

Frau Rechtsanwältin
Hildegard Reppelmund
Deutscher Industrie- und
Handelskammertag DIHK
Breite Straße 29
10178 Berlin

21. Mai 2007

Diskussionsentwurf zum UWG - Umsetzung der Richtlinie über unlautere
Geschäftspraktiken

Sehr geehrte Frau Reppelmund,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zum Diskussionsentwurf vom 08.05.2007
Stellung zu nehmen. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Redaktion des neuen
UWG im Jahr 2004 den Richtlinienentwurf der Kommission gekannt, da also
bereits vergleichbare Regelungsstrukturen und Wertungen zugrunde liegen, er-
gibt sich die Notwendigkeit für Anpassungen des Gesetzes bei der Umsetzung
der Richtlinie nur in einzelnen Bereichen. Dies ist zu begrüßen, denn nur drei
Jahre nach Inkrafttreten des neuen UWG haben die beteiligten Kreise nur wenig
Interesse daran, sich wieder mit einer veränderten Rechtslage zu beschäftigen.

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E:

Zu begrüßen ist, dass am Begriff der „Wettbewerbshandlung“ festgehalten
wurde. Denn er erfasst im Gegensatz zu den „Geschäftspraktiken“ auch Maß-
nahmen, die sich unmittelbar gegen Mitbewerber richten und solche, die das
Vertikalverhältnis gegenüber Unternehmern und sonstigen Marktteilnehmern be-
treffen. Eine Wettbewerbshandlung kann daher grundsätzlich von jedermann er-
füllt werden, während eine Geschäftspraktik nur ein Gewerbetreibender vor-
nehmen kann.

Außerdem erstreckt sich die „Wettbewerbshandlung“ anders als die Geschäfts-
praktik auch auf die Nachfrage von Produkten und auf Maßnahmen Dritter zur

Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens.

Andererseits gehören zu „Geschäftspraktiken“ auch Handlungen, die sich auf geschäftliche Entscheidungen des Verbrauchers nach Abschluss eines Vertrages beziehen, also Maßnahmen, die im deutschen Recht grundsätzlich keine Wettbewerbshandlungen darstellen und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung daher immer schwierig war. Dem wird die Umsetzung von Art. 2 d) der Richtlinie mit der Neufassung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E nunmehr gerecht.

§ 2 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 UWG-E:

Die Umsetzung von Art. 2 f) und g) der Richtlinie war erforderlich, da beide Definitionen im jetzigen UWG nicht vorhanden sind und die Nichteinhaltung eines Verhaltenskodex nunmehr als irreführend angesehen wird (siehe § 5 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E). Die Verwendung des Begriffs „Wettbewerbshandlung“ statt „Geschäftspraktiken“ ist konsequent, siehe vorherige Ziffer.

§ 3 Abs. 2 UWG-E iVm Anhang I:

Die Umsetzung der sog. „Schwarzen Liste“ ist zwingend erforderlich, da die sich aus ihr ergebenden Verbote zu einer Verschärfung der wettbewerblichen Anforderungen führen. Denn anders als nach bisher geltendem Recht findet bei den beschriebenen Verhaltensweisen keine Relevanzprüfung statt, allerdings ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Fraglich ist aber, ob die vorgeschlagene Lösung, die Liste umzusetzen, indem sie schlicht in einen Anhang aufgenommen wurde, sinnvoll ist. Denn verschiedene der im Anhang der Richtlinie genannten Fälle finden sich bereits im UWG selbst oder in anderen Normen wieder und es sollte vermieden werden, Doppelregelungen in das Gesetz aufzunehmen.

a) Die Regelung zu den Lockvogelangeboten in Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 5 von Anhang I der Richtlinie) entspricht weitgehend § 5 Abs. 5 UWG bzw. dem neuen § 5 Abs. 7 UWG-E.

