

Deutsche Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Hohenstaufenring 30-32 • 50674 Köln

Bundesministerium der Justiz
Herrn Raimund Lutz
Leiter der Unterabteilung III B
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Sitz Berlin
Hauptgeschäftsstelle Köln

50674 Köln, den **07.11.2005**
Hohenstaufenring 30-32
Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
e-mail: office@grur.de
www.grur.de

Unser Zeichen:
(Bei der Antwort bitte angeben)

Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Amtsblatt L 149/22 vom 11.06.2005)

Sehr geehrter Herr Lutz,

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 Wissenschaftlern 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 Frage des geistigen Eigentums und des Lauterkeitsrechts.

Auf der Grundlage des "Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union" vom 02.10.2001 (KOM 2001, 531 endg.) liegt nunmehr die am 11. Mai 2005 verabschiedete Richtlinie 2005/29/EG vor. Die Richtlinie ist von den Mitgliedstaaten bis zum 12. Juni 2007 in das nationale Recht umzusetzen (Art. 19).

Der durch die Richtlinie für das deutsche Recht ausgelöste Umsetzungsbedarf ist bereits Gegenstand einer umfangreichen Diskussion in der Literatur (vgl. nur: *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 ff.; *Köhler*, GRUR 2005, 793 ff.; *Seichter*, WRP

2005, 1087 ff.). Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht hat den sich aus der Richtlinie ergebenden Umsetzungsbedarf auf der am 29. September 2005 erfolgten Sitzung ihres Fachausschusses für Marken- und Wettbewerbsrecht eingehend erörtert. Auf der Grundlage der im Fachausschuss erfolgten Diskussion übermitteln wir Ihnen unsere Einschätzung, inwieweit sich durch die RiLi für das deutsche Lauterkeitsrecht ein Harmonisierungsbedarf ergibt/ergeben könnte.

I.

Inhalt und Zielsetzung der RiLi

1. Die Richtlinie bezweckt eine zwingende Rechtsangleichung im Bereich der "unlauteren Geschäftspraktiken" im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern ("B2C"). Es heißt insoweit in Erwägungsgrund 6:

Die vorliegende Richtlinie gleicht deshalb die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken einschließlich der unlauteren Werbung an, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar und dadurch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber mittelbar schädigen. ... Sie erfasst und berührt nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen. ... Die Mitgliedstaaten können solche Praktiken, falls sie es wünschen, unter uneingeschränkter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht weiterhin regeln.

Die RiLi erfasst damit allein den sog. "B2C-Bereich" und führt damit lediglich zu einer Teilharmonisierung des Lauterkeitsrechts, obwohl durch unlautere Wettbewerbshandlungen regelmäßig sowohl die Belange der Verbraucher als auch sonstiger Marktbeteiligten einschließlich der Mitbewerber betroffen werden. Wir halten demgegenüber fest, dass unsere Vereinigung nach wie vor für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts eintritt. Wir verweisen insoweit auf unsere Stellungnahmen zum Richtlinienvorschlag (GRUR 2004, 215 ff.) sowie zum Vorschlag für eine VO über "Verkaufsförderung im Binnenmarkt" (GRUR 2002, 410 ff.). Wir regen an, dass die Bundesregierung die Kommission

auffordert, über die nunmehr vorliegende Richtlinie hinaus einen sowohl den "B2B"- als auch den "B2C"-Bereich gleichermaßen einschließenden einheitlichen Rechtsrahmen zu schaffen. Nur hierdurch könnte einer weiteren Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts – die durch die RiLi in ihrer gegenwärtigen Form nicht beendet, sondern vielmehr fortgesetzt wird – begegnet werden.

