

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.
Konrad-Adenauer-Ufer 11 · RheinAtrium · 50668 Köln

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz (BMJV)
Frau Regierungsdirektorin
Dr. Birte Timm-Wagner
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
E-Mail office@grur.de
www.grur.org

14. November 2014

Vorab per E-Mail:

Stellungnahme

der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Sehr geehrte Frau Dr. Timm-Wagner,

wie Sie wissen, ist die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. eine wissenschaftliche Vereinigung der auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, des Urheberrechts und des Wettbewerbsrechts tätigen Wissenschaftler und Praktiker. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums und des Lauterkeitsrechts.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat die interessierten Verbände, Organisationen und Institutionen mit Schreiben vom 10. September 2014 über einen Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb¹ unterrichtet und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Der Referentenentwurf weist einleitend darauf hin, dass das Lauterkeitsrecht im Verhältnis von Unternehmen zu Verbrauchern (B2C) auf europäischer Ebene durch die Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie, nachstehend auch allein "Richtlinie" oder

¹ Veröffentlicht in WRP 2014, 1373 ff.

"RiLi") weitgehend vollharmonisiert sei und die Mitgliedstaaten das von der Richtlinie geschaffene Schutzniveau weder unter- noch überschreiten dürften. Die Umsetzung der Richtlinie sei durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. September 2008 erfolgt, das von der Zielsetzung geleitet worden sei, in Deutschland ein möglichst einheitliches Lauterkeitsrecht hinsichtlich Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern beizubehalten. Obgleich die Rechtsanwendung im Bereich des Lauterkeitsrechts in Deutschland den Vorgaben der Richtlinie entspreche, bestehe bei einzelnen Punkten – weil nach der Rechtsprechung des EuGH eine richtlinienkonforme Auslegung von abweichend formulierten innerstaatlichen Rechtsvorschriften dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht genüge – noch Klarstellungsbedarf gesetzessystematischer Art, um bereits im Wortlaut des UWG selbst eine vollständige Rechtsangleichung zu erzielen. Mit dem Entwurf sollten deshalb "klarstellende Anpassungen" im UWG vorgenommen werden, um besser als bislang den Gleichlauf zwischen den Regelungen der Richtlinie und dem nationalen Recht zu verdeutlichen.

Der Fachausschuss für Wettbewerbsrecht- und Markenrecht hat den Referentenentwurf auf seiner Sitzung am 24. Oktober 2014 in Hamburg eingehend diskutiert. Eine wesentliche Grundlage der Diskussion bildeten hierbei die im Vorfeld der Sitzung an die Mitglieder des Ausschusses weitergeleiteten, teilweise auch zur Veröffentlichung vorgesehenen Stellungnahmen von *Alexander, Fezer, Glöckner, Henning-Bodewig, Köhler, Krüger, Münker (Wettbewerbszentrale), Ohly* und *Sack*. Auf der Grundlage der Diskussion in der Ausschusssitzung nehmen wir zu dem Referentenentwurf wie folgt Stellung:

I.

Zielsetzung und Konzeption des Entwurfs

1. Die Deutsche Vereinigung hatte sich im Jahr 2008 mit dem überwiegenden Teil des Schrifttums für eine behutsame Umsetzung der UGP-Richtlinie im Rahmen des erst 2004 umfassend reformierten deutschen Lauterkeitsrechts ausgesprochen. Aus heutiger Sicht erscheint aber tatsächlich eine verbesserte Anpassung des deutschen Lauterkeitsrechts an Systematik und Wortlaut der UGP-Richtlinie erforderlich. Mit Blick darauf, dass eine von einer starken Meinung innerhalb der Vereinigung befürwortete Gesamtreform des UWG aus zeitlichen Gründen ausscheidet, unterstützen wir die gegenwärtige beschränkte Zielsetzung, den Gesetzestext stärker als bislang an den Wortlaut der UGP-Richtlinie anzupassen und von einer Gesamtüberarbeitung des UWG derzeit abzusehen. Das gilt umso mehr, als die zu erwartende Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie die Überarbeitung der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und

vergleichende Werbung möglicherweise einen weiteren, zurzeit aber nicht genau abzusehenden Reformbedarf mit sich bringen könnte.