b) Das Verbot der Schleichwerbung in Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 11 von Anhang I der Richtlinie) ist bereits in § 4 Nr. 3 UWG enthalten.

c) Die in Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 13 von Anhang I der Richtlinie) geregelte Herkunftstäuschung überschneidet sich mit der Regelung zur irreführenden Werbung in § 5 UWG und mit § 4 Nr. 9 UWG.

d) Der Fall der progressiven Kundenwerbung in Nr. 14 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 14 von Anhang I der Richtlinie) findet sich in § 16 Abs. 2 UWG.

e) Die Nr. 25, 26 und 27 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 24, 25 und 27 von Anhang I der Richtlinie) lassen sich unter § 4 Nr. 1 UWG subsumieren. Darüber hinaus erfüllt Nr. 25 den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) und Nr. 26 den des Hausfriedensbruchs, § 123 StGB.

f) Das unter Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 28 von Anhang I der Richtlinie) genannte Beispiel stellt einen Fall der unangemessenen unsachlichen Einflussnahme nach § 4 Nr. 1 UWG bzw. des Ausnutzens der Leichtgläubigkeit gemäß § 4 Nr. 2 UWG dar.

g) Die in Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 29 von Anhang I der Richtlinie) genannten Fälle der unbestellten Warenlieferung und Leistungserbringung können sich unter § 7 Abs. 1 UWG subsumieren lassen.

Es ist daher zu überlegen, ob die genannten Fälle der Liste, deren Regelungen bereits an anderer Stelle im UWG vorhanden sind, aus dem Anhang zu § 3 Abs. 2 UWG-E entfernt werden. Dies ist im Fall des Nr. 26 von Anhang I der Richtlinie schon geschehen, auf seine Umsetzung wurde verzichtet, da das dort genannte Beispiel der unlauteren aggressiven Geschäftspraktik bereits in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG geregelt ist.

Alternativ wäre es denkbar, die gesamte Liste stattdessen ausschließlich in die Gesetzesbegründung aufzunehmen.

§ 5 UWG-E:

Abs. 1 und Abs. 2:

Durch die Neufassung von § 5 UWG-E wurde die Systematik der Regelung über die Irreführung verbessert. Anknüpfend an die Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E wird nicht mehr der Begriff der Werbung, sondern der der Wettbewerbshandlung verwendet, siehe dazu obige Ausführungen. Die Klarstellung in § 5 Abs. 2 UWG-E, die durch den nunmehr abschließenden Regelungskatalog getroffen wurde, ist zu begrüßen.

Abs. 3:

Die Vorschrift entspricht § 5 Abs. 3 UWG.

Abs. 4 und Abs. 5

Die Regelung der Irreführung durch Unterlassen ist in Art. 7 der Richtlinie sehr detailliert geregelt und steht damit im Gegensatz zum deutschen Recht. Dort findet sich die Entsprechung in § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG nur kurz und eher versteckt. Mit der eigenständigen ausführlichen Regelung des Bereichs der irreführenden Werbung durch Unterlassen wurde dies angeglichen. Insbesondere die Umsetzung von Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie in § 5 Abs. 5 Nr. 1-5 UWG-E bedeutet eine sinnvolle klarstellende Ergänzung des geltenden Rechts (Aufzeigen von wesentlichen Informationspflichten, deren Nichtbeachtung als irreführendes Unterlassen zu beurteilen ist).

Abs. 6 und Abs. 7:

Die Vorschriften entsprechen § 5 Abs. 4 und 5 UWG.

Weitere mögliche Änderungen:

Über die Umsetzung der Richtlinie hinaus möchten wir folgende inhaltliche Änderungen des UWG vorschlagen:

1. Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes

Die Möglichkeit des sog. „fliegenden Gerichtsstandes“ für den von einem Wettbewerbsverstoß unmittelbar betroffenen Gewerbetreibenden sollte aufgehoben werden.