2. Die RiLi berührt nach Erwägungsgrund 9 nicht die gemeinschaftlichen und nationalen Vorschriften in den Bereichen des Vertragsrechts sowie des Schutzes des geistigen Eigentums. Außerdem bezieht sich die Richtlinie lediglich auf Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung wirtschaftlicher Entscheidungen der Verbraucher stehen (Erwägungsgrund 7). Die RiLi bezieht sich auch nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, so dass die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem Hoheitsgebiet weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verbieten können, auch wenn diese Praktiken – wie etwa das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken – die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen können (Erwägungsgrund 7). Insoweit verbleibt dem nationalen Gesetzgeber insbesondere hinsichtlich belästigender Geschäftspraktiken ein Gestaltungsspielraum.
3. Die Richtlinie erfordert keine Aufspaltung des deutschen Wettbewerbsrechts in ein allein verbraucherbezogenes und ein allein mitbewerberbezogenes Lauterkeitsrecht. Es ist nach allgemeiner Meinung möglich, sowohl den "B2B"- als auch den "B2C"-Bereich wie im deutschen UWG in ein und demselben Gesetz zu regeln. Es muss allerdings sichergestellt sein, dass das nationale Lauterkeitsrecht den Anforderungen der RiLi in vollem Umfange gerecht wird. Eine derartige Klarstellung könnte in der Begründung zum Umsetzungsgesetz erfolgen.
4. Die Richtlinie zwingt auch nicht zu einer grundsätzlichen umfassenden Neugestaltung des deutschen UWG. Gerade weil sich das neue deutsche UWG bereits bewährt hat und in weiten Teilen den Anforderungen der RiLi bereits gerecht wird, spricht sich unsere Vereinigung dafür aus, die RiLi möglichst "eng am Text des

geltenden UWG" umzusetzen. Anzuerkennen ist jedoch, dass das unter dem Blickwinkel der RiLi auszulegende deutsche Lauterkeitsrecht eine Akzentverschiebung erfährt und der Verbraucherschutz nunmehr einen unmittelbaren Schutzgegenstand des Lauterkeitsrechts bildet. Das Lauterkeitsrecht muss unter dem Blickwinkel der RiLi nun auch gewährleisten, dass die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, nicht beeinträchtigt wird. Die RiLi verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, den Verbrauchern unmittelbare Ansprüche zu gewähren, so dass der traditionelle Kreis der anspruchsberechtigten Personen und Organisationen beibehalten werden kann. Möglicherweise muss jedoch erneut die – in der Begründung zum UWG 2004 noch eindeutig verneinte – Frage diskutiert werden, ob das UWG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellt, so dass ggf. auch individuelle Schadensersatzansprüche von Verbrauchern anzuerkennen wären. Unsere Vereinigung hat die diesbezügliche Diskussion zunächst noch zurückgestellt, da insofern kein unmittelbar durch die RiLi bedingter Änderungsbedarf besteht.

II.

Durch die RiLi veranlasste Änderungen des deutschen UWG

Wir behandeln nachfolgend im einzelnen den sich aufgrund der RiLi für das deutsche Lauterkeitsrecht ergebenden Umsetzungsbedarf:

1. Schutzzweckbestimmung

Das UWG dient nach § 1 dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb und schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Man könnte insoweit von einem "Schutzzweckquartett" sprechen. Die RiLi schützt demgegenüber unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und (lediglich) mittelbar rechtmäßig handelnde Unternehmen vor Mitbewerber-

bern, die sich nicht an die Regeln der RiLi halten (Erwägungsgrund 8). Die Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG schließt somit die Schutzzwecke der RiLi mit ein. Eine Änderung erscheint nicht erforderlich.