2. Wir unterstützen nachdrücklich das Ziel des Entwurfs, den lauterkeitsrechtlichen Schutz von Verbrauchern und Mitbewerbern sowie sonstigen Marktteilnehmern in ein und demselben Gesetz zu regeln und damit einen einheitlichen Rechtsrahmen für das verbraucherbezogene und das unternehmensbezogene Marktverhalten zu wahren. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs als Instrument zur Steuerung und Kontrolle des unternehmerischen Marktverhaltens, das überwiegend – wenn auch ggf. in unterschiedlicher Intensität – die Interessen sowohl der Mitbewerber als auch der Verbraucher berührt, sollte nicht künstlich in Regelungen aufgespalten werden, die allein dem Verbraucherschutz oder allein dem Mitbewerberschutz dienen.
3. Der Entwurf sieht im Wesentlichen vor, den Definitionenkatalog des § 2 um eine neue Nr. 8 zu erweitern, die Generalklausel des § 3 UWG (Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen) klarer zu fassen und die Unlauterkeit sowohl im B2C- als auch im B2B-Bereich zu definieren. Weiter schlägt der Entwurf vor, den Beispielscharakter des § 4 UWG stärker zu betonen, die Beispielsatbestände des § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG in einen neuen § 4a UWG ("Aggressive geschäftliche Handlungen") zu integrieren und hierdurch Art. 8 und Art. 9 der UGP-Richtlinie eindeutiger umzusetzen. Der Entwurf enthält ferner noch Anpassungen in §§ 5, 5a UWG und sieht schließlich vor, die "4finance"-Entscheidung des EuGH vom 04.03.2014² im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG umzusetzen. In der Begründung ist ausdrücklich hervorgehoben, dass durch die vorgeschlagene Änderung eine Änderung in der Rechtsanwendung nicht zu erwarten sei, da die Rechtsprechung das UWG auch schon bislang richtlinienkonform ausgelegt habe. Es wäre ggf. zu betonen, dass eine Änderung in der Rechtsanwendung auch nicht beabsichtigt ist.
4. Im Rahmen der Diskussion hat sich gezeigt, dass auch bei einer nur punktuellen, ganz vorrangig an den Vorgaben der UGP-Richtlinie ausgerichteten Reform des UWG ein etwas weitergehender Reformansatz sachgerecht erscheint. Wir empfehlen in erster Linie, die Generalklausel des § 3 UWG abweichend zu fassen und den bisherigen Beispielskatalog des § 4 UWG aufzulösen. Die verbleibenden verbraucherbezogenen Regelungen des § 4 Nrn. 3-5 wären in die mit der Richtlinie korrespondierenden (Irreführungs-)Regelungen zu integrieren. Die verbleibenden mitbewerberbezogenen Regelungen (§ 4 Nrn. 7-10 UWG) wären – mit Ausnahme des eigenständig zu regelnden Rechtsbruchtatbestandes – in eine separate Vorschrift aufzunehmen. Mit Blick auf den begrenzten Reformansatz empfehlen wir, von einer durch die Richtlinie gerade nicht erzwunge-

² EuGH GRUR 2014, 680 ff.- *4finance*.

nen Reform des mitbewerberbezogenen Lauterkeitsrechts abzusehen und insbesondere auf eine Definition der Unlauterkeit im B2B-Bereich zu verzichten.

II.

Zu den Bestimmungen des Referentenentwurfs im Einzelnen

1. Definitionenkatalog

Die Erweiterung des Definitionenkatalogs um eine neue "Nr. 8" mit einer Definition der "wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers" ist zu begrüßen, weil die Neufassung der Generalklausel und die dort enthaltene Definition der Unlauterkeit in § 3 Abs. 2 auf eben dieses Kriterium der "wesentlichen Beeinflussung" zurückgreift. Die Übernahme weiterer Definitionen aus dem Definitionenkatalog des Art. 2 der UGP-Richtlinie erscheint jedenfalls nicht zwingend erforderlich.

