigkeit der einzelnen Tatbestände bedeutet aber noch nicht, dass nicht im Rahmen der Prüfung eines Tatbestandes auch Merkmale eines anderen Tatbestandes zu prüfen sein können, etwa bei wechselseitigen Bezugnahmen bzw. Verweisungen. Kommt man indes zu dem Ergebnis, dass eine Geschäftspraxis – nach welchem der Tatbestände auch immer – unzulässig ist, dann kann dieses Ergebnis nicht im Rahmen der Prüfung eines der anderen Tatbestände wieder beseitigt werden. Aus diesem Grund ist die Prüfung weiterer Tatbestände entbehrlich. Nur dann, wenn ein bestimmter Tatbestand nicht die Bewertung der geprüften Geschäftspraxis als unzulässig rechtfertigt, muss weiter geprüft werden. Ist keiner der Tatbestände erfüllt, so ist die fragliche Geschäftspraxis zulässig.

- b) Vor dem Hintergrund der vorstehend aufgezeigten Gleichwertigkeit der Tatbestände des Art. 5 der UGP-Richtlinie erweist sich der Ansatz der Richtlinie, die Unzulässigkeit über den Begriff der Unlauterkeit zu erfassen (Art. 5 Abs. 1) als wenig zweckmäßig. Letztlich dürfte dieser Schritt auch (Mit-) Ursache für verschiedene Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gewesen sein (zu den Entscheidungen noch nachfolgend). Die Einführung eines „normativen Zwischenproduktes“ – hier: die Bewertung einer Geschäftspraxis als unlauter – macht nämlich nur dann Sinn, wenn dieses Zwischenprodukt einer differenzierten Weiterbehandlung zugeführt wird.¹⁰ Keinen Sinn macht hingegen die Einführung eines solchen „Hilfsmerkmals“, wenn dieses dann doch letztlich nur einer einzigen (Rechts-) Folgenorm zugeführt wird (hier: Gleichsetzung der Begriffe unlauter und unzulässig in Art. 5 Abs. 1). Würde sich diese Vorgehensweise unter gewöhnlichen Gesichtspunkten nur als überflüssig, aber unschädlich darstellen, so führt sie aber dann zu Irritationen, wenn das entsprechende Hilfsmerkmal – wie in der Richtlinie – in verschiedenen Tatbeständen aufgegriffen und definiert wird. Es muss dann nämlich die Frage beantwortet werden, ob die einzelnen Definitionsnormen völlig unabhängig nebeneinander stehen oder ob die Merkmale der einen Definition auch im Rahmen der anderen Normen – zumindest im Rahmen

¹⁰ Wie es etwa bei dem derzeit geltenden § 3 Abs. 1 UWG in Verbindung mit § 4 UWG der Fall ist: § 4 UWG definiert bestimmte Verhaltensweisen als unlauter und § 3 Abs. 1 UWG nimmt dann noch einmal eine Differenzierung zwischen unlauter mit spürbarer Beeinträchtigung und unlauter ohne spürbare Beeinträchtigung vor.

einer Korrekturmöglichkeit – zu berücksichtigen sind.¹¹ Im Sinne einer klaren Regelung sollte daher schon aus dem Gesetzeswortlaut möglichst deutlich werden, was die Rechtsfolge einer bestimmten Norm ist. Zwischenschritte und Hilfsmerkmale sollten vermieden werden, um nicht Anlass für weitere Auslegungstreitigkeiten zu bieten. Dort, wo es Verbindungen zwischen einzelnen Regelungen gibt, sollte die Art dieser Verbindung mittels der dem Rechtsanwender geläufigen Mittel – Verweisung, Fiktion, widerlegbare/unwiderlegbare Vermutung – deutlich gemacht werden. Vor dieser Maßgabe ist der Entwurf einer kritischen Prüfung zu unterziehen und an verschiedenen Stellen zu verbessern.

