

BITKOM e.V. · Albrechtstraße 10 · 10117 Berlin-Mitte

An die Obleute und Sprecher der Fraktionen im
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

Berlin, 22. Juni 2015

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – BTag Drs. 18/4535

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Blick auf die Beratung des Bundestages über den Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) möchte BITKOM die Gelegenheit ergreifen, einzelne Anmerkungen zur Novelle zu übermitteln:

Anwendungsbereich des § 5a UWG-E

Der Wortlaut des § 5a des Regierungsentwurfs (Reg-E) enthält keine Hinweise auf das Verhältnis der dort normierten Informationspflichten zu solchen, die auf sektorspezifischem Gemeinschaftsrecht beruhen. Letztere sehen regelmäßig ein ausdifferenziertes Informationskonzept vor und sind dazu bestimmt, die Informationsdefizite des Verbrauchers auf dem jeweiligen Gebiet auszugleichen und ihm eine informierte Entscheidung zu ermöglichen. Deutlich wird dies am Beispiel der Verbraucherunterrichtung im Onlinehandel. So sind bestimmte Informationen vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers (Art. 6 Abs. 1 Verbraucherrechterichtlinie (VRRL)), andere bei Beginn des Bestellvorgangs (Art. 8 Abs. 3 VRRL) und wiederum andere unmittelbar vor Abgabe der Bestellung (Art. 8 Abs. 2 VRRL) zur Verfügung zu stellen. Nach § 5a Abs. 3 UWG muss eine Mehrzahl dieser Informationen bereits zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Kauf bereitgestellt werden. Ein weiteres Beispiel bieten die zahlreichen besonderen Kennzeichnungsverordnungen wie die Textilkennzeichnungsverordnung oder die Lebensmittelinformationsverordnung, die eine Fülle an Angaben vorsehen, die nach Auffassung des deutschen oder europäischen Gesetzgebers für die Kaufentscheidung des Verbrauchers eine wichtige Rolle spielen und daher als „wesentliche Informationen“ im Sinne des § 5a UWG angesehen werden können.

Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGPRL) löst dieses Problem durch Art. 3 Abs. 4 UGPRL: „*Kollidieren die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, so gehen die Letzteren vor und sind für diese besonderen Aspekte maßgebend*“. Die Vorschrift wird durch Erwägungsgrund 10 der UGPRL konkretisiert. Dieser besagt, dass die UGPRL nur insofern anwendbar ist, als „*keine spezifischen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorliegen, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken*

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
Adél Holdampf-Wendel
Bereichsleiterin
Medien- und Netzpolitik,
Wettbewerbs- und
Verbraucherrecht
Tel. +49. 30. 27576-221
Fax +49. 30. 2757651-221
a.holdampf@bitkom.org

Präsident
Prof. Dieter Kempf

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

regeln, wie etwa Informationsanforderungen oder Regeln darüber, wie dem Verbraucher Informationen zu vermitteln sind.“

Nichts anderes ergibt sich aus dem Verweis in Art. 7 Abs. 5 UGPRL. Die Vorschrift konkretisiert den Inhalt der wesentlichen Informationen gem. Art. 7 Abs. 1 UGPRL. Dafür spricht auch die Legaldefinition des Art. 2 i) UGPRL, wonach die Aufforderung zum Kauf (Art. 7 Abs. 4 UGPRL) einen Unterfall der kommerziellen Kommunikation (Art. 7 Abs. 1 UGPRL) darstellt. So verweist auch die § 5a Abs. 4 UWG in seiner geltenden Fassung auf § 5a Abs. 2 und nicht auf § 5a Abs. 3 UWG.

Nach Punkt 65 des Memorandums zum UGPRL-E der EU-Kommission¹ soll mit dem Verweis „*dem Informationsbedarf des Verbrauchers ebenso Rechnung getragen werden wie dem Umstand, dass ein Übermaß an Information genauso ein Problem darstellen kann wie unzureichende Angaben.*“ Mit der UGPRL sollten hiernach keine zusätzlichen Informationspflichten geschaffen werden. Vielmehr erfüllt Art. 7 Abs. 5 UGPRL die Funktion des § 4 Nr. 11 UWG im nationalen Recht.