2. Generalklausel

Der nunmehr vorgeschlagene Aufbau der Generalklausel erscheint klarer als die bisherige Regelung im deutschen UWG. Die in der Generalklausel des § 3 Abs. 1 nicht mehr enthaltene "Erheblichkeitsklausel" findet sich hinsichtlich der verbraucherbezogenen Handlungen in dem neu formulierten § 3 Abs. 2 (dort: "Relevanzerfordernis"). Für den B2B-Bereich erscheint es möglich, in der Generalklausel auf eine "Erheblichkeitsschwelle", die zur Annahme einer mitbewerberbezogenen Unlauterkeit ohnehin fast immer überschritten sein muss, zu verzichten. Zu prüfen wäre allenfalls, eine "Erheblichkeitsschwelle" im Rahmen der einzelnen Tatbestände (insbesondere bei § 4 Nr. 11 UWG) vorzusehen. Im Einzelnen ist zur Generalklausel des § 3 folgendes zu bemerken:

- a) Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 des Entwurfs gilt sowohl für den B2B- als auch für den B2C-Bereich und verdeutlicht in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 5 der UGP-Richtlinie das für jedwedes Marktverhalten geltende Verbot unlauteren Verhaltens, das alsdann in den folgenden Absätzen konkretisiert wird. Es wäre noch zu erwägen, ganz dem Wortlaut der Richtlinie zu folgen und unlautere geschäftliche Handlungen nicht als "unzulässig", sondern als "verboten" zu charakterisieren. Es wäre dann allerdings in der Begründung klarzustellen, dass das lauterkeitsrechtliche Verbot für die rechtsgeschäftliche Wertung gemäß §§ 134, 138 BGB – etwa im Hinblick auf infolge des unlauteren Verhaltens zustan-

de gekommene Verträge – nicht präjudiziell ist und es insoweit bei der bisherigen rechtlichen Behandlung verbleiben soll (vgl. Art. 3 Abs. 2 UGP-RiLi; EuGH GRUR 2012, 639 Rn. 4381; BGH GRUR 1998, 945/947 – Co-Verlagsvereinbarung).

- b) Der Entwurf definiert in § 3 Abs. 2 in fast wörtlicher Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie abschließend, unter welchen Voraussetzungen geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern als unlauter anzusehen sind, und stellt hierbei zutreffend auf den Sorgfaltsverstoß gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) RiLi sowie auf das Relevanzerfordernis des Art. 5 Abs. 2 lit. b) RiLi ab. Mit der Formulierung "die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen" greift der Entwurf zwar die Formulierung des Art. 5 Abs. 2 lit. b) UGP-Richtlinie auf. Möglicherweise könnte aber - wie in dem den Anwendungsbereich der RiLi regelnden Art. 3 Abs. 1 – knapper formuliert werden: "Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind unlauter ...", wobei ggf. auch auf den Rückverweis "i.S.d. Abs. 1" verzichtet werden könnte, weil dieser Rückbezug ohnehin klar erscheint. Dass der Entwurf zu § 3 Abs. 2 Satz 1 RefE-UWG nicht auf eine Handlung "von Unternehmen" abstellt, erscheint sachgerecht, weil sich schon aus dem Begriff der geschäftlichen Handlung ergibt, dass eine unternehmerische Tätigkeit zu beurteilen ist.
- c) Es wäre zu erwägen, die Regelung in § 3 Abs. 2 Satz 2 und 3 RefE-UWG, die Art. 5 Abs. 3 Satz 1 UGP-Richtlinie umsetzt, in einen selbständigen Absatz zu überführen. Die in § 3 Abs. 2 Satz 2 und 3 RefE-UWG angegebenen Maßstäbe gelten nicht nur für Verbraucher, sondern passen auch für sonstige Marktteilnehmer. Es bestünden zudem keine Bedenken, in diesem Zusammenhang auch die salvatorische Klausel des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie ("übertriebene oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen") mit aufzunehmen.
- d) Der Entwurf sieht in § 3 Abs. 4 eine Definition der Unlauterkeit bei geschäftlichen Handlungen vor, die sich nicht an Verbraucher richten oder diese nicht erreichen. Die Vorschrift des § 3 Abs. 4 RefE-UWG betrifft also geschäftliche Handlungen gegenüber "unternehmerisch tätigen Marktbeteiligten" und erklärt diese für unlauter, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Es erscheint zwar möglich, auch unternehmerisches Marktverhalten gegenüber unternehmerisch tätigen Marktbeteiligten an einem Sorgfaltsmaßstab (etwa der Einhaltung der das Marktverhalten steuernden Normen o.ä.) zu messen. Mit Blick darauf, dass der