- c) Es ist insofern zunächst zu begrüßen, dass der Entwurf die Formulierung des § 3 Abs. 3 UWG unangetastet lassen will. § 3 Abs. 3 UWG folgt insofern nämlich nicht der Terminologie und Systematik der Richtlinie, wonach die in der „schwarzen Liste“ aufgeführten Verhaltensweisen zunächst (nur) für unlauter und sodann in einem weiteren Schritt über Art. 5 Abs. 1 für unzulässig erklärt werden. § 3 Abs. 3 UWG ordnet vielmehr direkt die Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlungen der „schwarzen Liste“ an. Etwas irritierend wirkt insofern lediglich das Wort „stets“ („... stets unzulässig ...“). Es handelt sich hierbei um eine etwas abgeschwächte Form der Wendung aus der Richtlinie „unter allen Umständen“ (Art. 5 Abs. 5 UGP-Richtlinie). Weder die eine noch die andere Formulierung stellen jedoch einen guten Gesetzgebungsstil dar. Typischerweise werden durch eine Rechtsnorm ein durch bestimmte Merkmale definierter Tatbestand und eine Rechtsfolge miteinander verknüpft. Die Merkmale, die nicht Gegenstand des Tatbestandes sind,¹² sind für die Prüfung zunächst einmal unerheblich. Sie können allenfalls dann erheblich werden, wenn sie ihrerseits Merkmale des Tatbestandes einer Ausnahmeregelung sind. Unter Zugrundelegung eines derartigen Regelungskonzepts bleibt weder ein Bedürfnis noch ein Raum für Klauseln, die wie die Wendung „unter allen Umständen“¹³ eine nicht näher abgegrenzte Anzahl von Umständen für unerheblich erklärt. Die Richtlinie kann allerdings aufgrund einer ihrer inhärenten systematischen Schwäche auf eine entsprechende Formulierung gleichwohl nicht verzichten. Würde man die entsprechende Wendung streichen, dann würde man wohl auch im Rahmen des Art. 5 Abs. 5 darüber diskutieren, ob nicht die Merkmale der Generalklausel auch im Rahmen der „schwarzen Liste“ geprüft werden müssen oder zumindest im Rahmen einer Korrekturmöglichkeit geprüft werden können. Die entsprechende Diskussion wurde zu Art. 5 Abs. 4 geführt und erst im letzten Jahr durch den EuGH mit der CHS/Team4 Travel-Entscheidung zu einem vorläufigen Abschluss gebracht (dazu unmittelbar nachfolgend). Da § 3 Abs. 3 UWG jedoch – ebenso wie § 7 – unmittelbar die Unzulässigkeit als Rechtsfolge anordnet, bedarf es weder eines Hinweises, dass diese Folge „unter allen Umständen“ eintritt, noch dass sie „stets“ eintritt. Sie tritt vielmehr unter den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Tatbestände der „schwarzen Liste“ ein. Der Begriff „stets“ sollte daher aus dem Gesetzestext gestrichen werden.
- d) Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie erklärt unlautere Geschäftspraktiken für verboten. Diese Regelung wirkt nur auf den ersten Blick klar und eindeutig. Dadurch, dass es hier praktisch zu einer Gleichsetzung von Unlauterkeit mit Unzulässigkeit kommt, ist indes der Sache nach jedenfalls nichts gewonnen. Anders als der derzeit geltende § 3 Abs. 1 UWG sieht Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie nämlich keine zusätzlichen Bedingungen für die Annahme der Unzulässigkeit einer unlauteren Handlung vor. Letztlich induziert dieser unnötige Zwischenschritt nur die Frage, ob das aus einer Bestimmung folgende Unlauterkeitsurteil womöglich durch eine andere, ebenfalls den Begriff der Unlauterkeit betreffende, Bestimmung wieder in Frage gestellt werden kann. Oder, um das Problem mit den

¹¹ Als Beispiel sei insofern auf den der Entscheidung CHS/Team 4 Travel zugrunde liegenden Sachverhalt verwiesen, in welchem zwar die Merkmale einer Irreführung nach Art. 6 Abs. 1 erfüllt waren, das hiesige Gericht aber aufgrund der Umstände des Falles nicht von einem Verstoß gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt ausgegangen ist, dazu auch noch nachfolgend unter d).

¹² Wobei selbstverständlich auch ungeschriebene Merkmale zum Tatbestand zählen können.

¹³ Englische Richtlinienfassung: „in all circumstances“; niederländische Fassung: „onder alle omstandigheden“.

gebräuchlichen Begrifflichkeiten anhand eines konkreten Beispiels zu beschreiben: Stellen die Tatbestände der „schwarzen Liste“ (in Verbindung mit 5 Absatz 5) und die Art. 6, 7, 8 und 9 (in Verbindung mit Art. 5 Absatz 4) eigenständige Verbote auf oder steuern sie nur gesetzliche Fiktionen für die Anwendung der Generalklausel bei? Oder statuieren sie Vermutungen? Falls ja, sind die Vermutungen widerlegbar oder unwiderlegbar? Soweit diese Fragen zwischenzeitlich durch den EuGH beantwortet wurden, sollte dies aus Gründen der Normenklarheit bei der Fortentwicklung des UWG berücksichtigt werden.