2. Definitionen, insbesondere Geschäftspraktiken/Wettbewerbshandlungen

a) Die RiLi definiert in Art. 2 eine Vielzahl von Begriffen, die in den materiellrechtlichen Bestimmungen verwandt werden ("Verbraucher", "Gewerbetreibende", "Produkt", "wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers", "berufliche Sorgfalt", "Aufforderung zum Kauf" usw.). Bei einer ganzen Reihe dieser von der RiLi definierten Begriffe ist festzustellen, dass – trotz unterschiedlichen Formulierungen im Detail – das deutsche Recht hiervon nicht abweicht. Eine Umsetzung allein zur sprachlichen Harmonisierung (bspw. hinsichtlich der Begriffe "Verbraucher"/"Gewerbetreibender") erscheint nicht erforderlich. Hinsichtlich anderer Begriffe (wie etwa "wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers" oder "berufliche Sorgfalt" oder "Aufforderung zum Kauf") wäre nur dann eine Übernahme in den Definitionskatalog des § 2 UWG zu empfehlen, wenn auch diese Begriffe Eingang in das deutsche UWG finden sollten.

b) Der sachliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts wird durch den in § 2 Nr. 1 UWG definierten Begriff der "Wettbewerbshandlung" als jede Handlung einer Person mit dem Ziel definiert, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren (oder Dienstleistungen) zu fördern. Dagegen umschreibt die RiLi in Art. 2 lit. d) ihren sachlichen Anwendungsbereich mit dem Begriff der "Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern" und versteht darunter

jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.

Der Begriff der Wettbewerbshandlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist demgegenüber weiter (auch rein mitbewerberbezogene oder auf sonstige Marktteilnehmer bezogene Handlungen sind ebenso wie Bezugsförderungs-handlungen erfasst). Der Begriff der Wettbewerbshandlung ist auch nicht auf Maßnahmen beschränkt, die unmittelbar mit der Absatzförderung zusammenhängen. Andererseits erscheint die Definition der "Geschäftspraktiken" weiter, soweit darin nicht auf eine subjektive Komponente abgestellt wird. Zudem wird auch ein nicht der Absatzförderung dienendes Verhalten, das lediglich mit dem "Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher" zusammenhängt, erfasst. Die "Geschäftspraktiken" erfassen insbesondere auch ein Verhalten nach Vertragsabschluss (Art. 3 Abs. 1 RiLi)

- c) Soweit der Begriff der "Wettbewerbshandlung" wegen des von ihm erfassten "B2B"-Bereichs weiter als die Definition der "Geschäftspraktiken" ist (etwa hinsichtlich der "Bezugshandlungen"), ergibt sich kein Umsetzungsbedarf, weil damit lediglich die den "B2C"-Bereich überschießende Anwendbarkeit des deutschen UWG zum Ausdruck kommt. Ein Umsetzungsbedarf könnte sich jedoch ergeben, wenn die Definition der "Geschäftspraktiken" auch Handlungen erfassen würde, die keine "Wettbewerbshandlungen" i.S.d. Art. 2 Nr. 1 UWG sind. Es stellt sich damit die Frage, ob in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nach wie vor auf eine "Wettbewerbsförderungsabsicht" abgestellt werden kann oder dort aufzunehmen ist, dass auch Wettbewerbshandlungen nach Vertragsabschluss lauterkeitsrelevant sein können. Auch wenn der die "Wettbewerbshandlung" betreffende Definitionsvorschlag von *Köhler* (GRUR 2005, 793/795) weitgehend als akzeptabler Umsetzungsvorschlag angesehen wird, wäre es auch vertretbar, auf eine Anpassung des gegenwärtigen Wortlauts des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ganz zu verzichten (s. *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311). Weil die RiLi das Vertragsrecht unberührt lässt und die Rechtsprechung jedenfalls eine Mehrzahl von Verbrauchern betreffende Handlungen nach Vertragsabschluss der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle unterwirft, erscheint auch eine dahingehende Anpassung der

Definition ("Wettbewerbshandlung" als jede Handlung einer Person "vor, während oder nach Vertragsschluss" mit dem Ziel ...) nicht zwingend erforderlich. Weil zudem die "Wettbewerbsförderungsabsicht" objektiv aus den äußeren Umständen des Verhaltens zu erschließen ist, und mit dem Unmittelbarkeitserfordernis nach Erwägungsgrund 7 lediglich Geschäftspraktiken ausgeschlossen werden sollen, die "vorrangig anderen Zielen" als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers dienen sollen, erscheint es schließlich vertretbar, auf eine Aufnahme des "Unmittelbarkeitserfordernisses" zu verzichten.