Sorgfaltsmaßstab allerdings abweichend von dem verbraucherbezogenen Sorgfaltsmaßstab zu bestimmen wäre, empfehlen wir mit klarer Mehrheit, im B2B-Bereich nicht auf einen Sorgfaltsverstoß abzustellen. Es wäre aus unserer Sicht ohne weiteres möglich, auf eine Definition der mitbewerberbezogenen Unlauterkeit derzeit ganz zu verzichten und damit § 3 Abs. 4 des Entwurfs zu streichen. Eine sachliche Änderung wäre damit für mitbewerberbezogene Verstöße auch hinsichtlich der dann ganz entfallenden "Erheblichkeitsklausel" ("Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen") nicht verbunden, weil die mitbewerberbezogenen Lauterkeitsverstöße mit Ausnahme des Rechtsbruchtatbestands wohl ohnehin verlangen, dass die Interessen von Mitbewerbern spürbar und mehr als nur unerheblich beeinträchtigt sind.

- e) Wir haben auch intensiv diskutiert, ob die Abgrenzung zwischen verbraucherbezogenen und unternehmensbezogenen Handlungen zu verbessern sei. Eine solche Abgrenzung ist insbesondere bei Handlungen problematisch, die sich zwar an Verbraucher richten, aber keine Verbraucherinteressen, sondern allenfalls Mitbewerberinteressen schädigen, wofür etwa beispielhaft die "Tchibo/Rolox"-Konstellation³ genannt wurde. Abzustellen ist insoweit auf Rn. 6 und 8 der Erwägungsgründe der Richtlinie, in denen solche Geschäftspraktiken, die "lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen", vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden. Deswegen hatte etwa *Ohly* für § 3 Abs. 4 des Entwurfs folgende Formulierung vorgeschlagen:

"Geschäftliche Handlungen, die sich nicht an Verbraucher richten, diese nicht erreichen oder lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern (spürbar) schädigen, sind unlauter. ..."

Eine solche gesetzliche Klarstellung wird von einer starken Meinung innerhalb der Vereinigung befürwortet, wobei alternativ auch über die Formulierung

"Geschäftliche Handlungen gegenüber dem Verbraucher, die unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu berühren geeignet sind ..."

diskutiert wurde. Sollte die Regelung des § 3 Abs. 4 des Entwurfs unseren Vorschlägen entsprechend gestrichen werden, wäre – wenn nicht insoweit eine einschränkende Regelung in § 3 Abs. 2 geschaffen würde – jedenfalls zu empfehlen, zumindest in die Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 RefE-UWG aufzunehmen, dass geschäftliche Handlungen

³ BGH GRUR 1985, 876 ff. – *Tchibo/Rolox*.

gegenüber Verbrauchern dann entsprechend den Erwägungsgründen 6 und 8 vom Anwendungsbereich der Richtlinie und des verbraucherbezogenen, nicht aber des mitbewerberbezogenen UWG ausgenommen sind, wenn diese lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen. Damit wäre der Rechtsprechung eine sowohl durch die Richtlinie als auch durch das nationale Recht gestützte Argumentation an die Hand gegeben, solche Fallkonstellationen vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen, ohne diese diffizilen Abgrenzungsfragen zu denen bislang soweit ersichtlich auch noch keine Rechtsprechung des EuGH vorliegt, im Gesetz selbst lösen zu müssen.