Welche sektorspezifischen Informationspflichten Vorrang vor § 5a UWG haben, richtet sich in erster Linie nach Erwägungsgrund 10 der UGPRL. Dieser nennt unter anderem die Vorgängerin der Verbraucherrechterichtlinie, die Fernabsatzrichtlinie, sowie die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen. Die Aufzählung ist jedoch nicht abschließend.

Die Rechtssicherheit und -klarheit setzt die Umsetzung des Art. 3 Abs. 4 UGPRL in das UWG zumindest für den Anwendungsbereich des § 5a UWG unbedingt voraus. Gewerbliche Anbieter von Waren und Dienstleistungen sind Adressaten einer Vielzahl von Informationsvorschriften. Nur die ausdrückliche Regelung des Verhältnisses zwischen den speziell geregelten Informationspflichten und § 5a UWG wird es ihnen ermöglichen, die in jedem Schritt des Vertriebs- und Bestellprozesses auf sie zukommenden Informationspflichten zu identifizieren und diesen nachzukommen. Um die Gerichtspraxis zu erleichtern, sind zudem die in Erwägungsgrund 10 der UGPRL aufgezählten Rechtsakte als nicht abschließender Beispielskatalog spezieller Informationsvorschriften in die Gesetzesbegründung aufzunehmen. Jedenfalls ist der Anwendungsbereich des § 5a UWG zumindest in der Gesetzesbegründung in dieser Hinsicht zu konkretisieren.

Regelung zu Beschränkungen des Kommunikationsmittels (Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d (§ 5a Abs. 5 – neu – UWG))

§ 5a Abs. 5 Reg-E setzt die Vorgaben des Art. 7 Abs. 3 UGPRL in erfreulich detaillierter Art und Weise um. Insbesondere wird den Besonderheiten von Kommunikationsmedien, die räumliche Einschränkungen aufweisen, Rechnung getragen. Soweit solche eingeschränkten Kommunikationsmittel bisher Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen wurden, handelte sich primär um Werbeanzeigen in Printmedien.² Eine vergleichbare Situation besteht jedoch auch bei der Werbung im Internet. Online-Händler bedienen sich aufgrund der technologischen Entwicklung nicht nur klassischer Online-Shops oder Verkaufsplattformen, sondern zahlreicher Tools von Drittanbietern wie Google AdWords, Werbeanbernern, weiterer Anzeige-Formate auf Verkaufsplattformen oder Preissuchmaschinen. Diese Anzeigeformate dienen ähnlich wie Werbeanzeigen in den Print-

¹ Vgl. KOM (2003)356 endgültig vom 18.06.2003

² Vgl. EuGH, Ur. v. 12.05.2011, Az.: C-122/10; OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.05.2013, Az.: 6 U 60/13; OLG Celle, Ur. v. 29.10.2013, Az.: 13, W 79-13; OLG Köln, Ur. v. 26.09.2014, Az.: 6 U 56/14.

medien lediglich dazu, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erwecken und weisen daher nur eine sehr begrenzte Darstellungsoberfläche auf, die es nicht ermöglicht, dem Verbraucher die Pflichtangaben in einem Schritt zu präsentieren. Dies hat bereits der BGH bestätigt.³

Die Begründung zu Reg-E nennt beispielhaft an dieser Stelle „Werbeanzeigen oder Werbezettel“. Um Rechtssicherheit für die E-Commerce-Branche zu schaffen, sollte in der Gesetzesbegründung zusätzlich klargestellt werden, dass Kommunikationsmittel im Sinne des § 5a Abs. 5 Nr. 1 Reg-E auch solche des Internets sein können wie z.B. Werbeanzeigen in Suchmaschinen, Werbebanner oder sonstige Anzeige-Formate auf Verkaufsportalen jeglicher Art, die ihrer Ausgestaltung nach einen eingeschränkten Darstellungsraum bieten. Ein solcher Hinweis würde die Rechtsanwendung im Bereich des Online-Handels sowie die Gerichtspraxis enorm erleichtern.