Der EuGH hat mit Urteil vom 19.09.2013, C-435/11 – CHS/Team4 Travel entschieden, dass Art. 5 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 keine Prüfung des Merkmals aus Art. 5 Abs. 2 lit. a erlaubt. Dies war nicht gerade selbstverständlich, denn bei Art. 5 Abs. 4 weist gerade nicht die apodiktisch anmutenden Formulierung aus Art. 5 Abs. 5 „unter allen Umständen“ auf, so dass die Frage nicht fernliegend war, ob denn zumindest im Rahmen des Art. 5 Abs. 4 weitere Umstände in die Prüfung einbezogen werden können. Der Gerichtshof hat dies indes jedenfalls im Hinblick auf das Merkmal aus Art. 5 Abs. 2 lit. a verneint. Gilt eine Geschäftspraxis nach Art. 6 Abs. 1 als irreführend, so darf nicht mehr zusätzlich geprüft werden, ob die Geschäftspraxis auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht.¹⁴ Da nicht erkennbar ist, dass für die anderen Tatbestände der Art. 6 bis 9 irgendetwas anderes gelten könnte als für Art. 6 Abs. 1, dürfte damit feststehen, dass sich die Regelungen in den Art. 6, 7, 8 und 9 der Richtlinie nicht in grundsätzlicher Hinsicht von den Geschäftspraktiken der „schwarzen Liste“ unterscheiden. Auch wenn der EuGH entschieden hat, dass eine Prüfung des Merkmals nach Art. 5 Abs. 2 dann nicht mehr in Betracht kommt, wenn bereits der Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 einschlägig ist, so hat er es doch vermieden, sich dazu zu erklären, ob Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 als Fiktion oder als Vermutung anzusehen ist. Sicher ist jedenfalls, dass es sich bei einer Vermutung nicht um eine widerlegbare Vermutung handeln würde. Es gibt hinsichtlich der Rechtswirkungen jedoch keinen Unterschied zwischen einer Fiktion und einer unwiderlegbaren Vermutung.¹⁵ Ob die Verletzung einer beruflichen Sorgfaltspflicht fingiert oder vermutet wird, macht somit keinen Unterschied. Da aber lediglich die Ziele der Richtlinie, mithin das in Art. 5 Abs. 1 vorgesehene Verbot von den Mitgliedstaaten, umzusetzen sind, muss sich der Gesetzgeber nicht einmal für eines der beiden Instrumente entscheiden, sondern kann – und sollte – schlicht die Unzulässigkeit der entsprechenden Geschäftspraxis anordnen.

Der Entwurf führt insofern jedoch noch nicht zu der wünschenswerten – und erreichbaren – Deutlichkeit: In dem neu eingefügten § 4a (aggressive geschäftliche Handlungen) soll nach dem Entwurf ebenso wie in den insofern nur leicht angepassten §§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 2 und 6 Abs. 2 UWG auf das (Hilfs-) Merkmal der Unlauterkeit verwiesen werden, welches nunmehr als „Unlauterkeit im Sinne des § 3 Abs. 1“ bezeichnet wird. Schon, weil es auch nach dem Entwurfskonzept keine Unterlauterkeit in irgendeinem anderen Sinne als dem des § 3 Abs. 1 gibt, sollte von dieser Vorgehensweise Abstand genommen werden. Es sollte vielmehr unmittelbar bei den entsprechenden Regelungen schon die Unzulässigkeit angeordnet werden, so wie es seit der UWG-Novelle 2008 auch bei § 7 UWG der Fall ist.¹⁶ In der Folge müssten dann allerdings auch

¹⁴ In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war es so, dass ein Reisebüro in seiner Werbung bestimmte Hotels als „exklusiv“ gekennzeichnet hat, was sich jedoch als unzutreffend herausstellte, da einige der Hotels gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Reisebüro verstießen und Zimmerkontingente auch anderweitig angeboten hatten. Das hiesige Gericht ging davon aus, dass hier im Hinblick auf die vertragliche Absicherung – es waren Rücktrittsrechte und Vertragsstrafen vereinbart – keine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflichten gegeben war, gleichwohl aber eine irreführende Geschäftspraxis i.S.d. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie anzunehmen war.

¹⁵ Vgl. *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 292 Rn. 8.