3. Generalklausel

Das UWG verbietet nach § 3 unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Auch Art. 5 Abs. 1 RiLi verbietet generalklauselartig "unlautere Geschäftspraktiken". Beide Generalklauseln stimmen somit in dem Zentralbegriff der "Unlauterkeit" überein, so dass sich ein grundsätzlicher Änderungsbedarf nicht ergibt. Fraglich ist lediglich, ob die Definition der Unlauterkeit in Art. 5 Abs. 2 RiLi mit den dort genannten Kumulativerfordernissen einen Umsetzungsbedarf auslöst.

- a) Soweit Art. 5 Abs. 2 lit. a) eine Geschäftspraktik als unlauter definiert, wenn sie den "Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht", verweist die dazugehörige Definitionsbestimmung in Art. 2 lit. h) auf die "anständigen Marktgepflogenheiten und/oder den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben". Dies dürfte mit den deutschen Standards zur "Unlauterkeit" in Einklang stehen. Auch wenn Erwägungsgrund 13 davon spricht, dass es notwendig sei, die in den Mitgliedstaaten existierenden unterschiedlichen Generalklauseln und Rechtsgrundsätze "zu ersetzen", spricht sich unsere Vereinigung dafür aus, den Begriff der "beruflichen Sorgfalt" nicht zur Definition der Unlauterkeit im UWG zu verwenden. Sachlich abweichende Standards verbergen sich offenbar insoweit hinsichtlich des ohnehin ausfüllungs-

bedürftigen Begriffs der "Unlauterkeit" nicht. Anzumerken ist allerdings, dass im "B2C"-Bereich künftig der EuGH abschließend über den Inhalt der "Unlauterkeit" zu befinden hat.

- b) Eine andere Einschätzung könnte sich hinsichtlich der zweiten Kumulativbedingung der Unlauterkeit gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b) RiLi ergeben. Danach ist im "B2C"-Bereich eine Geschäftspraxis nur unlauter, wenn zugleich

in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet (oder des durchschnittlichen Gruppenmitglieds), wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

Die "wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers" ist in Art. 2 lit. e) RiLi definiert. Entscheidend ist danach, ob die Fähigkeit des Verbrauchers spürbar beeinträchtigt ist, eine informierte Entscheidung zu treffen. Aus dieser Definitionsbestimmung ist zu entnehmen, dass das UWG im "B2C"-Bereich künftig auch danach zu fragen hat, ob Wettbewerbshandlungen die Fähigkeit des Verbrauchers spürbar beeinträchtigen, eine informierte Entscheidung zu treffen. Zur Vermeidung eines Unlauterkeitsvorwurfs kann künftig möglicherweise auch die aktive Bereitstellung von Informationen erforderlich sein. Da diese Tendenz noch nicht klar erkennbar ist, spricht sich unsere Vereinigung dafür aus, jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch auf eine an Art. 5 Abs. 2 lit. b) RiLi angelehnte (Teil-)Definition der Unlauterkeit zu verzichten.

- (3) Die Vereinigung sieht hinsichtlich der in Art. 5 Abs. 2 lit b) enthaltenen "Bagatellklausel" ("wesentlich beeinflusst") keinen Umsetzungsbedarf. Auch wenn § 3 UWG auf eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs abstellt, ist dort durch den Rückbezug auf die Verbraucher ("zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer") ein mit der RiLi übereinstimmendes Verständnis gewährleistet. Trotz der etwas

unterschiedlichen Formulierung der Bagatellklausel ("nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen" in § 3 UWG einerseits und "wesentlich beeinflusst" in Art. 5 Abs. 2 lit. b) andererseits) besteht offenbar kein sachlicher Unterschied.