Darüber hinaus birgt der Wortlaut des § 5a Abs. 5 Nr. 2 Reg-E die Gefahr einer viel zu wörtlichen Auslegung in Bezug auf den Begriff des verwendeten Kommunikationsmittels in sich. So könnte man Printmedien oder das Internet insgesamt als Kommunikationsmittel in diesem Sinne verstehen. Anderweitige Maßnahmen müssten dann nur bei einem entsprechenden Medienbruch in Betracht gezogen werden, was zur Folge hätte, dass im Fall der Online-Werbung für online-zugängliche Waren oder Dienstleistungen das gängigste Mittel der Informationserteilung im Internet – die Verlinkung von Informationen – nicht mehr zu berücksichtigen wäre. Unbeschadet dessen, gibt die Gesetzesbegründung den Verweis auf die Internetseite des Anbieters als Beispiel für eine anderweitige Maßnahme. Für den Bereich des Online-Handels ist dieser Verweis noch konkretisierungsbedürftig. Denn es sind Konstellationen denkbar, in denen sich das eingeschränkte Werbemittel auf der Internetseite des Anbieters selbst (z.B. auf einer Übersichtsseite mit Aktionsangeboten) befindet oder im Fall des Verkaufs über Online-Verkaufsplattformen der Anbieter über keine eigene Webseite verfügt.

Dass eine Einschränkung der anderweitigen Maßnahmen von dem europäischen Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, liegt auf der Hand. Weder der Wortlaut, noch die Entstehungsgeschichte, noch die Systematik des Art. 7 Abs. 3 UGPRL deuten auf eine solche Einschränkung hin. Vielmehr hatte der europäische Gesetzgeber konkrete „Werbemittel“ (so ausdrücklich auch die Begründung zum Reg-E) wie Werbespots oder Werbeanzeigen vor Augen und wollte der Tatsache Rechnung tragen, dass in diesen Konstellationen, die auch bei Internetwerbung auftreten können, das Bereitstellen aller Pflichtinformationen in einem Schritt aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist.

Die Verlinkung von Informationen im Internet stellt ein etabliertes und zuverlässiges Mittel der Informationserteilung dar. Sie ist dem durchschnittlichen Internetnutzer bekannt und auch zumutbar. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus Erwägungsgrund 36 der Verbraucherrechterichtlinie⁴, der ebenfalls die Problematik eingeschränkter Darstellungsmöglichkeiten regelt. Wenn der EuGH⁵ bei der Aufklärung des Kunden bereits einen Medienbruch für zulässig erklärt, so muss es auch zulässig sein, dem Verbraucher die Informationen auf einer nachfolgen-

³ Vgl. Ur. v. 06.06.2013, I ZR 2/12.

⁴ „In diesen Fällen sollte [...] der Unternehmer [...] den Verbraucher an eine andere Informationsquelle verweisen, beispielsweise durch Angabe [...] eines Hypertext-Links zu einer Webseite des Unternehmers, auf der die einschlägigen Informationen unmittelbar abrufbar und leicht zugänglich sind“.

⁵ Vgl. Ur. v. 12.05.2011, Az.: C-122/10 - Sverige AB

den Seite – in der Regel auf der Artikelbeschreibungsseite – zu Verfügung zu stellen. Diese kann er viel leichter durch bloßes Weiterklicken erreichen, als dies bei einer Internetseite der Fall ist, auf welche er durch einer Printanzeige verwiesen wird.

§ 5a Abs. 5 Nr. 2 Reg-E sollte daher dahingehend geändert werden, dass die Formulierung „auf andere Weise als durch das Kommunikationsmittel nach Nummer 1“ durch das Wort „anderweitig“ ersetzt wird. Diese Formulierung entspricht dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 UGPRL und stellt sicher, dass auch weitere Maßnahmen als solche im Fall eines Medienbruchs von der Regelung erfasst sind. Gleichzeitig ist eine ausdrückliche Klarstellung diesbezüglich in der Gesetzesbegründung wünschenswert. Dort sollte zudem ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass bei Online-Werbemitteln die Verlinkung und Verteilung der wesentlichen Informationen auf nachfolgenden Produktinformationsseiten eine Maßnahme im Sinne des § 5a Abs. 5 Nr. 2 Reg-E darstellt, ohne dass eine ausdrückliche Linkbezeichnung erforderlich ist, wenn diese Vorgehensweise für den Verbraucher leicht erkennbar ist und er die Pflichtinformationen ohne Schwierigkeiten erreichen kann.