¹⁶ Art. 1 Nr. 8 des ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl. I S. 2949.

noch die Anspruchsnormen der §§ 8 ff. UWG angepasst werden, wobei die Bundesrechtsanwaltskammer vorschlägt, zukünftig auf eine Aufzählung der einzelnen Normen zu verzichten und stattdessen schlicht von einer „nach diesem Gesetz unzulässigen geschäftlichen Handlung“ zu sprechen. Hierdurch würde zugleich – praktisch als willkommener Nebeneffekt – klargestellt, dass auch Verstöße gegen die unter Strafandrohung gestellten Verbote der §§ 16 ff. UWG die zivilrechtlichen Rechtsfolgen auslösen. Entscheidend ist indes, dass bei zukünftigen Gesetzesänderungen nicht jedes Mal auch eine Änderung der Anspruchsnormen erfolgen muss.

Durch die Aufnahme der Rechtsfolge in die Einzeltatbestände wird in sehr eindeutiger Weise klargestellt, dass es im Zusammenhang mit den entsprechenden Tatbeständen nicht auf die Merkmale anderer Tatbestände, auch nicht auf die Merkmale der Generalklausel ankommt. Eine vergleichbare Klarstellung war auch der Grund für die Änderung des § 7 UWG im Rahmend der UWG-Novelle 2008. Durch die Ersetzung des Wortes „unlauter“ durch „unzulässig“ sollte klargestellt werden, dass das Spürbarkeitskriterium aus § 3 Abs. 1 UWG keine Anwendung auf § 7 UWG findet.¹⁷

- e) Die Bundesrechtsanwaltskammer kritisiert vor dem Hintergrund der vorstehend herausgearbeiteten Leitlinien vor allem die in dem Entwurf vorgesehene Fassung des ersten Satzes von § 4 UWG. Demnach soll unlauter handeln, wer „unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 oder 4“ die Beispieltatbestände erfüllt. Der Hintergrund dieser Formulierung dürfte darin zu sehen sein, dass der EuGH den Mitgliedstaaten untersagt, im Anwendungsbereich der Richtlinie dort nicht ausdrücklich aufgeführte Verbote zu schaffen oder aufrecht zu erhalten, wenn nicht zugleich eine Prüfung der Merkmale des Art. 5 Abs. 2 lit. a und lit. b der Richtlinie ermöglicht wird (vgl. EuGH, Urteil vom 23.04.2009, C-261/07, C-299/07 – VTB-VAB und Galatea; Urteil vom 09.11.2010, C-540/08 – Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag; Urteil vom 14.01.2010, C-304/08 – Plus Warenhandelsgesellschaft). Man mag kritisieren, dass der EuGH hier keine inhaltliche Prüfung dahingehend vornimmt, ob das im jeweils nationalen Recht vorgesehene Verbot nicht auch vollständig unter die Generalklausel fällt,¹⁸ jedoch wird man dies zunächst einmal hinzunehmen haben. Der Entwurf will hier vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung den Anwendungsbereich der verbleibenden Beispieltatbestände des § 4 UWG (die Nummern 1 und 2 sollen aufgehoben werden) über die Merkmale der Generalklausel definieren, was ersichtlich widersinnig ist. Wenn die Merkmale der Generalklausel über die Wendung „unter den Voraussetzungen des ...“ in den Beispieltatbestand „transplantiert“ werden, dann verlieren die Beispieltatbestände jegliche Berechtigung. Die Prüfung müsste dann stets mit den Merkmalen der Generalklausel beginnen und auch dort enden. Denn wenn eine Geschäftspraxis bzw. – um in der Terminologie des UWG zu bleiben – eine geschäftliche Handlung der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt widerspricht und dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, dann ist die geschäftliche Handlung schon nach der Generalklausel unzulässig und es kommt auf etwaige weitere Merkmale der Beispieltatbestände nicht mehr an.

Will man infolge der vorstehend zitierten EuGH-Rechtsprechung nicht gänzlich auf Beispieltatbestände außerhalb der in der Richtlinie aufgeführten irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken verzichten (was durchaus in Betracht zu ziehen wäre), dann muss in jedem Fall deutlich werden, welche regelungstechnische Funktion den Beispieltatbeständen zukommt. Aufgrund der strengen Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es dem nationalen Gesetzgeber jedenfalls verwehrt, im Anwendungsbereich der Richtlinie mit Fiktionen oder unwiderlegbare

¹⁷ RegBegr., BT-Drs. 16/10145 S. 28 reSp.

¹⁸ Vgl. etwa *Sosnitza*, LMK 2010, 298886, der jedoch die Möglichkeit in Betracht zieht, dass der EuGH die entsprechende Prüfung inzident vorgenommen hat.