4. "Black List" (Anhang I der RiLi)

Die in "Anhang I" der RiLi enthaltene "Black List" umschreibt Verhaltensweisen, die "unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind" (Art. 5 Abs. 5 Satz 1 RiLi). Die Liste soll in allen Mitgliedstaaten einheitlich gelten und nur durch eine Änderung der RiLi abgeändert werden können (Art. 5 Abs. 5 Satz 2 RiLi). Die in der "Black List" aufgeführten Beispielsfälle sind durch das Fehlen einer Wertungsmöglichkeit gekennzeichnet.

- a) Es genügt nach unserer Auffassung nicht, die "Black List" etwa nur in den Gesetzesmaterialien zu behandeln und auf deren gesetzgeberische Umsetzung zu verzichten. Es empfiehlt sich auch nicht, die "Black List", die eine ganze Reihe von Beispielstatbeständen enthält, die auch nach herkömmlichem deutschen Verständnis zweifellos unlauter sind, als "Torso" lediglich insoweit zu übernehmen, als sie Tatbestände enthält, deren Inhalt und Reichweite ggf. Zweifelsfragen aufwerfen (vgl. etwa die Beispielsfälle Nr. 16 "Behauptung, Produkte könnten die Gewinnchancen bei Glücksspielen erhöhen" oder das auslegungsbedürftige Verbot der "Kinderwerbung" Nr. 28).
- b) Es dürfte sich auch nicht empfehlen, zu versuchen, die "Black List" aufzulösen und einzelne Tatbestände in die einzelnen Bestimmungen des UWG (insbesondere etwa in den Beispielskatalog des § 4 UWG) einzuarbeiten. Gerade weil die "Black List" offenbar eine "Leitbildfunktion" für das Lauterkeitsrecht in der gesamten, auch erweiterten EU haben soll und künftig etwa auch der EuGH über Inhalt und Reichweite der einzelnen Beispielstatbestände judizieren wird, könnte es sich empfehlen, die "Black List" insgesamt als Anhang – nach einer allerdings noch erforderlichen sprachlichen Überarbeitung – in unser UWG aufzunehmen. Damit wäre insoweit der "Gleich-

klang" des deutschen UWG mit dem europäischen Recht unmittelbar hergestellt.

- c) Folgt man dem Vorschlag, die "Black List" insgesamt als Anhang in das Gesetz aufzunehmen, könnte es sich empfehlen, die Generalklausel des § 3 UWG um einen Absatz 2 zu erweitern und dort zu formulieren "Die im Anhang genannten Wettbewerbshandlungen gelten unter allen Umständen als unlauter". Auf alle Fälle wäre in einer Gesetzesbegründung allerdings klarzustellen, dass die in der "Black List" genannten Beispielstatbestände eben nur Beispielstatbestände sind und keine die Unlauterkeitsbeurteilung nach der Generalklausel und den Beispielfällen der Art. 6-8 RiLi begrenzende Funktion haben.

5. Änderung des Beispielskatalogs des § 4 UWG

Die RiLi veranlasst keine wesentlichen Änderungen im Beispielskatalog des § 4 UWG. Einem Vorschlag von Henning-Bodewig folgend könnte allerdings der "Rechtsbruchstatbestand" des § 4 Nr. 11 geändert werden, um Art. 7 Abs. 5 und damit auch die Liste des Anhangs II der RiLi umzusetzen. Der hierzu von Henning-Bodewig unterbreitete Formulierungsvorschlag, am Ende der Regelung des § 4 Nr. 11 die Worte anzufügen "; dazu gehören insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung oder Marketing", erscheint sachgerecht.

6. Irreführende Geschäftspraktiken

In der RiLi sind die irreführenden Geschäftspraktiken in zwei Tatbeständen (Art. 6 und Art. 7) geregelt. Das deutsche Recht dürfte dem bereits weitgehend entsprechen. Folgende Änderungen sind ggf. erforderlich:

- a) Die RiLi verbietet gemäß Art. 6 "irreführende Geschäftspraktiken", während § 5 UWG lediglich auf irreführende "Werbung" abstellt. Es empfiehlt sich

deshalb, § 5 UWG zu ändern und künftig darauf abzustellen, dass unlauter i.S.v. § 3 handelt, wer "irreführende Wettbewerbshandlungen vornimmt".