Nach § 14 Abs. 1 UWG können die in § 8 Abs. 2 Nr. 2 - 4 UWG genannten Verbände und Kammern Klage am Ort der gewerblichen Niederlassung, sonst am Wohnsitz oder Aufenthaltsort erheben. Daneben können die genannten Klagebefugten gegen Personen, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung oder keinen Wohnsitz haben, am Begehungsort klagen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 und 2 UWG).

Dagegen gilt nach der Rechtsprechung für Gewerbetreibende, die durch einen Wettbewerbsverstoß unmittelbar in ihren Rechten verletzt werden, die Einschränkung des § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG nicht. Sie können daher wahlweise entweder beim Gericht der gewerblichen Niederlassung, des Wohnsitzes, des Aufenthaltsortes *oder des Begehungsortes* klagen (sog. fliegender Gerichtsstand; vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 25. Auflage, 2007, § 14 Rn.18).

In Zeiten des Internets wird das Auffinden von vermeintlichen Wettbewerbsverstößen in den Homepages der Unternehmen mittels Suchmaschinen leicht gemacht. Zunehmend werden daher von Serienabmahnern massenhaft Ab-

mahnungen aufgrund von Verstößen gegen verschiedene Rechtsnormen (z. B. Telemediengesetz und Preisangabenverordnung; also Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG) ausgesprochen. Begehungsort ist in diesen Fällen nicht der Standort des Servers, sondern jeder Ort, an dem die Information dritten Personen bestimmungsgemäß zur Kenntnis gebracht wird, bei einem Abruf in Deutschland sind damit die deutschen Gerichte zuständig. Der konkret betroffene Mitbewerber, der wie ausgeführt - auch - am Ort der Begehung klagen kann, kann sich damit das Gericht der Mindermeinung aussuchen und so seine massenhaft ausgesprochenen Abmahnungen gerichtlich leichter durchsetzen.

Hilfweise könnte auch eine Konkretisierung dahin erfolgen, dass das genannte Wahlrecht bezüglich des örtlichen Gerichtsstandes bei Streitigkeiten im Internet nur dann besteht, wenn der Kläger einen besonderen Bezug zum angerufenen Gericht darlegt. Denn zur Begründung der Gerichtszuständigkeit kann es nicht ausreichen, dass der gerügte Verstoß im Internet zufällig auch beim angerufenen Gericht zur Kenntnis genommen werden kann (vgl. hierzu AG Luckenwalde Beschl. v. 16.4.2007, Az. 12 C 19/07).

2. Konkretisierung der Bagatellgrenze in § 3 UWG bzw. § 3 Abs. 1 UWG-E

Bei Fällen von rechtsmissbräuchlichen Serienabmahnungen zeigt sich daneben ein weiteres Problem. Oftmals mahnen Serienabmahner Verstöße gegen bestimmte Rechtsnormen ab, die tatsächlich jedoch nicht als erhebliche Beeinträchtigung iSd § 3 UWG anzusehen sind. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche setzen voraus, dass die unlautere Wettbewerbshandlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Die Beeinträchtigung darf nicht so geringfügig sein, dass ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Marktteilnehmer ihr keine Bedeutung beimisst. Damit soll die Verfolgung von Bagatellfällen ausgeschlossen werden. Die Bagatellklausel stellt letztlich eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar, es soll nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden.

In der Praxis stellt sich insbesondere bei dem genannten Phänomen der Serienabmahnungen die Frage der Erheblichkeit bei (angeblichen) Verstößen gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG (Rechtsbruchtatbestand), bei dem eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung erforderlich ist.

a) Das OLG Koblenz (Urt. v. 25.04.2006, Az.: 4 U 1587/05) entschied, dass

kein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG iVm § 6 S. 1 Nr. 3 TDG a.F. (jetzt § 5 Abs. 1 Nr. 3 TMG) vorliegt, wenn im Impressum die Aufsichtsbehörde nicht angegeben wird (Bagatellschwelle nicht überschritten).