Vermutungen zu arbeiten. Damit verbleiben neben dem gänzlichen Verzicht auf zusätzliche Beispieldatbestände eigentlich nur noch zwei Möglichkeiten: Die Beschränkung des Anwendungsbereiches auf solche Handlungen, die außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie liegen oder die Ausgestaltung der Beispieldatbestände als widerlegbare Vermutung im beweisrechtlichen Sinne. Da im 21. Erwägungsgrund ausdrücklich klargestellt wird, dass die Richtlinie die Regelung der Beweislast dem nationalen Recht überlässt, erscheint eine solche Ausgestaltung auch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig.

f) Die vorstehend herausgearbeiteten Leitlinien lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die wörtliche Übernahme von unklaren Richtlinienbestimmungen ist jedenfalls dort zu vermeiden, wo es bereits eine Auslegung der entsprechenden Richtlinienvorgaben durch den EuGH gibt.
- Vermeidung unterschiedlicher Generalklauseln ohne klare Abgrenzung der Anwendbarkeit.
- Beibehaltung der Einheit des Lauterkeitsrechts.
- Regelungstechnik: Vermeidung unnötiger Zwischenschritte und Hilfsmerkmale. Verbindungen zwischen einzelnen Regelungen, die eindeutige Verweisungen, Fiktionen, Vermutungen (widerlegbar/unwiderlegbar) deutlich machen.
- Streichung überflüssiger Begriffe zur Vermeidung unnötiger Auslegungsstreitigkeiten.
- Berücksichtigung der bereits vorliegenden Auslegungen des EuGH.
- Vermeidung eines Rückgriffes auf Merkmale der Generalklausel in Beispieldatbeständen. Stattdessen: Klarstellung der regelungstechnischen Funktion der Beispieldatbestände.

g) Aus den vorstehenden Leitlinien leitet die Bundesrechtsanwaltskammer folgende Formulierungsvorschläge für §§ 3, 4 und 4a ab:

§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unzulässig sind

1. *geschäftliche Handlungen, die der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt zuwiderlaufen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten von Verbrauchern wesentlich zu beeinflussen oder die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen,*
2. *die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen.*

(2) *Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.*

§ 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) *Es wird vermutet, dass derjenige gegen die für ihn geltende fachliche Sorgfalt verstößt, der ...*

(2) *In den vorstehenden Fällen wird zugleich vermutet, dass die entsprechende Handlung dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten von Verbrauchern wesentlich zu beeinträchtigen, wenn sich die entsprechende Handlung an Verbraucher richtet oder diese erreicht.*

§ 4a Aggressive geschäftliche Handlungen

- (1) *Aggressive geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen und dazu geeignet sind, deren wirtschaftliches Verhalten wesentlich zu beeinflussen oder die dazu geeignet sind, die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, sind unzulässig. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn ...*

Die Anpassung der §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 5a Abs. 2 und 6 Abs. 2 wären in entsprechender Abwandlung des Formulierungsvorschlages zu § 4a vorzunehmen.

3. Zur Aufhebung von § 4 Nummern 1 und 2 und zu § 4a UWG-E: Aggressive Geschäftspraktiken

Durch die beabsichtigte Aufhebung der Nummern 1 und 2 des § 4 UWG und die Einfügung des beabsichtigten § 4a UWG-E werden aggressive geschäftliche Handlungen herausgestellt, was mit Blick auf Art. 8 und 9 der Richtlinie sinnvoll ist. Allerdings könnte dadurch der Eindruck entstehen, dass zugleich die Fallgruppe „durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss“ entfallen oder einer Neubewertung unterzogen werden soll. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, die Regelung in § 4 Nummer 1 nicht gänzlich aufzuheben, sondern in nachfolgender eingeschränkter Form in Kraft zu lassen:

„1. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.“

Da § 4 nach dem vorstehenden Konzept nur noch zu widerlegbaren Vermutungen führt, wird die Fallgruppe hierdurch – ebenso wie die anderen verbleibenden Fallgruppen des § 4 – sogar aufgewertet, weil die Vermutungen unabhängig davon eingreifen, ob es um eine Handlung gegenüber einem Verbraucher oder einem sonstigen Marktteilnehmer geht.

4. Sonstiges

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt vor, im Zuge der anstehenden Änderungen auch den Begriff der Wettbewerbshandlung(en) in § 15 Abs. 3 UWG durch denjenigen der geschäftlichen Handlung(en) zu ersetzen. Der Umstand, dass sich in § 15 Abs. 3 UWG noch immer der Begriff der Wettbewerbshandlung findet, dürfte wohl darauf beruhen, dass bislang schlicht vergessen wurde, § 15 Abs. 3 UWG an die im Zuge der Richtlinienumsetzung eingeführte Terminologie anzupassen.

* * *