- b) Bei der Regelung der irreführenden Handlungen stellt Art. 6 RiLi alternativ auf "unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben" ab. Es empfiehlt sich, § 5 Abs. 2 zu ändern und auch dort künftig darauf abzustellen, ob eine "Wettbewerbshandlung unwahre oder zur Irreführung geeignete Angaben enthält".
- c) Der in § 5 Abs. 2 UWG enthaltene Katalog wäre entsprechend dem Katalog des Art. 6 Abs. 1 lit. a)-g) zu erweitern. Aufzunehmen wären etwa insbesondere Hinweise auf "Zubehör, Kundendienst und Bestellverfahren" (in § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG), Art. 6 Abs. 1 lit. e) wäre ggf. in § 5 Abs. 2 Nr. 2 zu integrieren, Art. 6 Abs. 1 lit. c) und Art. 6 Abs. 2 lit. b) ("Verhaltenscodices") ggf. in § 5 Abs. 3 UWG zu integrieren und Art. 6 Abs. 1 lit. g) in einem neuen § 5 Abs. 2 Nr. 4 umzusetzen.

7. Irreführende Produktvermarktung, Art. 6 Abs. 2 lit. a) RiLi

Die Regelung in Art. 6 Abs. 2 lit. a), wonach eine Geschäftspraxis als irreführend gilt bei jeglicher "Art der Vermarktung eines Produkts, einschließlich vergleichender Werbung, die eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers begründet", ist hinsichtlich ihrer Reichweite unklar. Einerseits lässt sich Art. 6 Abs. 2 lit. a) RiLi als eine weit über die Tatbestände der "Herkunftstäuschung" sowie des "ergänzenden Leistungsschutzes" von Produktgestaltungen hinausgehende Regelung verstehen, die sämtliche Arten von Produktverwechslungen und Zeichenverwechslungen erfasst. Andererseits stehen dem erhebliche systematische Bedenken entgegen, weil nicht angenommen werden kann, dass im Falle einer Verbraucherirreführung bei einer etwa bislang nur markenrechtlich erfassten Verwechslungsgefahr oder einer "Herkunftstäuschung" i.S.d. Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG auch Dritte Ansprüche verfolgen können, obwohl sie selbst nicht Inha-

ber der Marke oder Leistungsschutzposition sind. Auch Erwägungsgrund 14, der die Regelung des Art. 6 Abs. 2 lit. a) RiLi behandelt und dort lediglich den Fall einer Irreführung über die "kommerzielle Herkunft des Produkts" behandelt, lässt eine unzweideutige Interpretation nicht zu. Weil Art. 6 Abs. 2 lit. a) einerseits teleologisch restriktiv interpretiert werden könnte und andererseits eine weite Interpretation durch den EuGH zumindest über die Generalklausel des § 3 UWG "aufgefangen" werden könnte, dürfte es sich deshalb empfehlen, von einer ausdrücklichen Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a) abzusehen. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass Art. 6 Abs. 2 lit. a) RiLi keinen Anlass gibt, im deutschen UWG das Verhältnis von Sonderschutzrechten einerseits und Lauterkeitsrecht andererseits ausdrücklich zu regeln.