b) Ebenso liegt kein wettbewerbsrechtlich erheblicher Verstoß vor, wenn die Umsatzsteueridentifikationsnummer oder Wirtschaftsidentifikationsnummer im Impressum eines Internetauftritts nicht genannt werden (kein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG iVm § 5 Abs. 1 Nr. 6 TMG).

c) Auch der fehlende bzw. nicht ausreichend nah am Angebot platzierte Hinweis, dass der Preis "inkl. Ust." angegeben ist, sollte nicht als Wettbewerbsverstoß gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG iVm der PreisangabenVO angesehen werden. Verwiesen wird hierzu auf die gegensätzlichen Entscheidungen des OLG Hamburg (Urt. v. 14.02.2007 - Az. 5 U 152/07 (Bagatellverstoß) bzw. Beschl. v. 04.01.2007 - Az. 3 W 224/06 (kein Bagatellverstoß)). Hierzu wird am 06.06.2007 die Entscheidung des BGH erwartet.

d) Denkbar wäre auch, den erstmaligen Verstoß gegen § 7 UWG wegen unzulässiger Telefax- oder E-Mail-Werbung nicht als erheblich iSd § 3 UWG anzusehen.

Ebenso wie im Anhang zu § 3 Abs. 2 UWG-E eine Liste von Wettbewerbshandlungen aufgenommen wurde, die stets als unzulässig angesehen werden, könnte eine Konkretisierung der in § 3 UWG bzw. § 3 Abs. 1 UWG-E genannten Erheblichkeitsschwelle erfolgen, indem die genannten Fallgruppen aufgenommen werden, bei deren Vorliegen kein wettbewerbsrechtlich erheblicher Verstoß gegeben ist.

3. Begrenzung der zu ersetzenden Abmahnkosten

Den genannten Serienabmahnungen könnte ferner mit Hilfe einer Streitwertbegrenzung beigegeben werden. Oftmals werden für die beschriebenen massenhaften Abmahnungen Streitwerte von 10.000 EUR bis 20.000 EUR und mehr geltend gemacht. Damit können für die einzelne Abmahnung Rechtsanwaltskosten zwischen 500 EUR und 1.000 EUR anfallen. Zu überlegen ist daher, ob in den Fällen der unter Nr. 2 genannten Bagatellfälle oder bei Erstabmahnungen eine Streitwertbegrenzung auf beispielsweise 5.000 EUR festgelegt wird.

Die Alternative - Festlegung eines Fixbetrages - wie dies im Urheberrecht vorgeschlagen wurde (vgl. § 97a Abs. 2 UrhG-E), erscheint weniger praktikabel, da unterschiedliche Fallgestaltungen denkbar sind. Kostenansprüche können in diesen Fällen mittels Deckelung des Streitwertes gleichwohl variabel geltend gemacht werden.

4. Definition des Rechtsmissbrauchs

Ebenfalls mit Blick auf die verstärkt auftretenden Serienabmahner könnte eine entsprechende Erweiterung der Regelung zum Rechtsmissbrauch erfolgen.

§ 8 Abs. 4 UWG könnte wie folgt gefasst werden:

(4) Die Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere

- a) wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen;
- b) wenn sie massenhaft erfolgt.

In die Gesetzesbegründung müsste dann ergänzend aufgenommen werden, dass der Begriff "massenhaft" erfüllt ist, wenn die Abmahntätigkeit sich verselbstständigt und in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit des Abmahnenden steht. Beispielhaft sollten folgende Indizien für eine missbräuchliche Abmahnung angeführt werden:

- Verfolgung überwiegend sachfremder Interessen und Ziele bei der Geltendmachung von Ansprüchen;
- Einfordern systematisch überhöhter Abmahngebühren bzw. Vertragsstrafen;
- Behinderung des Verletzers im Wettbewerb.

BAYERISCHER INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMERTAG
i.A.

Dr. Beate C. Ortlepp
Syndikus