Forderungen des Bundesrates zur Gewinnabschöpfung (Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 10 Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5, Abs. 6 – neu – UWG))

Wir sehen die vom Bundesrat vorgeschlagenen Anpassungen zur Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs rechtsdogmatisch und praktisch kritisch. Die Einführung einer Sanktionierung durch Gewinnabschöpfung in Verbindung mit einer Verschulden-Vermutungsregelung, widerspricht den geltenden rechtsstaatlichen Grundsätzen gleich in mehrerer Hinsicht: Zum einen steht es entgegen der Unschuldsumutung bei strafrechtlichen Normen, zum anderen wird damit das bestehende Thema der Einforderung von Sanktionen durch privatrechtliche Organisationen vor einem Zivilgericht vertieft und verschärft. Eine entsprechende Änderung aufzunehmen, der zufolge das Verschulden vermutet wird und der Schuldner einen Entlastungsbeweis führen müsste, lehnen wir daher nachdrücklich ab. § 10 UWG ist als Sanktionsmöglichkeit gegen nachhaltige wettbewerbsrechtswidrige Verhaltensweisen eingeführt worden und ist – auch im Hinblick der anderweitig vielfältigen Möglichkeiten zur Unterbindung unlauteren Verhaltens durch Wettbewerber, Wettbewerbs- und Verbraucherverbände – in bisheriger Form für besonders schwerwiegende Fälle eine ausreichende Ergänzung der bestehenden Möglichkeiten. Eine Verschärfung ist unserer Auffassung nach weder angezeigt noch rechtsstaatlich darstellbar. Dies gilt erst recht für den Vorschlag, eine durchgesetzte Gewinnabschöpfung mittelbar der Finanzierung von Verbraucherschutzorganisationen zuzuführen: Darin liegt aus unserer Sicht die Gefahr des zunehmenden Verlustes der Objektivität bei der Bearbeitung der Fälle durch privatrechtlich organisierte Verbraucherschutzorganisationen. Diese wird dann nicht mehr vom Ziel des Schutzes der Verbraucher oder gar des Wettbewerbs durch Verfolgung von Rechtsverstößen getrieben, sondern vom „Profitstreben“ durch Verfolgung von Sanktionsmaßnahmen.

Die vom Bundesrat unter Ziffer 6 geforderte Streichung ist ebenfalls als nicht sachgerecht abzulehnen. Die derzeitige Voraussetzung für einen Gewinnabschöpfungsanspruch ist ein unlauteres Verhalten, welches zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern führt. Eine Streichung dieser Voraussetzung würde eine unberechtigte zusätzliche Sanktionierung von Einzelfällen bedeuten, die den Unternehmen ein nicht mehr kalkulierbares Haftungs- und Prozessrisiko aufbürdet. Wir teilen die Einschätzung der Bundesregierung, dass es für den Ände-

rungsvorschlag, bereits Einzelfälle zum Anlass nehmen zu können, um einen Gewinnabschöpfungsanspruch durchzusetzen, keinen Anlass gibt.

Dies würde noch in höherem Maße zu einer Vielzahl von Gerichtsverfahren führen, die die Gerichte belasten.

Darüber hinaus bewerten wir den Vorschlag zur Schätzung der Gewinnhöhe entsprechend § 287 ZPO als kritisch. Die Gewinnhöhe ist auf Grund des besonderen Wesens des Gewinnabschöpfungsanspruches sowohl Teil der Rechtsgrund- als auch Rechtsfolgenseite. Die bisher anerkannte Anwendung des § 287 ZPO im Rahmen des Gewinnabschöpfungsanspruches beschränkt sich unserer Auffassung nach lediglich auf die Frage der Kausalität zwischen Wettbewerbsverstoß und Gewinnerzielung.⁶ Der im Entwurf vorgesehene Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 287 ZPO (auch) auf die Festlegung der Gewinnhöhe nach freier Überzeugung des Richters stehen nicht zuletzt auf Grund des Sanktionscharakters des Gewinnabschöpfungsanspruches erhebliche Bedenken gegenüber: Denn danach liegt selbst die Entscheidung darüber, ob überhaupt und erst Recht in welchem Umfang zu den im Rahmen des § 287 ZPO zu klärenden Fragen eine Beweisaufnahme durchgeführt wird, im freien Ermessen des Richters.

Wir wären Ihnen verbunden, wenn Sie diese Anregungen in Ihre Überlegungen aufnehmen könnten.

Mit freundlichen Grüßen
Adél Holdampf-Wendel

⁶ vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33.Auflage 2015, § 10, Rn. 14; Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Aufl. 2014, § 10 RN 7, 12.