3. **Aggressive geschäftliche Handlungen**

Die in § 4a des Entwurfs enthaltene Regelung über "aggressive geschäftliche Handlungen", die wir hier vor dem Beispielskatalog des § 4 behandeln, ist eine gelungene Umsetzung der Art. 8 und 9 der Richtlinie. Es wäre allerdings zu erwägen, in die Entwurfsregelung des § 4a Abs. 1 Nr. 3 auch noch die aus Art. 2 lit. j) der Richtlinie stammende Einschränkung "in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt", einzufügen. Wir empfehlen ferner, das Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen nicht auch auf "Mitbewerber" zu erweitern und insoweit die weitere Entwicklung des Aggressionsverbots, das für den Bereich der Mitbewerber wohl schon durch die § 4 Nrn. 7 und 8 UWG sowie insbesondere durch das Behinderungsverbot des § 4 Nr. 10 UWG erfasst ist, der Rechtsprechung zu überlassen. Es ist tatsächlich – wie im RefE vorgesehen – zu erwägen, das Aggressionsverbot auch auf "sonstige Marktteilnehmer" zu erstrecken, um insoweit eine etwas näher ausgeformte gesetzliche Grundlage hinsichtlich des nunmehr zum Wegfall kommenden, bislang noch in § 4 Nr. 1 UWG enthaltenen Tatbestandes der unangemessenen unsachlichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit sonstiger Marktteilnehmer zu haben. Es könnte sich anbieten, die im Referentenentwurf als § 4a vorgesehene Regelung zu den aggressiven geschäftlichen Handlungen als neuen § 4 in das UWG zu übernehmen.

4. **Beispielskatalog des § 4 UWG**

Wir empfehlen nach ausführlicher Diskussion, den Beispielskatalog des geltenden § 4 UWG weitgehender als bislang vorgesehen zu reformieren, die Regelungen der Nrn. 1-6 teilweise zu streichen und teilweise andernorts zu integrieren, die mitbewerberbezogenen Vorschriften der Nrn. 7-10 in einer eigenen Regelung zu erhalten und eine eigenständige gesetzliche Regelung des Rechtsbruchtatbestands des § 4 Nr. 11 UWG vorzunehmen.

- a) Der Referentenentwurf sieht schon bislang vor, die Regelungen des § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG mit Blick auf das neu einzufügende Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen zu streichen. Die Vereinigung stimmt dem uneingeschränkt zu. Das bislang auf § 4 Nr. 1 UWG gestützte Verbot der Beeinträchtigung von sonstigen Marktteilnehmern durch unangemessenen unsachlichen Einfluss wäre künftig entweder direkt auf § 3 Abs. 1 UWG zu stützen oder auf Grundlage des neu geschaffenen § 4a RefE ("Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen") zu gewährleisten.
- b) Die Regelung des geltenden § 4 Nr. 3 UWG ist angesichts der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie in der neuen Regelung des § 5a Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 RefE-UWG entbehrlich und wäre daher zu streichen.
- c) Die Regelungen der § 4 Nrn. 4 und 5 UWG stellen Irreführungstatbestände dar, die zweckmäßigerweise in einem neuen Absatz in § 5a UWG zu regeln wären. Insoweit verweist Köhler zutreffend darauf, dass für den Bereich der Onlinewerbung bereits auf der E-Commerce-Richtlinie 2001/31/EG (Art. 6 lit. c) und d)) beruhende Vorgaben in § 6 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 TMG bestehen, die über § 4 Nr. 4 und Nr. 5 hinausgehen. Im Übrigen wäre dieser neue, aus § 4 Nrn. 4 und 5 UWG geschaffene Tatbestand als Konkretisierung des § 5a Abs. 2 RefE-UWG anzusehen.
- d) Die Sonderregelung zur Gewinnspielkopplung in § 4 Nr. 6 UWG sollte im Rahmen der nun anstehenden Reform entfallen. In der Entscheidung "Plus Warenhandelsgesellschaft" hat der EuGH⁴ festgestellt, dass ein per se eingreifendes Kopplungsverbot mit den Vorgaben der Richtlinie nicht vereinbar ist. Weil auch nach der Rechtsprechung des BGH die Kopplung von Gewinnspielen an ein Umsatzgeschäft nicht generell der beruflichen Sorgfalt widerspricht⁵, erscheint die Vorschrift nunmehr gänzlich entbehrlich.
- e) Die verbleibenden und unbedingt unverändert zu erhaltenden Regelungen der § 4 Nrn. 7-10 UWG sind mitbewerberschützend. Diese Vorschriften sind daher vom Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie nicht erfasst und sind nicht nach den Maßgaben der Richtlinie auszugestalten. Zur Verbesserung der Systematik und der Lesbarkeit des Gesetzes sollten diese Vorschriften deshalb in einem eigenen Paragraphen zusammengefasst werden. Die

⁴ GRUR 2010, 244 – *Plus Warenhandelsgesellschaft*.

⁵ BGH GRUR 2011, 532 – *MillionenChance II*; BGH GRUR 2014, 686 Rn. 22 ff. – *Goldbärenbarren*.

Regelung könnte etwa mit dem Einleitungssatz beginnen "Unlauter i.S.d. § 3 Abs. 1 UWG handelt insbesondere, wer ...".

5. **Neuer "Rechtsbruchtatbestand"**

Die gegenwärtige, für das deutsche Lauterkeitsrecht unverzichtbare und unbedingt zu erhaltene Regelung des "Rechtsbruchtatbestandes" in § 4 Nr. 11 UWG betrifft sowohl Handlungen gegenüber Verbrauchern als auch Handlungen gegenüber Unternehmen. Es handelt sich insoweit um einen "Mischtatbestand", der sowohl dem B2C- als auch dem B2B-Bereich zugeordnet werden kann. Die Richtlinie lässt die Bekämpfung von verbraucherbezogenen Rechtsbruchhandlungen – etwa in Art. 7 Abs. 5, der in § 5a Abs. 4 umgesetzt ist – ausdrücklich zu oder stellt verbraucherbezogene und über den Rechtsbruchtatbestand verfolgbare Rechtsbrüche von ihrem Anwendungsbereich gerade frei (vgl. Erwägungsgründe 10, 15 sowie Art. 3 Abs. 2, 3, 4, 8-10 RiLi). Soweit der Rechtsbruchtatbestand mitbewerberbezogenes Handeln betrifft, ist die Regelung unter dem Blickwinkel der Richtlinie unproblematisch. Es erscheint nicht erforderlich, die Formulierung des § 4 Nr. 11 zu ändern. Allerdings wäre es wohl überlegenswert, die Formulierung um eine "Spürbarkeitsklausel" zu ergänzen. Es käme in Betracht, eine solche eigenständige Vorschrift zum Rechtsbruch als neuen § 3a (oder § 5b) in das UWG zu übernehmen. Alternativ wäre auch denkbar, entsprechend dem Vorschlag von *Köhler* den Rechtsbruchtatbestand noch als eigenen Absatz am Ende der Generalklausel vorzusehen. Dagegen spricht allerdings, dass die besonderen materiellen Verbotstatbestände allesamt außerhalb der Generalklauselbestimmung des § 3 UWG angeordnet sind.

6. **Irreführende geschäftliche Handlungen, § 5 RefE-UWG**

Der Referentenentwurf sieht vor, § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG durch eine Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 UWG sowie durch eine Relevanzklausel zu ergänzen. Die Erstreckung des Irreführungsverbots nicht nur auf sonstige Marktteilnehmer, sondern auch auf Mitbewerber erscheint zwar rechtssystematisch ohne weiteres möglich (vgl. *Köhler/Bornkamm*, UWG, 32. Aufl., § 5 Rn. 2.30), auch wenn die Vorschrift insoweit noch nicht praktisch relevant geworden ist. Da entsprechende mitbewerberbezogene Sachverhalte bereits von § 4 Nr. 7-10 UWG erfasst sind, könnte ggf. knapper allein auf "Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer" abgestellt werden.

7. Irreführung durch Unterlassen, § 5a RefE-UWG

Die im Referentenentwurf vorgesehene Neufassung des § 5a Abs. 2 findet unsere grundsätzliche Zustimmung, wäre jedoch noch unter drei Gesichtspunkten etwas umzuformulieren:

- a) Die in Art. 7 Abs. 1 RiLi vorgesehene Einzelfallklausel "im konkreten Fall" bezieht sich nach zutreffender Auslegung auf die Handlung des "Vorenthalten" an sich. Die Worte "im konkreten Fall" wären deshalb in § 5a Abs. 2 Satz 1 nach dem Wort "Vorenthalten" vorzusehen.
- b) Es empfiehlt sich ferner, die weitere Einschränkung "je nach den Umständen" aus Art. 7 Abs. 1 der RiLi auch in die Formulierung des § 5a Abs. 2 RefE-UWG zu übernehmen, um hiermit dem möglichen Eindruck eines per se-Verbots entgegenzuwirken.
- c) Der Rückbezug des § 5a Abs. 2 Nr. 4 RefE-UWG erscheint schließlich missverständlich. Die Verheimlichung des kommerziellen Zwecks einer Geschäftspraxis ist nach Art. 7 Abs. 2 RiLi ein eigenständiger Fall der irreführenden Unterlassung. Wir empfehlen deshalb, § 5a Abs. 2 Nr. 4 RefE-UWG in eine eigenständige Regelung – etwa in einen neuen § 5a Abs. 2a – zu übernehmen und zu formulieren: "Unlauter i.S.d. § 3 Abs. 1 handelt zudem, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und der Verbraucher hierdurch zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte." Der bisherige letzte Absatz des § 5a Abs. 2 RefE-UWG wäre ggf. an das Ende des Abs. 2 (der dann nur noch die bisherigen Nrn. 1-3 des RefE enthielte) vorzuziehen.

8. Die sog. "Schwarze Liste", Anhang zu § 3 Abs. 3 RefE-UWG

Wir stimmen den im Referentenentwurf vorgesehenen Änderungen der Nr. 14 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG zu. Wir empfehlen aber weitergehend, den Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG entsprechend der Ausgestaltung in der Richtlinie zu überarbeiten, dort etwa auch die "Purely Creative"-Entscheidung des EuGH⁶ umzusetzen. Insbesondere ist es aus unserer Sicht empfehlenswert, die einzelnen Tatbestände des Anhangs entsprechend den Vorgaben und der Nummerierung der Richtlinie aufzulisten und insoweit für einen Gleichlauf beider Regelwerke zu sorgen. Insoweit

⁶ EuGH RSC 428/11, GRUR 2012, 1269 ff. – *Purely Creative*.

sprechen wir uns auch dafür aus, die Nr. 26 des Anhangs I zur Richtlinie in den Anhang zu § 3 Abs. 3 RefE-UWG aufzunehmen und in der Folge § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG anzupassen, ohne das in Nr. 26 der "Schwarzen Liste" der Richtlinie erfasste Tatbestandsmerkmal "Telefon" mit zu übernehmen.

9. **Keine Änderung der Regelungen zur Telefonwerbung**

Wir sprechen uns dafür aus, die Regelungen zur Telefonwerbung im Zuge dieser Reform nicht anzutasten. Die gegenwärtige Regelung der Telefonwerbung ist unserer Auffassung nach durch Art. 13 Abs. 3 und Abs. 5 der DatenschutzRiLi für elektronische Kommunikation, die durch Nr. 26 des Anhangs I zur UGP-Richtlinie nicht berührt wurde, gedeckt.

Dr. Gert Würtenberger
Präsident

Prof. Dr. Michael Loschelder
Generalsekretär