8. Irreführung durch Unterlassen

In Art. 7 RiLi sind "irreführende Unterlassungen" eingehend geregelt. Diese Regelung findet in § 5 Abs. 2 UWG kein entsprechendes Pendant. Im Ergebnis statuiert die Regelung in der RiLi positive Informationspflichten, bei deren Nichtgewährung eine Irreführung anzunehmen ist. Es empfiehlt sich deshalb, die Regelung des Art. 7 Abs. 1 RiLi umzusetzen. Das könnte etwa durch eine Erweiterung des Wortlauts des § 5 Abs. 2 letzter Satz UWG geschehen. Zugleich wäre klarzustellen, dass diese Informationspflichten nur gegenüber Verbrauchern gelten (etwa mit der Formulierung: "Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbshandlung irreführend ist, und insbesondere dem Verbraucher wesentliche Informationen vorenthält, die dieser für eine informierte Entscheidung benötigt, ist insbesondere die Bedeutung der Information für den Vertragsschluss zu berücksichtigen."). Um zu verdeutlichen, dass das Ausmaß der gegenüber Verbrauchern zu erteilenden Informationen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von dem jeweiligen Medium, abhängt, würde es sich auch empfehlen, zugleich die Bestimmung des Art. 7 Abs. 3 RiLi umzusetzen. Schließlich ergibt sich ein Umsetzungsbedarf wohl auch im Hinblick auf Art. 7 Abs. 4 RiLi mit dem dort vorgesehenen Beispieldialog der bei einer "Aufforderung zum Kauf" notwendig zu erteilenden Informationen (vgl. dort: "gelten folgende Informationen als wesentlich ..."). Um "Rege-

lungsdoppelungen" zu vermeiden, wäre allerdings ggf. zu prüfen, ob etwa Art. 7 Abs. 4 lit. c) RiLi nicht durch die PreisangabenVO abgedeckt ist, so dass insoweit kein Umsetzungsbedarf besteht. Anstatt der Formulierung "Aufforderung zum Kauf" in Art. 7 Abs. 4 RiLi könnte an die aus dem Preisangabenrecht bekannte Begrifflichkeit des "Angebots von Waren oder Dienstleistungen" angeknüpft werden.

9. Aggressive Geschäftspraktiken

Art. 8 und 9 der RiLi verbieten "aggressive Geschäftspraktiken", die die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und ihn dadurch zu ansonsten nicht getroffenen Entscheidungen veranlassen (können). Den Art. 8 und 9 RiLi dürfte bereits durch § 4 Nr. 1 und § 4 Nr. 2 UWG genüge getan sein.

10. Belästigende Werbung

Soweit es um die Telefonwerbung, die Werbung mittels voice mail-Systemen, E-Mail-Werbung und die Werbung mit elektronischen Nachrichten geht, genügt § 7 UWG den Anforderungen von Art. 13 Abs. 1 und 3 der RiLi 2002/58/EG (vgl. Erwägungsgrund 14aE). Allerdings wäre ggf. der in § 7 Abs. 2 enthaltene Begriff der Werbung abzuändern und durch den Begriff der "Wettbewerbshandlung" zu ersetzen. Die übrigen unter § 7 UWG fallenden Sachverhalte sind von der RiLi ausdrücklich freigestellt (vgl. Erwägungsgrund 7).

11. Vergleichende Werbung/Sanktionen/Beweislast

- a) Die Regelungen zur vergleichenden Werbung in § 6 können aufrecht erhalten werden, da sich die RiLi nicht darauf bezieht.

- b) Hinsichtlich der Sanktionen ergibt sich durch die RiLi kein Änderungsbedarf. Insbesondere können auch rein verbraucherschädigende Verhaltensweisen wie bislang auch von Mitbewerbern verfolgt werden (Art. 11 Abs. 1 RiLi). Den Verbrauchern ist auch unter der Geltung der Richtlinie kein lauterkeitsrechtliches Klagerecht einzuräumen.

- c) Die Beweislastregelung in Art. 12 lit. a) RiLi, die sich auf "Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit einer Geschäftspraktik" bezieht, erscheint zwar weitergehend als die bislang in § 5 Abs. 4 UWG enthaltene Beweislastregelung, die lediglich Irreführungen im Zusammenhang mit einem vorhandenen Vorrat betrifft. Schon bislang hat die Rechtsprechung jedoch dann Beweiserleichterungen angenommen, wenn der Anspruchsteller entschuldigbar über die tatsächlichen Verhältnisse im Ungewissen ist. Ein Umsetzungsbedarf erscheint deshalb nicht gegeben.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär