

recht  
Abs



Der Schutz  
unternehmerischer Interessen im  
**Lauterkeitsrecht**

Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Politik



Industrie- und Handelskammern  
in Bayern

## Inhalt

<b>1</b>	<b>Editorial</b>	4
	Bayerisches Staatsministerium der Justiz und Bayerischer Industrie- und Handelskammertag e.V.	
<b>2</b>	<b>Bayerische Unternehmerumfrage zum Wettbewerbsrecht</b>	6
<b>3</b>	<b>Empfehlungen</b> zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	8
<b>4</b>	<b>Gutachten</b>	10
	Der Schutz unternehmerischer Interessen im Lauterkeitsrecht – von Prof. Dr. jur. Ansgar Ohly, LMU München	11
	I Einleitung und Problemaufriss	11
	II Der unionsrechtliche Rahmen	14
	III Beeinträchtigung von Unternehmerinteressen durch zu rigorosen Verbraucherschutz	18
	IV Die Reform des UWG	29
<b>5</b>	<b>Platz für Notizen</b>	32
<b>6</b>	<b>Impressum</b>	34

# 1 | Unternehmerischen Interessen eine Stimme geben.

1

## Bayerisches Staatsministerium der Justiz



Prof. Dr. Winfried Bausback, MdL,  
Bayerischer Staatsminister der Justiz

Der Gesetzgeber plant derzeit die Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), mit dem Ziel, das UWG weiter an die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 anzugleichen. Hierdurch soll insbesondere die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens erreicht werden, das die EU-Kommission wegen aus ihrer Sicht bestehender Umsetzungsdefizite gegen Deutschland eingeleitet hat.

Das UWG dient dazu, Mindeststandards im Wettbewerb gesetzlich sicherzustellen. Die Regeln, die es für das Verhalten im Wettbewerb aufstellt, sind ein wichtiger Bestandteil unserer Wirtschaftsordnung. Sie haben die Aufgabe, Mitbewerber, Verbraucher sowie sonstige Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen zu schützen und damit zugleich im Interesse der Allgemeinheit den unverfälschten Wettbewerb als Institution zu bewahren.

Wenn zu einem Gesetz, das unter anderem den Schutz der Interessen der Wirtschaft in Gestalt der Mitbewerber und Marktpartner bezweckt, besonders viele Anregungen aus der Wirtschaft eingebracht werden, finde ich das außerordentlich begrüßenswert. Ich freue mich daher, dass der Bayerische Industrie- und Handelskammertag seine Aufgabe, die Interessen der bayerischen Unternehmen zu vertreten, auch in diesem Zusammenhang sehr ernst nimmt. Mit dem in seinem Auftrag von Herrn Prof. Dr. Ansgar Ohly erstatteten Gutachten hat er eine umfassende und fundierte Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf vorgelegt, die für das laufende Gesetzgebungsverfahren wertvolle Gedanken und Anregungen liefert.

Zu Recht sprechen sich die bayerischen Industrie- und Handelskammern dafür aus, ihrem traditionellen Leitbild des „ehrbaren Kaufmanns“, das für Fairness und Nachhaltigkeit im Wirtschaftsleben steht, auch im Lauterkeitsrecht wieder mehr Geltung zu verschaffen. Der Bundesgesetzgeber steht vor der schwierigen Aufgabe, die Mitbewerberinteressen und die – gleichrangig schützenswerten – Verbraucherinteressen innerhalb des zum Teil engen unionsrechtlichen Rahmens in einen angemessenen und systemkonformen Ausgleich zu bringen. Das vorliegende Gutachten bietet hierzu auf hohem wissenschaftlichen Niveau eine wichtige Hilfestellung.

Prof. Dr. Winfried Bausback, MdL



Dr. Eberhard Sasse  
Präsident  
Bayerischer Industrie- und  
Handelskammertag e.V.



Peter Driessen  
Hauptgeschäftsführer  
Bayerischer Industrie- und  
Handelskammertag e.V.

## Bayerischer Industrie- und Handelskammertag e.V.

Seit dem 19. Jahrhundert bereits regelt das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) das faire Miteinander von Wettbewerbern. Dabei berücksichtigte es von Anfang an auch die Beziehung der Unternehmer zu ihren Marktpartnern, seien es Mitbewerber, seien es aber auch Verbraucher.

Mittlerweile hat das UWG einige Reformen erlebt. Im Jahr 2001 wurde beispielsweise das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung abgeschafft. Was damals revolutionär war, ist uns heute längst vertraut und hat das Leben der Unternehmen erleichtert. Neue Spielräume für erfolgreiche Marketingmaßnahmen der Unternehmer sind entstanden.

Der Modernisierungsprozess wurde über die Jahre fortgesetzt. Auch für das Wettbewerbsrecht gilt: Nach der Reform ist vor der Reform. Während die EU ihre Idee eines harmonisierten Verbraucherschutzes energisch vorantreibt, verschafft auch der deutsche Gesetzgeber dem Verbraucherschutz immer mehr Geltung durch das UWG. Inzwischen ist dadurch ein selbst für UWG-Fachleute, Kommentatoren und Richter unübersichtliches Neben-, Mit- und Durcheinander verbraucher- und unternehmerschützender Vorschriften entstanden. So kann inzwischen fast jeder Verstoß gegen eine Verbraucherschutzvorschrift Grundlage für eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung werden. Eine Umfrage aller bayerischen IHKS bei Unternehmen im Jahr 2014 bestätigt, dass dies Abmahnmissbrauch begünstigt und die Unternehmen belastet. Ein Mehr an Verbraucherschutz wird dadurch in der Regel nicht erreicht. Stattdessen werden für einen effektiven Verbraucherschutz unersetzbare Mitstreiter, die ehrbaren Kaufleute, Opfer von zum Missbrauch einladenden Vorschriften.

Wir sind deshalb sehr stolz, dass Herr Professor Dr. Ansgar Ohly von der Ludwig-Maximilians-Universität auf der Grundlage von persönlichen Gesprächen mit Unternehmensvertretern und den Ergebnissen o.g. Umfrage dieses Gutachten für den Bayerischen Industrie- und Handelskammertag e.V. (BIHK) ausgearbeitet hat. Er analysiert die Verschiebungen im Lauterkeitsrecht seit 2004 und gibt Empfehlungen für ein modernes, klar strukturiertes Lauterkeitsrecht. Unternehmerische Interessen sollen im UWG wieder eine Stimme haben.

Mit dem Gutachten setzen wir uns auf Landes-, Bundes- und EU-Ebene nachdrücklich für ein wettbewerbsfähiges Wirtschaftsrecht ein.

Dr. Eberhard Sasse

Peter Driessen

# 2

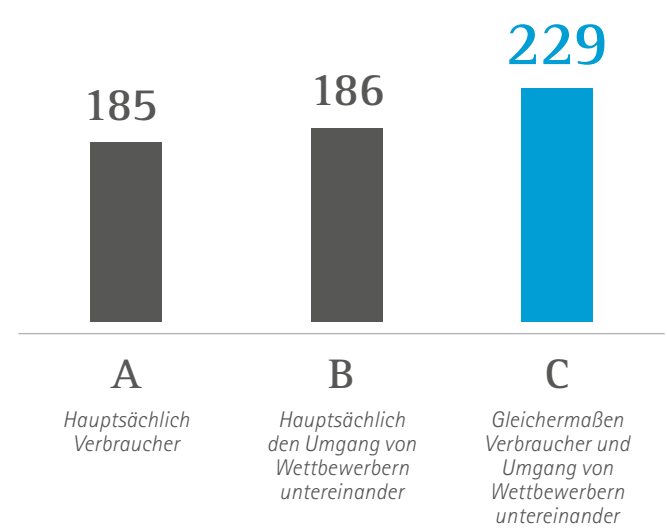
## 2 | Bayerische Unternehmerumfrage zum Wettbewerbsrecht

In Vorbereitung des Gutachtens von Professor Ohly haben die bayerischen IHKs eine große Zahl von Unternehmerinnen und Unternehmern um ihre Meinung zu einem effektiven und zeitgemäßen Wettbewerbsrecht gebeten. Das Ergebnis zeigt: Die bayerischen Unternehmen bekennen sich zu Verbraucherschutz und lauterem Wettbewerb. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) begreifen sie grundsätzlich als notwendigen und effektiven Rahmen für ihre unternehmerische Tätigkeit.

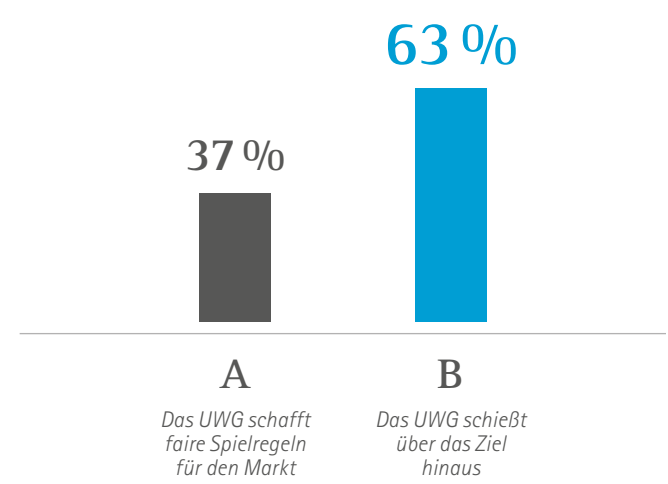
Allerdings wurde auch Kritik geäußert hinsichtlich der vielen und zu rigoros abmahnfähigen Verbraucherschutzvorschriften und damit verbundenen Unternehmerpflichten, die unternehmerisches Handeln zunehmend erschweren.

Vor diesem Hintergrund sollte darauf hingewirkt werden, dass eine anstehende erneute Änderung des UWG Mitbewerberinteressen nicht noch stärker unter den Vorbehalt des Verbraucherschutzes stellt.

### Wen schützt das UWG?

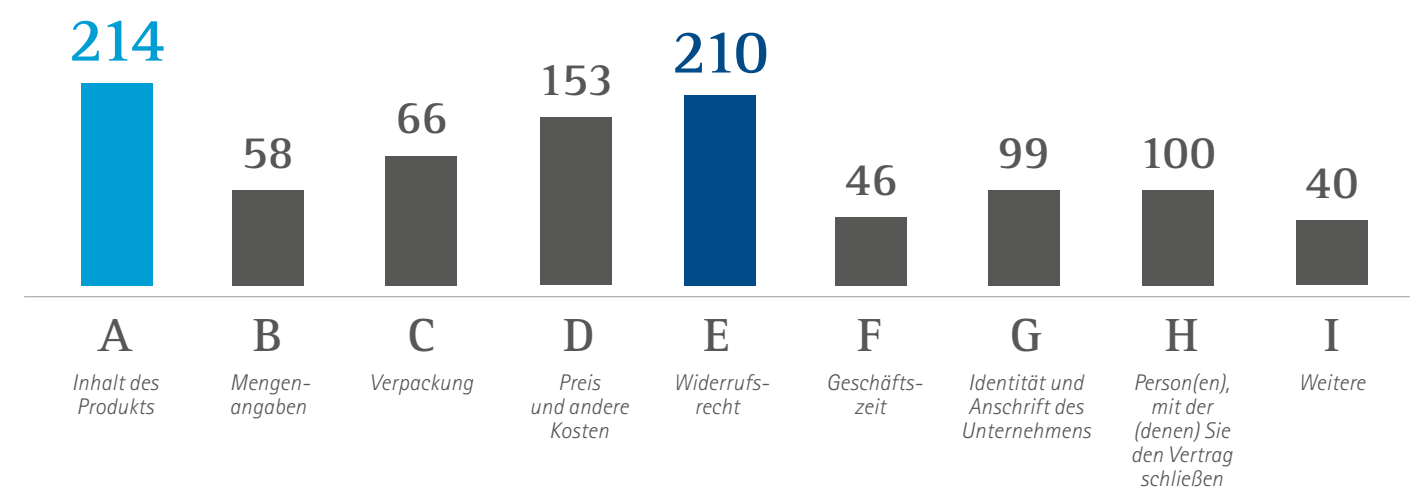


### Schafft das UWG faire Spielregeln oder schießt es über sein Ziel hinaus?

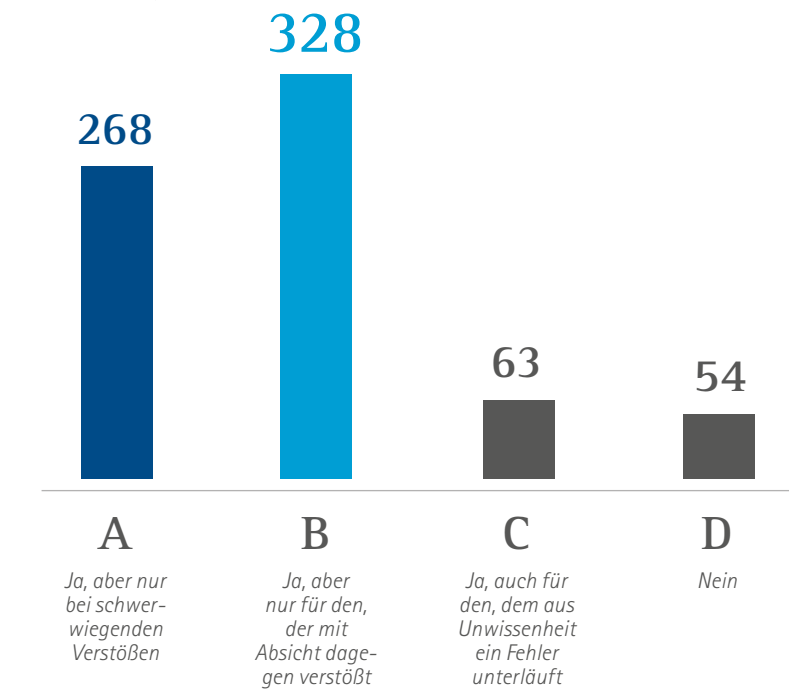


### Welche Verbraucherschützenden Vorschriften belasten Sie am meisten?

Informationspflichten zu ...



### Sollten Verstöße gegen diese Vorschriften rechtliche Konsequenzen haben?





## 3 | Empfehlungen zur Änderung des UWG

Bayerische Unternehmer bekennen sich zu Verbraucherschutz und lauterem Wettbewerb. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) sehen sie als notwendigen und effektiven Rahmen für ihre unternehmerische Tätigkeit. Diese kann allerdings durch zu rigorosen Verbraucherschutz behindert werden. Aus diesem Grund sollte die geplante Änderung des UWG darauf abzielen, Mitbewerberinteressen nicht noch stärker unter den Vorbehalt des Verbraucherschutzes zu stellen.

Viele können mithelfen, dieses Ziel zu erreichen. So richten sich die herausgearbeiteten Empfehlungen neben dem Bundesgesetzgeber auch an die Rechtsprechung und die EU-Gesetzgeber.

3

### 1 Der Mitbewerberschutz

sollte auf EU-Ebene mehr in den Fokus gerückt werden. Mitbewerberschutz und Verbraucherschutz sollten im von der EU harmonisierten Wettbewerbsrecht gleichrangig sein.

Detaillierte Ausführung der Empfehlung siehe Gutachten von Professor Ohly, → Seite 14 ff (Kapitel II).

### 2 Informationspflichten

sollten auf ein notwendiges Maß beschränkt werden. Insbesondere dürfen neue Informationspflichten kein Reflex des Gesetzgebers auf Vollzugsdefizite bereits bestehender Vorschriften sein. Nur Informationspflichtenverstöße, die spürbar die Verbraucherentscheidung beeinflussen und somit Marktrelevanz haben, sollten abmahnfähig sein. Bei Informationspflichten auf unionsrechtlicher Grundlage ist § 5a UWG, nicht § 4 Nr. 11 UWG anzuwenden.

Detaillierte Ausführung der Empfehlung siehe Gutachten von Professor Ohly, → Seite 19 ff (Kapitel III, Punkt 2).

### 3 Die Regelung der Rechtsfolgen

bei Verstößen gegen verbraucherschützende Normen außerhalb des UWG sollte weitestgehend in den jeweiligen Sondergesetzen erfolgen. Nicht in jedem Fall bedarf es einer Konkurrenten- und Verbandsklage. Die Verlagerung des Vollzugs auf das Lauterkeitsrecht kann eine abgewogene und sachgerechte Entscheidung im Rahmen des Verwaltungsermessens verhindern. Zivilrechtliche Ansprüche wegen Verstößen gegen verbraucherschützende Normen sollten nur dann bestehen, wenn Verbraucherinteressen erheblich beeinträchtigt sind.

Detaillierte Ausführung der Empfehlung siehe Gutachten von Professor Ohly, → Seite 23 ff (Kapitel III, Punkt 3).

### 4 Zeitgemäßes Marketing

sollte in der Praxis umsetzbar sein. Die entsprechenden Regelungen im Datenschutz- und Werberecht sollten systematisch geordnet und angepasst werden.

Detaillierte Ausführung der Empfehlung siehe Gutachten von Professor Ohly, → Seite 26 (Kapitel III, Punkt 4).

### 5 Eine deutlichere Trennung von Verbraucher- und Mitbewerberschutz

kann die Übersichtlichkeit des UWG verbessern. So kann der Verbraucherschutz der UGP-RL gerecht werden. Zugleich wird verdeutlicht, dass der Mitbewerberschutz nicht unter dem Vorbehalt des Verbraucherschutzes steht. Für die Abgrenzung sollte nicht maßgeblich sein, an wen sich eine geschäftliche Handlung richtet, sondern wessen Interessen sie verletzt.

Detaillierte Ausführung der Empfehlung siehe Gutachten von Professor Ohly, → Seite 29 (Kapitel IV).

## 4 | Gutachten

Der Schutz unternehmerischer Interessen  
im Lauterkeitsrecht



*Gutachten erstattet im Auftrag  
des Bayerischen Industrie- und  
Handelskammertages e. V.*

*Prof. Dr. Ansgar Ohly,  
LL.M. (Cambridge)  
Ludwig-Maximilians-Universität  
München*



## Der Schutz unternehmerischer Interessen im Lauterkeitsrecht

# 4

### I. Einleitung und Problemaufriss

- Das UWG schützt die Interessen der Mitbewerber, der Marktgegenseite (Verbraucher und sonstige Abnehmer) und der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 UWG). Das deutsche Lauterkeitsrecht bekennt sich damit zu einem integralen oder monistischen Konzept und unterscheidet, anders als etwa das französische Recht,<sup>1</sup> nicht zwischen mitbewerberschützendem Sonderdeliktsrecht und Verbraucherschutzrecht. Mitbewerber- und Verbraucherinteressen sind nach der Konzeption des deutschen Rechts grundsätzlich gleichwertig.<sup>2</sup> Weder ist der Verbraucherschutz bloßer Schutzreflex des Mitbewerberschutzes, noch steht der Mitbewerberschutz unter dem Vorbehalt des Verbraucherschutzes.
- Die historische Wurzel des Lauterkeitsrechts ist der Schutz der Mitbewerber. Sowohl bei den Beratungen zum ersten UWG von 1896 als auch im Rahmen der UWG-Reform von 1909 wurde der Schutz „des Kaufmanns im Handelsverkehr“<sup>3</sup> als Zweck des Wettbewerbsrechts, der Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit hingegen lediglich als Schutzreflex verstanden.<sup>4</sup> Dementsprechend sah auch das UWG von 1909 nur eine Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern und gewerblichen Verbänden, nicht hingegen von Verbrauchern oder Verbraucherverbänden vor. Noch 1929 bezeichnete es Baumbach als „grundlegenden, nicht auszurottenden Irrtum, dass das deutsche Wettbewerbsrecht auch das Publikum, den Verbraucher schütze“.<sup>5</sup>
- Art. 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ), der im Rahmen der Brüsseler PVÜ-Revision im Jahre 1900 eingeführt wurde, verpflichtet die Verbandsländer dazu, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, verstanden als Verstoß gegen „die anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel“, zu sichern. Auch hier steht der Mitbewerberschutz im Vordergrund, denn die PVÜ ist Teil des internationalen gewerblichen Rechtsschutzes und dient dem Schutz der Gewerbetreibenden.<sup>6</sup>
- Allerdings zeichnete sich schon zu Beginn der 1930er-Jahre ein Funktionswandel des Lauterkeitsrechts ab. Das RG erkannte zunehmend an, dass „die Vorschriften gegen unlautere Reklame (...) neben dem Schutz des Konkurrenten und der Reinhaltung des öffentlichen gewerblichen Verkehrs dem Interesse des Publikums dienen“.<sup>7</sup> Auf die Mitte der 1930er-Jahre erschienenen Arbeiten Eugen Ulmers<sup>8</sup> geht das sozialrechtliche Verständnis des UWG zurück, dem zufolge das Lauterkeitsrecht über den für das Deliktsrecht typischen Individualschutz hinausgeht und auch Allgemeininteressen und kollektive Verbraucherinteressen schützt. Die Einführung der Anspruchsberechtigung für Verbraucherverbände 1965 verhalf dem Verbraucherschutz als eigenem Schutzzweck des UWG endgültig zum Durchbruch. Dennoch ist in der Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu beobachten, dass die Rechtsprechung auch verbraucherschützende Tatbestände wie das Verbot irreführender und aggressiver Praktiken stark aus dem Blickwinkel des Konkurrentenschutzes betrachtet und dem unlauteren Vorsprung, den ein Unternehmer durch eine sittenwidrige Einwirkung auf Verbraucher erlangt, großes Gewicht beimisst.<sup>9</sup>

- Vgl. zum Dualismus des französischen Rechts Lucas-Schloetter, in: Schmidt-Kessel/Schubmehl, Lauterkeitsrecht in Europa (2011), S. 237 f.
- Begr. RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 16; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Aufl. (2015), § 1 Rn. 45; Sosnitzer, in: Ohly/Sosnitzer, UWG. 6. Aufl. (2014), § 1 Rn. 10.
- RG St 45, 355 (361) – Futterkalk; RG MuW XXIII (1923) 91 (93).
- v. Stechow, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 (2002), S. 192; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 2), Einf. A Rn. 31.
- Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht (1929), S. 128 f.
- Henning-Bodewig, GRUR Int. 2013, 1 (2).
- RGZ 108, 272 (274) – Merx; RGZ 128 330 (342 f.) – Graf Zeppelin; Plager, Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts: Entwicklung und Entfaltung zwischen 1909 und 2004 (2010), S. 129 ff.
- Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht (1932) und GRUR 1937, 769 (772 f.).
- Plager (Fn. 7), S. 289 ff., 310.

## 4

- 10 Ohly, GRUR 2004, 889 (894 ff.) und in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 2), Einf. A Rn. 45 ff., jeweils mwN.
- 11 Begr. RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 12 f.
- 12 Begr. RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 13; Ohly, GRUR 2004, 889 (895); Lettl, GRUR 2004, 449 ff.; a.A. Engels/Salomon, WRP 2004, 32.
- 13 S. unten, Rn. 14 ff.
- 14 S. unten, Rn. 36 ff.
- 15 Glöckner, GRUR 2013, 568 (569); Ohly, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 2), § 4 Rn. 11/3.
- 16 S. unten, Rn. 47 ff.
- 17 Hierzu unten, Rn. 69 ff.

- 5 Die UWG-Reform von 2004 verfolgte die Zwecke der Kodifizierung des bisherigen Richterrechts und der Liberalisierung.<sup>10</sup> In § 1 UWG wurde die Schutzzwecktrias kodifiziert und damit auch der Verbraucher als Schutzsubjekt erstmals erwähnt.<sup>11</sup> Eine Verschiebung des Lauterkeitsrechts weg vom Unternehmens- und hin zum Verbraucherschutz war mit der Reform jedoch nicht beabsichtigt.<sup>12</sup> Im Gegenteil war der Gesetzgeber bemüht, in § 4 UWG die bisherigen Fallgruppen der Rechtsprechung aufzugreifen und das bisherige Recht allenfalls behutsam zu liberalisieren.
- 6 Allerdings hat die Verabschiedung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) im Jahre 2005 und deren Umsetzung ins deutsche Recht im Jahre 2008 zu einer problematischen Verschiebung der Gewichte geführt. Weil auf EU-Ebene das konkurrentenschützende Lauterkeitsrecht nur teilweise harmonisiert wurde, leidet das Europarecht unter einer einseitigen Perspektive.<sup>13</sup> Vom Sonderfall der vergleichenden Werbung abgesehen wird die Lauterkeit geschäftlicher Handlungen von Unternehmern gegenüber Verbrauchern (B2C) einseitig nur danach beurteilt, ob diese Handlungen Verbraucherinteressen beeinträchtigen. Zugleich wird durch den Grundsatz der Vollharmonisierung der Spielraum der Mitgliedstaaten eingeschränkt, den Mitbewerberschutz in diesen Fällen autonom zu regeln. Dieser Aspekt wird in Teil II dieses Gutachtens näher untersucht.
- 7 Auch im deutschen Lauterkeitsrecht lässt sich seit der Umsetzung der UGP-RL im Jahre 2008 eine Akzentverschiebung hin zum Verbraucherschutz beobachten, die sich vor allem in drei Bereichen zeigt. Erstens wurde mit § 5a UWG ein neuer Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen eingeführt, der insbesondere sämtliche unionsrechtlich begründeten Informationspflichten für wesentlich erklärt. Die strikte Auslegung dieser Vorschrift durch die Rechtsprechung<sup>14</sup> hat mittlerweile dazu geführt, dass die Verletzung europarechtlicher Unionspflichten auch in Bagatelldfällen regelmäßig zur Unlauterkeit führt. Zweitens hat sich der Charakter des Rechtsbruchtatbestands (§ 4 Nr. 11 UWG) gewandelt. Hatte er vor 2004 weitgehend die Funktion, gleiche Bedingungen für alle Mitbewerber (par conditio concurrentium) zu sichern,<sup>15</sup> so dient er mittlerweile im Wesentlichen der Durchsetzung außerlauterkeitsrechtlicher Verbraucherschutznormen. Auch unter § 4 Nr. 11 UWG besteht regelmäßig ein Automatismus: Jede Verletzung einer Marktverhaltensregelung ist praktisch unlauter, unabhängig von der Marktrelevanz des Verstoßes.<sup>16</sup> Drittens ist die Regulierung der Telefon- und E-Mail-Werbung in mehreren Stufen verschärft worden.
- 8 Sämtliche der genannten Entwicklungen haben dazu geführt, dass das Lauterkeitsrecht die Geschäftstätigkeit vor allem kleinerer und mittlerer Unternehmen behindert. Es fällt Unternehmern angesichts intransparenter und schwer auffindbarer Rechtsnormen schwer, sich vollständig rechtmäßig zu verhalten, doch auch unwesentliche Verstöße werden von Mitbewerbern, Verbänden und Verbraucherschutzorganisationen strikt mit kostenpflichtigen Abmahnungen verfolgt. In einer Umfrage, die zur Vorbereitung dieses Gutachtens unter den Mitgliedern der bayerischen IHKs durchgeführt wurde, waren 63 % der Befragten der Ansicht, das UWG schaffe keine fairen Spielregeln für den Markt, sondern schieße über sein Ziel hinaus und schade Unternehmerinteressen. Diese Behinderung der unternehmerischen Tätigkeit durch zu rigorosen lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz wird in Teil III dieses Gutachtens untersucht, wobei zunächst die Ergebnisse der genannten Umfrage referiert, anschließend die genannten drei Problemfelder rechtlich analysiert werden.

- 9 Das UWG steht vor seiner nächsten Änderung. Während das UWG von 1909 fast hundert Jahre im Wesentlichen unverändert überstanden hat, ist es nach der „großen“ UWG-Reform von 2004 schon 2008 erneut zu einer grundlegenden Reform gekommen, weil die UGP-RL umgesetzt werden musste. Derzeit steht eine weitere Änderung bevor, weil die Kommission die Umsetzung als unzureichend gerügt hat. Dabei besteht die Gefahr, dass Mitbewerberinteressen noch stärker unter den Vorbehalt des Verbraucherschutzes gestellt werden.<sup>17</sup> Eine stärkere Trennung von mitbewerber- und verbraucherschützenden Vorschriften unter dem gemeinsamen Dach der Schutzzwecktrias würde demgegenüber dazu beitragen, die ursprüngliche Balance wiederherzustellen. Diese Überlegungen de lege ferenda stehen im Mittelpunkt des Teils IV. Jeder der folgenden Teile endet mit Empfehlungen an Gesetzgebung und Rechtsprechung.



## 4

## II. Der unionsrechtliche Rahmen

## 1. Überblick

- 18 Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317 (1324).
- 19 EuGH GRUR 2002, 599 Rn. 52 – VTB-VAB/Total Belgium; EuGH GRUR 2011, 76 Rn. 30 – Mediaprint.
- 20 EuGH GRUR 2009, 599 – VTB-VAB/Total Belgium.
- 21 EuGH GRUR 2011, 76 – Mediaprint.
- 22 EuGH GRUR 2010, 244 – Plus Warenhandelsgesellschaft.
- 23 Egrd. 6 S. 3 UGP-RL.
- 24 Art. 4 WerbeRL.
- 25 KOM (2013) 813 endg. – 2013/0402 (COD).
- 26 KOM (2013) 37 endg. – Ratsdok. 5855/13.
- 27 Vgl. die kritische Stellungnahme des MPI (Hilty/Henning-Bodewig/Podszun), IIC 2013, 701.
- 28 Ebenso Beater, Unlauterer Wettbewerb (2011), Rn. 661 ff.; Micklitz, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (2006), EG D Rn. 94.
- 29 Eine Ausnahme stellt Art. 4 WerbeRL dar, der im Bereich der vergleichenden Werbung den Konflikt zwischen Werbendem und Mitbewerber unter Berücksichtigung des Verbraucherinteresses löst, vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 1 Rn. 47; Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 6 Rn. 2, 7 mwN.
- 30 Vgl. EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 62 ff. – Promusicae/Telefónica; BGH GRUR 2012, 382 Rn. 42 ff. – SA-BAM/Netlog; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 46 ff. – UPC Telekabel/Constantin Film.
- 31 EuGH GRUR 2013, 1140 Rn. 54 ff. – Martin Y Paz/Gauquie.
- 32 Vgl. statt vieler Leistner, GRUR 2014, 1145 ff. mwN.
- 10 Die Mütter und Väter des UWG von 2004 hatten gehofft, mit dem neuen, modernen Gesetz auch die europäische Rechtsentwicklung beeinflussen zu können.<sup>18</sup> Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt. Nur ein Jahr nach dem neuen deutschen UWG trat die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) in Kraft. Während noch die Richtlinie über irreführende Werbung von 1984, die 1997 um Vorschriften über die vergleichende Werbung ergänzt wurde, ein ausdrückliches Bekenntnis zur Schutzzwecktrias enthielt, ist die UGP-RL eine reine Verbraucherschutzrichtlinie. Der Grund für diese Trennung war pragmatischer Natur: Zum einen waren innerhalb der Kommission unterschiedliche Generaldirektionen für den Verbraucherschutz und den Binnenmarkt zuständig, zum anderen ließ sich im Bereich des Verbraucherschutzes leichter ein politischer Konsens erzielen.
- 11 Die UGP-RL zielt innerhalb ihres Anwendungsbereichs auf eine vollständige Harmonisierung.<sup>19</sup> Die Mitgliedstaaten dürfen also weder strengere noch liberalere Regelungen vorsehen. Die bisherigen Leitentscheidungen des EuGH betrafen weitgehend nationale Per-se-Verbote, also Vorschriften, die bestimmte Geschäftspraktiken unabhängig von ihrer Auswirkung auf Verbraucher im konkreten Fall verbieten. Derartige Per-se-Verbote dürfen die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht mehr vorsehen, sofern die betreffende Verhaltensweise nicht im Anhang zur Richtlinie (der „schwarzen Liste“) von Unionsrechts wegen unter allen Umständen verboten ist. Insbesondere dürfen die Mitgliedstaaten keine absoluten Kopplungsverbote,<sup>20</sup> Zugabeverbote<sup>21</sup> oder Verbote der Kopplung von Warenansatz und Gewinnspiel<sup>22</sup> anordnen.
- 12 Der Mitbewerberschutz wird von der UGP-RL ausgeklammert. Zwar erkennt Egrd. 6 an, dass unlautere Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern mittelbar auch Mitbewerber betreffen, dieser Schutz ist aber ein reiner Reflex, der in den Bestimmungen der Richtlinie nicht aufgegriffen wird. Verhaltensweisen, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder die sich an Gewerbetreibende richten, werden von der UGP-RL nicht erfasst und können von den Mitgliedstaaten autonom geregelt werden.<sup>23</sup>
- 13 Das mitbewerberschützende Lauterkeitsrecht wurde auf EU-Ebene bisher nur zu einem kleineren Teil harmonisiert. Der Schutzzweck der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung von 1984/1997 (WerbeRL) wurde durch die UGP-RL auf den Schutz von Gewerbetreibenden verengt; 2006 wurde die WerbeRL als Richtlinie des Mitbewerberschutzes neu verkündet. Die Richtlinie verbietet die irreführende Werbung im B2B-Geschäftsverkehr, setzt insoweit allerdings nur einen recht unbestimmten Mindeststandard. Lediglich die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung werden detailliert und abschließend harmonisiert.<sup>24</sup> Im November 2013 hat die Kommission den Entwurf einer Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vorgelegt.<sup>25</sup> Ein 2013 vorgelegtes „Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa“<sup>26</sup> verfolgt eine unklare Zielsetzung, scheint aber in erster Linie das Kartell- und das Vertragsrecht zu betreffen.<sup>27</sup> Im Übrigen bleibt der lautereitsrechtliche Schutz von Mitbewerberinteressen Angelegenheit des nationalen Rechts. Nicht harmonisiert wurden insbesondere bisher der Schutz des guten Geschäftsrufs außerhalb von vergleichender Werbung, der Schutz nicht eingetra-

gener Kennzeichen, das Recht der unlauteren Produktnachahmung und der Schutz von Unternehmen gegen Behinderung außerhalb des Kartellrechts.

## 2. Problematische Dominanz der Verbraucherschutzrechtlichen Perspektive auf EU-Ebene

- 14 Die einseitige Fokussierung des Unionsrechts auf den Verbraucherschutz ist problematisch, weil sie dazu führt, dass Mitbewerberinteressen teilweise aus der Beurteilung ausgeblendet werden.<sup>28</sup>
- 15 Charakteristisch für das Lauterkeitsrecht ist, wie § 1 UWG zeigt, ein Interessendreieck. In fast allen Fällen, in denen Bedarf nach einer lautereitsrechtlichen Bewertung besteht, geht es um die Beurteilung einer Handlung, die ein Unternehmer vornimmt, die ein Mitbewerber ablehnt und die sich mehr oder weniger auf die Marktgegenseite auswirkt. Meist lässt sich die Interessenlage nicht sinnvoll auf Zweipersonenverhältnisse reduzieren. Vor allem lässt sich der Mitbewerberschutz vom Verbraucherschutz nicht durch die Zielrichtung der Handlung abgrenzen. Keineswegs ist der Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) Domäne des Verbraucherschutzes und der Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen (B2B) der Bereich des Mitbewerberschutzes. Alle Fallgruppen des Mitbewerberschutzes, die das UWG kennt, umfassen in wesentlichen Teilen verbrauchergerichtete Handlungen. Herabsetzungen und Anschwärmungen (§ 4 Nr. 7, 8 UWG) erfolgen oft in der Publikumswerbung, nachgeahmte Produkte (§ 4 Nr. 9 UWG) werden häufig Verbrauchern angeboten und die meisten Fälle der Vertriebsbehinderung (§ 4 Nr. 10 UWG) betreffen die Absatzbemühungen des betroffenen Unternehmers gegenüber Verbrauchern.
- 16 Das gegenwärtige EU-Recht hat aber die Tendenz, das B2C-Lauterkeitsrecht als alleinigen Anwendungsbereich des Verbraucherschutzrechts anzusehen. Das wird schon im Titel der (rein verbraucherschützenden) UGP-RL deutlich: „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern“. In diesem Verhältnis besteht auch ein Bedürfnis nach Mitbewerberschutz, den die UGP-RL aber ausblendet. Dadurch kann es in dreifacher Hinsicht zu einer Vernachlässigung von Mitbewerberinteressen kommen.
- 17 Erstens stehen Verbraucher- und Mitbewerberinteressen auf EU-Ebene nicht gleichrangig nebeneinander.<sup>29</sup> Wenn zwei Schutzzwecke miteinander kollidieren, die beide unionsrechtlich anerkannt und ausgeformt sind, so ist der Gerichtshof zu einer Interessenabwägung bereit – ein Paradebeispiel ist der Konflikt zwischen der effektiven Durchsetzung des Urheberrechts und dem Datenschutz.<sup>30</sup> Sobald aber eine unionsrechtlich ausgeformte Rechtsmaterie mit einem Schutzzweck kollidiert, dessen Ausgestaltung bisher dem nationalen Recht überlassen bleibt, so entscheidet der EuGH tendenziell integrationsfreundlich und neigt dazu, den Bereich harmonisierten Rechts zulasten des rein nationalen Rechts auszudehnen. Beispielsweise hat der EuGH auf nationales Lauterkeitsrecht gestützte Einwände gegen den Vorwurf der Verletzung des (harmonisierten) Markenrechts nicht zugelassen;<sup>31</sup> auch in der urheberrechtlichen Rechtsprechung zeigt sich eine proaktive, harmonisierungsfreundliche Tendenz.<sup>32</sup> Sobald im Lauterkeitsrecht die Verbraucher- und Mitbewerberinteressen nicht identisch sind, handelt es sich aus unionsrechtlicher Sicht um einen Konflikt zwischen harmonisiertem und nationalem Recht, sodass die latente Gefahr besteht, dass der Verbraucherschutz integrationsfreundlich und damit zulasten des Mitbewerberschutzes übermäßig gewichtet wird.



## 4

- 33 Egrd. 6 S. 3 UGP-RL.  
 34 EuGH GRUR 2011, 76 Rn. 21 – Mediaprint.  
 35 BT-Drucks. 16/10145, S. 17 (für § 4 Nr. 9 UWG).  
 36 BGH GRUR 2012, 74 Rn. 28 – Coaching-Newsletter (zu § 4 Nr. 7 UWG); BGH GRUR 2010, 80, Rn. 17 – LIKE-aBI-KE; BGH GRUR 2012, 58 Rn. 40 – Seilzirkus (zu § 4 Nr. 9 UWG); BGH GRUR 2010, 346 Rn. 10 – Rufumleitung (zu § 4 Nr. 10 UWG).  
 37 So, wenn auch mit Differenzierungen, Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 4 Rn. 7/2; 9/10; 10/5; anders aber für § 4 Nr. 8 UWG Köhler, WRP 2012, 638 (645); Ohly, aaO., Rn. 8/3.  
 38 S. immerhin EuGH GRUR Int. 2013, 936 Rn. 31 – Euronics Belgium/Kamera Express: belgisches Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis richtlinienwidrig, „sofern diese Vorschrift dem Verbraucherschutz dienen soll“; vgl. dazu auch Glöckner, WRP 2014, 1399 (1401).  
 39 Glöckner in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. (2013), Einl. B Rn. 240 ff.  
 40 Hierzu ausführlich Ohly, FS Bornkamm (2014), S. 423 ff.; Sack, GRUR 2014, 609 ff.  
 41 BGH GRUR 2003, 628 – Klosterbrauerei; BGH GRUR 1999, 251 (252) – Warsteiner I; BGH GRUR 2002, 160 (163) – Warsteiner III.  
 42 BGH GRUR 2013, 397 Rn. 41 ff. – Peek & Cloppenburg III; BGH GRUR 2013, 1161 Rn. 62 ff. – Hard Rock Café.  
 43 BGH GRUR 2011, 166 Rn. 23 – Rote Briefkästen.  
 44 Vgl. die Nachw. bei Ohly und Sack, Fn. 40.  
 45 Die Vereinbarkeit bezweifelnd Dreyer, in: Harte/Hennig (Fn. 39); § 5 B, Rn. 197 ff.; dagegen, aber ebenfalls mit Begründungsschwierigkeiten Ohly, FS Bornkamm (2014), S. 423 (428 ff.); vgl. auch BGH GRUR 2013, 397 Rn. 44 – Peek & Cloppenburg.  
 46 Etwa in Frankreich oder Großbritannien, vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, Einf. B Rn. 39, 41.  
 47 Art. 13 UGP-RL.  
 48 Hierzu unten, Rn. 69 ff.

- 18 Das zeigt sich, zweitens, am Anwendungsbereich der UGP-RL und an ihrer Auslegung durch den EuGH. Zwar klammert die UGP-RL Handlungen gegenüber Verbrauchern aus, die lediglich Interessen der Konkurrenten schädigen – sie können nach wie vor von den Mitgliedstaaten eigenständig geregelt werden.<sup>33</sup> Doch Regelungen, die sowohl Verbraucher- als auch Mitbewerberinteressen schützen, sollen nach der Rechtsprechung des EuGH in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen und dem Prinzip der Vollharmonisierung unterliegen.<sup>34</sup> Es gibt aber etliche Handlungen, in denen der Mitbewerberschutz eine selbstständige Bedeutung hat und nicht lediglich reflexartig dem Verbraucherschutz folgt. Beispiele sind eine Herabsetzung (§ 4 Nr. 7 UWG), die auch das Entscheidungsverhalten der Verbraucher beeinflusst, eine Anschwärzung (§ 4 Nr. 8 UWG) in der Verbraucherwerbung, das Hervorrufen einer vermeidbaren Herkunftstäuschung durch den Vertrieb nachgeahmter Produkte (§ 4 Nr. 9a UWG) und verschiedene Formen der Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG), z.B. die Verleitung von Verbrauchern zum Vertragsbruch. Die Rechtsprechung des EuGH lässt es zumindest nicht als ausgeschlossen erscheinen, dass die UGP-RL in diesen Fällen anwendbar ist. Wenn das der Fall ist, dann sind die genannten Handlungen nur unlauter, wenn sie sich nachteilig auf das Entscheidungsverhalten der Verbraucher auswirken. Das mag bei §§ 4 Nr. 8 und 9a UWG zu sachgerechten Ergebnissen führen, bei § 4 Nr. 7 und 10 UWG würde es den Mitbewerberschutz aber einschränken. Nach der Begründung zum UWG 2008<sup>35</sup> und nach bisheriger deutscher Rechtsprechung<sup>36</sup> greift die Richtlinie in diesen Fällen nicht ein, weil § 4 Nr. 7–10 UWG nur Mitbewerber schützt. Das kann man mit guten Gründen so sehen,<sup>37</sup> aber es ist fraglich, ob der EuGH den Mitgliedstaaten die Entscheidungshoheit darüber belässt, welche Vorschriften ausschließlich mitbewerberschützender Natur sind.<sup>38</sup> In allen genannten Fällen handelt es sich im Ergebnis um Vorschriften mit Doppelfunktion, die möglicherweise in den Anwendungsbereich der UGP-RL fallen. Jedenfalls hat die Richtlinie überschießende Tendenz:<sup>39</sup> Indem sie generell den B2C-Geschäftsverkehr regelt, berührt sie auch Fälle verbrauchergerichteten Handelns, in denen der Mitbewerberschutz im Vordergrund stehen müsste. Die UGP-RL erlaubt es aber nicht, Mitbewerberinteressen in die lauterkeitsrechtliche Beurteilung einzubeziehen.
- 19 Drittens kann aber auch umgekehrt ein Konflikt zwischen rigorosem Verbraucherschutz und Mitbewerberinteressen bestehen. In einigen Fällen hat die deutsche Rechtsprechung unter § 5 UWG zu Recht eine Abwägung zwischen Irreführungsschutz und gegenläufigen Interessen zugelassen.<sup>40</sup> So ist eine geringfügige Irreführungsschutzgefahr hinzunehmen, wenn andernfalls ein wertvoller Besitzstand eines Unternehmers zerstört würde.<sup>41</sup> Auch können die Wertungen des Kennzeichenrechts im Einzelfall den Irreführungsschutz beschränken.<sup>42</sup> Schließlich darf der Irreführungsschutz im Fall der Deregulierung von Märkten, die zuvor von einem Staatsbetrieb kontrolliert wurden, nicht dazu führen, dass die Erwartung des Verbrauchers, es gebe nur den Staatsmonopolisten, auch unter Wettbewerbsbedingungen geschützt wird.<sup>43</sup> Es entspricht zwar der h.M., dass in diesen Fällen der Irreführungsschutz eingeschränkt werden kann,<sup>44</sup> mit der UGP-RL lässt sich diese richtige Ansicht aber nicht leicht vereinbaren,<sup>45</sup> weil die Richtlinie auf Tatbestandsseite keinen Abwägungsvorbehalt kennt. Allgemeiner gesprochen kann rigoroser Irreführungsschutz und vor allem die unbedingte Durchsetzung von Informationspflichten zu einer Behinderung gerade kleiner und mittlerer Unternehmen führen, obwohl das Informationsinteresse der Verbraucher möglicherweise sehr gering ist. In EU-Mitgliedstaaten, in denen lauterkeitsrechtliche Verbote durch Verwaltungsbehörden durchgesetzt werden,<sup>46</sup> kann sich die Behörde in diesen Fällen an dem in der UGP-RL ausdrücklich hervorgehobenen Verhältnismäßigkeitsgrund-

satz<sup>47</sup> orientieren und von einer Verfolgung absehen. Nach dem deutschen privatrechtlichen Modell besteht aber in jedem Fall ein Anspruch von Mitbewerbern, Verbänden und Verbraucherschutzorganisationen, weil auf Tatbestandsseite keine Interessenabwägung vorgesehen ist.

- 20 Die Kommission hat die Umsetzung der UGP-RL durch das UWG von 2008 als unzureichend gerügt und droht mit einem Vertragsverletzungsverfahren. Daher plant die Bundesregierung eine erneute Änderung des UWG. Ein Referentenentwurf liegt seit September 2014, ein Regierungsentwurf seit Januar 2015 vor.<sup>48</sup> Eine unmittelbare Veranlassung zur Änderung mitbewerberschützender Vorschriften besteht zwar nicht, dennoch beabsichtigt das BMJV, im Rahmen der Generalklausel (§ 3 UWG) stärker zwischen dem Verbraucher- und dem Mitbewerberschutz zu differenzieren. Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Doch wählt der Entwurf als Differenzierungskriterium zwischen Verbraucher- und Mitbewerberschutz die Abgrenzung zwischen verbrauchergerichteten (B2C) und mitbewerbergerichteten (B2B) Handlungen. Das greift, wie gesehen, zu kurz, weil wesentliche Fälle des Mitbewerberschutzes das B2C-Verhältnis betreffen. Dieser Aspekt wird in Teil IV näher erörtert.

### 3. Empfehlungen

- 21 Auf EU-Ebene sollte auch das mitbewerberschützende Lauterkeitsrecht harmonisiert und klargestellt werden, dass sämtliche Normen des Lauterkeitsrechts der Schutzzwecktrias unterliegen. Damit wäre sichergestellt, dass es sich beim Verbraucher- und beim Mitbewerberschutz um gleichrangige, gleichermaßen unionsrechtlich anerkannte Zielsetzungen handelt.
- 22 Solange ein solcher Konsens politisch nicht erreichbar ist, sollte zumindest die UGP-RL der Schutzzwecktrias unterstellt werden. Sowohl in der Präambel als auch in der Generalklausel (Art. 5 UGP-RL) sollte klargestellt werden, dass in die Beurteilung der Lauterkeit auch die Interessen von Mitbewerbern einfließen müssen. Das würde nicht zu einer grundlegenden Änderung der UGP-RL führen, weil in den Fällen irreführender und aggressiver Praktiken im Regelfall sowohl Verbraucher- als auch Mitbewerberinteressen beeinträchtigt sind und daher für ein Verbot sprechen. Aber es wäre gewährleistet, dass die Berücksichtigung von Mitbewerberinteressen auch im B2C-Geschäftsverkehr selbstständige Bedeutung hat.
- 23 Solange es nicht zu einer Harmonisierung des mitbewerberschützenden Lauterkeitsrechts gekommen ist, sollten die Mitgliedstaaten die Befugnis haben, selbst dann selbstständig mitbewerberschützende UWG-Normen zu erlassen, wenn diese Normen als Schutzreflex auch Verbraucherinteressen dienen. Erwägungsgrund 6 der UGP-RL ist entsprechend umzuformulieren: Die Mitgliedstaaten sollten nicht nur Praktiken regeln können, die „lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen“, sondern sollten Normen erlassen können, die ausschließlich oder vorwiegend dem Schutz von Mitbewerbern dienen.

## 4

### III. Beeinträchtigung von Unternehmerinteressen durch zu rigorosen Verbraucherschutz

#### 1. Tatsächliche Grundlagen: Umfrage unter bayerischen Unternehmen

- 49 Angeschrieben wurden 13.798 Unternehmen, 454 Fragebögen kamen als unzustellbar zurück.
- 50 Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), S. 425 ff.; Beater (Fn. 28), Rn. 1108 ff., 1439; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 21 ff.
- 51 Vgl. statt vieler Beater (Fn. 28), Rn. 566 mwN.
- 52 EuGH GRUR Int. 1979, 468 – Cassis de Dijon.
- 53 Vgl. den Überblick über die Rechtsprechung bei Heermann, Warenverkehrsfreiheit und deutsches Unlauterkeitsrecht (2004), Rn. 38 ff.; Beater (Fn. 28), Rn. 543 ff.; Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), Einf. C Rn. 19 ff.
- 54 EuGH NJW 1987, 1133 Rn. 35 – Kommission/Deutschland.
- 24 Zur Vorbereitung dieses Gutachtens wurde im Frühjahr 2014 eine Umfrage unter Unternehmen in den Bezirken der neun bayerischen IHKs durchgeführt, an der sich insgesamt 603 Unternehmen<sup>49</sup> beteiligt haben. Die Umfrage zielte auf ein Meinungsbild zur Frage, ob das gegenwärtige UWG einen fairen Ausgleich zwischen Verbraucher- und Unternehmerinteressen erreicht. Einzelfragen betrafen Informationspflichten, Telefonwerbung, E-Mail-Werbung und die Verfolgung von UWG-Verstößen. Die statistische Auswertung der Antworten findet sich im Anhang zu diesem Gutachten.
- 25 Zusammengefasst ergab sich folgendes Meinungsbild:
- Die Mehrzahl der Befragten sprach sich für eine Gleichgewichtung von Unternehmer- und Verbraucherinteressen aus.
  - Zahlreiche Informationspflichten wurden als belastend ausgemacht, insbesondere Pflichten zur Information über den Inhalt des Produkts, Widerrufsrechte und Preisangaben. Besonders Informationspflichten über den Energieverbrauch wurden verbreitet als problematisch hervorgehoben.
  - Die große Mehrheit der Befragten war der Ansicht, unlauteres Verhalten sollte Konsequenzen haben, doch waren die Befragten mit einer ebenso großen Mehrheit der Ansicht, dies sollte nur bei schwerwiegenden oder absichtlichen Verstößen der Fall sein.
  - Während sich jeweils eine Mehrheit der Befragten dafür aussprach, dass Verbraucher und Verbraucherverbände Verstöße gegen Verbraucherschutznormen verfolgen können, sprach sich nur ein Drittel für eine Verfolgungsbefugnis durch Mitbewerber aus.
  - Eine Mehrheit der Befragten (62 %) hatte bereits Schwierigkeiten mit Abmahnungen wegen unlauteren Wettbewerbs, wobei es sich nach der Selbsteinschätzung der Befragten oft um unberechtigte oder unverhältnismäßige Abmahnungen oder um Fälle handelte, in denen den Befragten die betreffende Regelung unbekannt war.
  - Bei der Telefon- und E-Mail-Werbung gegenüber Verbrauchern gab es eine mehrheitliche Zustimmung für das Einwilligungserfordernis des geltenden Rechts. Hingegen sprach sich bei der E-Mail-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden eine Mehrheit für eine liberalere Regelung aus, nach der eine E-Mail-Werbung zulässig ist, wenn der Empfänger seine Kontaktdaten zur Verfügung gestellt hat oder wenn sein Interesse im konkreten Fall erwartet werden kann.
  - Bei der abschließenden Gesamteinschätzung waren 63 % der Befragten der Ansicht, das UWG schieße über sein Ziel hinaus und schade Unternehmerinteressen.
- 26 Außerdem hatten die Befragten die Möglichkeit, ohne spezifische Frage auf Behinderungen ihrer geschäftlichen Tätigkeit durch das Lauterkeitsrecht einzugehen. Dabei wurde verbreitet über eine Vielzahl von Informationspflichten geklagt, die zu einem hohen Aufwand und zu Kosten für die juristische Beratung führten. Es bestehe Rechtsunsicherheit, es werde zu rigoros kostenpflichtig abgemahnt, die Rechtsordnung erwarte „dass man 100%ig perfekt ist“.

27 Die Umfrage kann nicht für sich in Anspruch nehmen, repräsentativ zu sein. Auch sprechen die Befragten natürlich in eigener Sache; eine Umfrage unter Verbraucherverbänden erbrächte andere Ergebnisse. Dennoch ergibt sich angesichts der doch recht hohen Anzahl an Teilnehmern ein aufschlussreiches Meinungsbild, das sich mit dem Eindruck einer Besprechung deckt, die im Frühjahr 2014 bei der IHK für München und Oberbayern mit Unternehmensvertretern durchgeführt wurde. Weit überwiegend wird anerkannt, dass Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb nötig sind und effektiv durchgesetzt werden müssen. Doch werden die bestehenden Verhaltenspflichten, vor allem die zahlreichen Informationspflichten, als bürokratisch und ausufernd empfunden. Gerade kleine und mittlere Unternehmen empfinden es zunehmend als schwierig, sich im Dschungel der Vorschriften zu orientieren. So entstehen Kosten für die Überwachung und für Rechtsrat. Kostenpflichtige Abmahnungen werden ausgesprochen, ohne dass die Relevanz des betreffenden Verhaltens überprüft wird. Teils werden diese Abmahnungen als schikanös empfunden. Es entsteht der Eindruck, als gebe es das im Urheberrecht viel diskutierte und dort verbreitet kritisierte Abmahnunwesen auch im Lauterkeitsrecht.

#### 2. Informationspflichten

- a) Unionsrechtlicher Rahmen
- 28 Die UGP-RL und zahlreiche andere EU-Rechtsakte beruhen auf dem Leitbild des mündigen Verbrauchers, der auf der Grundlage von Informationen seine Marktentscheidung trifft.<sup>50</sup> Diesem Postulat entspricht es, den Verbraucher nicht paternalistisch durch Verbote vor bestimmten Waren, Dienstleistungen oder Geschäftspraktiken zu schützen, sondern ihn so ausreichend zu informieren, dass er alle Vor- und Nachteile, alle Chancen und Risiken selbst abschätzen kann. Zu den rechtlichen Ausprägungen dieses Verbraucherleitbilds gehören neben dem Irreführungsverbot auch Informationspflichten.
- 29 Erheblichen Auftrieb erhielten Informationspflichten durch die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit zwischen ungefähr 1970 und 2000<sup>51</sup>. Zahlreiche nationale Beschränkungen des Warenverkehrs oder der Werbung gelangten zur Überprüfung vor den EuGH, der aufgerufen war, die Vereinbarkeit dieser Beschränkungen mit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit zu überprüfen. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit fehlt unter den Gründen für zulässige Beschränkungen zwar der Verbraucherschutz, der EuGH erkannte ihn aber in seiner Cassis de Dijon-Rechtsprechung als zwingendes Erfordernis an, das eine Beschränkung rechtfertigen kann.<sup>52</sup> Allerdings stehen die nationalen Beschränkungen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.<sup>53</sup> Wiederholt hielt der EuGH nationale Ge- und Verbote, beispielsweise das Reinheitsgebot für deutsches Bier,<sup>54</sup> im Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten für unverhältnismäßig, da mit Informationspflichten ein milderer Mittel zur Verfügung stehe. Ähnliches gilt für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit.
- 30 Mittlerweile ist die Masse an unionsrechtlichen Informationspflichten kaum noch überschaubar. Zunehmend werden Informationspflichten des deutschen Rechts durch unionsrechtliche Pflichten verdrängt, die sich in immer stärkerem Maße in Verordnungen finden, die nicht der nationalen Umsetzung bedürfen. Grob lassen sich dabei produktspezifische, medienpezifische und absatzbezogene Informationspflichten unterscheiden. Der Überblick fällt zunehmend schwer. Selbst den

## 4

- 55 Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 4 Rn. 11.123 übersah in der 32. Aufl. (mittlerweile korrigiert), dass für die Etikettierung von Kosmetika die Richtlinie 76/768/EWG mit Wirkung vom 11.7.2013 durch die Verordnung 1223/2009 ersetzt wurde; ich selbst habe in Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 4 Rn. 11/64 übersehen, dass an die Stelle des TextilkennzeichnungsG die VO 1007/2011 getreten ist.
- 56 Vgl. Leible/Schäfer, WRP 2012, 32 mwN.
- 57 Art. 7 Abs. 1 UGP-RL. Nach Ansicht des EuGH ergibt sich die Notwendigkeit einer gesonderten Relevanzprüfung unter Art. 6 UGP-RL aus der Systematik des Art. 5 Abs. 2 UGP-RL: EuGH GRUR 2014, 196 Rn. 30, 38 – Trento Sviluppo. Diese Begründung ist auf Art. 7 UGP-RL übertragbar.
- 58 BGH GRUR 1982, 437 (438 f.) – Test Gut; BGH GRUR 1985, 450 (451 f.) – Benzinverbrauch; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl. (1999), § 3 Rn. 48.
- 59 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.
- 60 Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 2014, 1180 (1181, zu § 5a).
- 61 BGH GRUR 2012, 842 Rn. 25 – Neue Personenkraftwagen.
- 62 BGH GRUR 2013, 1169 Rn. 19 – Brandneu von der IFA.
- 63 Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 5a Rn. 56; Peifer, in: Fezer, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. (2010), § 5a Rn. 4.
- 64 Harte/Henning/Dreyer (Fn. 2), § 5a Rn. 82; Glöckner, GRUR 2013, 568, 575; Köhler, WRP 2014, 259 Rn. 42 ff.; Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1224.
- 65 Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich, aber häufig werden § 4 Nr. 11 UWG und § 5a UWG parallel herangezogen, s. BGH GRUR 2010, 248 Rn. 16 f. – Kamera Kauf im Internet; BGH GRUR 2012, 842 Rn. 17 – Neue Personenkraftwagen.
- 66 OLG Hamm, 26.7.2012, Az. I-4 U 16/12, BeckRS 2012, 23071.

Verfassern der Standardkommentare zum UWG unterlaufen hier Fehler,<sup>55</sup> vor allem weil übersehen wird, dass nationales Recht seit der Voraufgabe durch Unionsrecht ersetzt wurde. Möchte ein Unternehmer sicherstellen, dass er alle Informationspflichten einhält, so sind seine Suchkosten erheblich. Auch ökonomisch wird das Übermaß an Information („information overload“) zunehmend kritisiert.<sup>56</sup> Wird der Verbraucher mit zu vielen Informationen überschwemmt, so nimmt er auch die darin enthaltenen wesentlichen Hinweise nicht mehr zur Kenntnis. Information ist wie Medizin: In der richtigen Dosis ist beides heilsam, in der Überdosis ist beides Gift.

- 31 Ins Lauterkeitsrecht rezipiert werden Informationspflichten auf EU-Ebene durch Art. 7 UGP-RL, der die irreführende Unterlassung der Irreführung durch aktives Tun gleichstellt. Als irreführende Unterlassung gilt das Vorenthalten von „unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentlichen Informationen (...), die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte.“ Die Wesentlichkeit wird durch eine Stufenleiter bestimmt, die von konkreten Anforderungen hin zu allgemeinen Vorgaben führt. Wesentlich sind demnach:
- Informationen, die das Unionsrecht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation verlangt; Anhang 2 der UGP-RL enthält insoweit eine nicht abschließende Liste (Art. 7 Abs. 5 UGP-RL);
  - Informationen zu insgesamt fünf Punkten – Merkmale des Produkts, Identität des Unternehmens, Preis, Leistungsbedingungen, Rücktritts- und Widerrufsrechte – die im Fall einer „Aufforderung zum Kauf“ gegeben werden müssen (Art. 7 Abs. 4 UGP-RL);
  - sonstige Informationen, die der Verbraucher nach Maßgabe der kleinen Generalklausel des Art. 7 Abs. 1, 2 UGP-RL benötigt.
- 32 Allerdings führt nicht schon jede Verletzung einer Informationspflicht nach der Konzeption der UGP-RL automatisch zur Unlauterkeit. Zum einen muss unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmittels bestimmt werden, ob die Information vorenthalten wurde. Zum anderen muss die Unterlassung geeignet sein, sich im konkreten Fall auf das Entscheidungsverhalten des Verbrauchers auszuwirken.<sup>57</sup>

#### b) Informationspflichten im UWG

- 33 Das UWG von 1909 enthielt keine eigene Vorschrift über die Verletzung von Informationspflichten oder die Irreführung durch Unterlassen. Zwar war anerkannt, dass der Tatbestand der irreführenden Werbung (§ 3 UWG 1909) auch durch Unterlassen verwirklicht werden konnte,<sup>58</sup> doch war vorwiegend die Fallgruppe des Rechtsbruchs (seit 2004 kodifiziert in § 4 Nr. 11 UWG), auf die unten näher einzugehen sein wird, Einfallstor für Informationspflichten ins Lauterkeitsrecht. Die Rechtsprechung zum Rechtsbruch wurde verbreitet dafür kritisiert, dass sie zur Verfolgung einer Fülle von Bagatelverstößen führte.
- 34 Nicht zuletzt als Reaktion auf diese Kritik wurde in der 2004 neu gefassten Generalklausel des § 3 UWG eine Spürbarkeitsschwelle eingefügt. Außerdem wurde erstmals im damaligen § 5 Abs. 2 S. 2 UWG die Irreführung durch Unterlassen geregelt. Ausdrücklich weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass § 5 UWG

auf die Generalklausel des § 3 UWG und damit auch auf die Spürbarkeitsschwelle verweist: „Hierdurch wird insbesondere die Verfolgung von Bagatelverstößen ausgeschlossen.“<sup>59</sup> Außerwettbewerbsrechtliche Informationspflichten wurden aber nach wie vor weitgehend über den Rechtsbruchtatbestand (§ 4 Nr. 11 UWG) ins UWG transportiert.

- 35 Im Zuge der Umsetzung der UGP-RL wurde 2008 mit § 5a UWG erstmals eine eigenständige Vorschrift zur Irreführung durch Unterlassen ins Gesetz aufgenommen. Die Bestimmung übernimmt den bisherigen § 5 Abs. 2 S. 2 UWG, fügt aber in Abs. 2-4 Vorschriften zur Umsetzung des Art. 7 UGP-RL, wenn auch in verschlankter Form, an. Ebenso wie gemäß Art. 7 UGP-RL führt nach dem Wortlaut des § 5a Abs. 2 UWG nicht schon das bloße Vorenthalten der Information zur Unlauterkeit. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers im Sinne des § 3 Abs. 2 UWG beeinflusst wird, dass er also zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es ist zu erwarten, dass im Zuge der bevorstehenden Anpassung des UWG an die UGP-RL der Verweis auf § 3 Abs. 2 UWG gestrichen und durch eine eigenständige Spürbarkeitsschwelle nach dem Vorbild des Art. 7 Abs. 1 UGP-RL ersetzt wird.<sup>60</sup> Das wäre eine willkommene Klarstellung, die in der Sache nichts ändert.
- 36 Der Verweis auf die Spürbarkeitsschwelle hat aber keine praktische Bedeutung erlangt, weil die Rechtsprechung bei Vorenthaltung unionsrechtlich vorgeschriebener Informationen die Spürbarkeit unwiderleglich vermutet. So führt das Fehlen von Angaben zu den CO<sub>2</sub>-Emissionen in einer Verkaufsanzeige für einen Pkw auf einer Internet-Plattform ebenso automatisch zur Unlauterkeit<sup>61</sup> wie die Angabe des Namens eines Elektrohändlers in einem Verkaufsprospekt ohne den Zusatz „e.K.“<sup>62</sup> In beiden Fällen kann man an der konkreten Verbraucherrelevanz zweifeln: Ein Kfz-Käufer wird sich über die detaillierten technischen Daten eines Fahrzeugs noch im Rahmen des Verkaufsgesprächs eingehend informieren lassen, und ein eingetragener Kaufmann haftet gerade im Gegensatz zur juristischen Person persönlich, sodass sich der Rechtsformzusatz auf die Entscheidung über den Kauf eines Fernsehers in diesem Fall kaum auswirken wird. Unabhängig vom konkreten Ergebnis schneidet die Rechtsprechung aber bereits die Einzelfallbeurteilung ab. Während ein Teil der Literatur diesen Ansatz befürwortet,<sup>63</sup> wird er von anderen Autoren als nicht richtlinienkonform und als übertrieben streng kritisiert.<sup>64</sup>
- 37 Außerdem wird die Spürbarkeitsschwelle des § 5a Abs. 2 UWG verbreitet dadurch unterlaufen, dass Gerichte die Verletzung von Informationspflichten selbst bei unionsrechtlicher Grundlage nach wie vor unter § 4 Nr. 11 UWG subsumieren, der kein eigenes Kriterium der Verbraucherrelevanz enthält.<sup>65</sup> So kommt es zu Entscheidungen wie einem Urteil des OLG Hamm<sup>66</sup> in einem Fall, der in vergleichbarer Form auch von den Teilnehmern eines Unternehmergegesprächs bei der IHK zur Sprache gebracht wurde. Der Betreiber eines Küchenstudios hatte Musterküchen ausgestellt, ohne außen auf den Backöfen das durch die EnVKV vorgeschriebene Etikett mit der Angabe der Energieeffizienzklasse und des Stromverbrauchs anzubringen. Auf die Klage eines Umwelt- und Verbraucherschutzverbands hin wurde der Unternehmer antragsgemäß verurteilt. Das OLG Hamm erhielt das Urteil aufrecht und wies das Argument des Beklagten, es handle sich um eine Bagatelle, wie folgt zurück: „Ein Verstoß gegen die Informationspflichten des EnVKG respektive die EnVKV stellt keine Bagatelle (§ 3 Abs. 1 UWG) dar. Abgesehen davon, dass ein solcher Verstoß tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern und Verbrauchern i. S. d. § 3 Abs. 1 UWG nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, lassen



## 4

- 67 A.a.O. unter II 1 d.  
 68 Für einen Vorrang des § 5a UWG gegenüber § 4 Nr. 11 UWG bei unionsrechtlich begründeten Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation Köhler, WRP 2012, 638 (646) und in: Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 11.6c; Fezer, WRP 2010, 577 (582); Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 4 Rn. 11/8a. S. Rn. 32 mit Fn. 57.  
 70 Köhler, WRP 2014, 1410 (1412).  
 71 Ohly, FS Köhler (2014), S. 477 ff.  
 72 Vgl. den Überblick bei Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 4 Rn. 11.6e ff.  
 73 Egrd. 7 S. 3-5 UGP-RL.

schon die europarechtlichen Vorgaben zur Informationspflicht eine Einstufung als Bagatelverstoß nicht zu.<sup>67</sup> Diese Begründung, die für Fälle dieser Art nicht untypisch ist, fordert aus drei Gründen Kritik geradezu heraus. Erstens wäre § 5a Abs. 2, 4 UWG die speziellere Norm gewesen, da es sich um eine Informationspflicht auf unionsrechtlicher Grundlage handelt.<sup>68</sup> Daher wäre die Spürbarkeit im Sinne des § 3 Abs. 2 UWG, nicht des § 3 Abs. 1 UWG zu prüfen gewesen. § 3 Abs. 2 UWG verlangt eine konkrete Auswirkung auf das Entscheidungsverhalten des Verbrauchers. Zweitens wird die tatsächliche Eignung zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs nur behauptet, obwohl sie in diesem Fall alles andere als plausibel ist. Niemand entscheidet sich zum Kauf einer Küche nur aufgrund des ersten Eindrucks von der Musterküche. Die Verhandlungen und Planungen ziehen sich über längere Zeit hin, dabei wird sich in aller Regel der Verbraucher auch über die technischen Geräte im Einzelnen informieren. Es besteht also allenfalls eine sehr geringe Gefahr der Fehlinformation, der das Interesse des Verkäufers gegenübersteht, den ästhetischen Eindruck der Musterküche nicht durch Aufkleber zu beeinträchtigen. Drittens verlangt das Europarecht, wie gezeigt,<sup>69</sup> keineswegs die strikte Verfolgung jeder Informationspflichtverletzung unabhängig von der Verbraucherrelevanz im konkreten Fall.

- 38 Zusammenfassend hat die von vielen Unternehmern als Behinderung empfundene strikte Durchsetzung einer unüberschaubaren Fülle von Informationspflichten also mehrere Ursachen. Erstens gibt es auf EU-Ebene deutlich zu viele Informationspflichten, und die Rechtslage ist intransparent. Zweitens verleitet die Einstufung unionsrechtlicher Informationspflichten als wesentlich in Art. 7 Abs. 5 UGP-RL dazu, die Bedeutung der Information nicht im Einzelfall zu prüfen. Drittens ist im deutschen Recht das Verhältnis zwischen § 5a Abs. 2-4 UWG und § 4 Nr. 11 UWG unklar. Obwohl § 5a UWG jedenfalls im Bereich europarechtlich begründeter Informationspflichten vorrangig sein sollte, wenden die Gerichte häufig nach wie vor § 4 Nr. 11 UWG an. Viertens wird der Verweis auf die Spürbarkeitsschwelle des § 3 Abs. 2 UWG dadurch unterlaufen, dass die Rechtsprechung jedenfalls bei europarechtlich begründeten Pflichten die Spürbarkeit unwiderleglich vermutet.

### c) Empfehlungen

- 39 Informationspflichten spielen in der Marktwirtschaft eine wesentliche Rolle. Ihre grundsätzliche Berechtigung steht außer Frage. Allerdings hat Zahl und Umfang der Informationspflichten auf europäischer und nationaler Ebene ein Ausmaß angenommen, das den Unternehmen ein rechtstreues Verhalten nur zu erheblichen Kosten ermöglicht. Zu sehr wird in der Gesetzgebung auf die Verletzung von Verbraucherinteressen mit der Schaffung neuer Informationspflichten reagiert. Eine Durchforstung des Dschungels von Informationspflichten auf EU-Ebene, aber auch im nationalen Recht, täte not.
- 40 Es ist grundsätzlich richtig, die Verletzung von Informationspflichten als unlautere geschäftliche Handlung zu verfolgen. Das sollte allerdings nur dann geschehen, wenn die Pflichtverletzung Marktrelevanz hat, also geeignet ist, sich auf das Entscheidungsverhalten der Adressaten auszuwirken.
- 41 Auf EU-Ebene sollte daher die unwiderlegliche Vermutung für die Wesentlichkeit unionsrechtlicher Informationspflichten in Art. 7 Abs. 5 UGP-RL überdacht werden.
- 42 Im deutschen Recht sollte bei einer Neufassung des § 5a UWG unbedingt die Spürbarkeitsschwelle beibehalten werden, wobei durchaus, wie im Regierungsentwurf

geplant, der Verweis auf § 3 Abs. 2 UWG durch ein eigenständiges Kriterium der Verbraucherrelevanz ersetzt werden kann. Deutlicher als bisher sollte, in engerer Anlehnung an Art. 7 Abs. 1 UGP-RL, hervorgehoben werden, dass „im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkung des Kommunikationsmittels“ zu entscheiden ist, ob die Information wirklich vor-enthalten wurde.<sup>70</sup> Der derzeit vorliegende Regierungsentwurf sieht eine solche Klarstellung vor.

- 43 Die Spürbarkeit kann auch in den Fällen europarechtlicher oder europarechtlich begründeter Informationspflichten (§ 5a Abs. 4 UWG) nicht unwiderleglich vermutet werden. Die Rechtsprechung, die dies annimmt, lässt sich mit Wortlaut und Systematik des Art. 7 UGP-RL und des § 5a UWG nicht vereinbaren. Sie führt zu einem abstrakten Verbraucherschutz,<sup>71</sup> der unabhängig von einer konkreten Gefährdung von Verbraucherinteressen eingreift, und damit zur Verfolgung von Bagatelverstößen. Zweck der Art. 5-9 UGP-RL und entsprechend der §§ 4 Nr. 1-6; 5; 5a UWG ist aber konkreter Verbraucherschutz, der in jedem Einzelfall davon abhängt, dass die Pflichtverletzung geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu beeinträchtigen.

## 3. Rechtsbruch

### a) Unionsrechtlicher Rahmen

- 44 Das Unionsrecht enthält bisher keinen allgemeinen Tatbestand der Unlauterkeit wegen Rechtsbruchs. Wie gesehen wird die Verletzung von Informationspflichten, die sich aus Rechtsnormen außerhalb der UGP-RL ergeben, über Art. 7 UGP-RL lauterkeitsrechtlich sanktioniert. Im Übrigen ist zu unterscheiden, ob die Rechtsnorm in den Anwendungsbereich der UGP-RL fällt oder von ihm ausgenommen ist.<sup>72</sup> Die Richtlinie lässt das Vertragsrecht, Vorschriften über Produktsicherheit und spezifische Regeln reglementierter Berufe unberührt (Art. 3 Abs. 2, 3, 8 UGP-RL). Spezielle unionsrechtliche Vorschriften mit lauterkeitsrechtlichem Gehalt gehen der UGP-RL vor (Art. 3 Abs. 4 UGP-RL). Außerdem soll die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit belassen, Praktiken aus Gründen der „guten Sitten und des Anstands“ zu verbieten,<sup>73</sup> selbst wenn sie die Wahlfreiheit der Verbraucher nicht beschränken. Wesentliche Anwendungsbereiche des § 4 Nr. 11 UWG unterfallen also nicht der UGP-RL, sondern können vom deutschen Recht autonom geregelt werden. Sofern die UGP-RL aber eingreift, kann der bloße Verstoß gegen eine Rechtsnorm die Unlauterkeit noch nicht begründen. Vielmehr ist in jedem Einzelfall eine Auswirkung auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher erforderlich. Im Anwendungsbereich der UGP-RL ist also stets neben § 4 Nr. 11 UWG auch § 3 Abs. 2 UWG anzuwenden.
- 45 Gleichwohl beruhen zahlreiche Rechtsnormen, die nicht in den Anwendungsbereich der UGP-RL, wohl aber unter § 4 Nr. 11 UWG fallen, auf Unionsrecht. Beispiele sind das Heilmittelwerberecht und zahlreiche Vorschriften über die Produktsicherheit. In diesen Fällen können Normen des deutschen Rechts nur über § 4 Nr. 11 UWG lauterkeitsrechtlich sanktioniert werden, wenn sie unionsrechtskonform sind. Hingegen erfordert das Unionsrecht in diesen Fällen keine Prüfung der Verbraucherrelevanz.

### b) § 4 Nr. 11 UWG in Theorie und Praxis

- 46 § 4 Nr. 11 UWG kodifiziert die bereits unter dem UWG von 1909 anerkannte Fallgruppe der Unlauterkeit wegen Rechtsbruchs. Bis ungefähr zur Jahrtausendwende



## 4

- 74 Vgl. die Nachw. bei Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 2), § 4 Rn. 11/3; Metzger, in: Großkommentar UWG, 2. Aufl. (2013), § 4 Nr. 11 Rn. 1 ff.
- 75 Grundlegend Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970), S. 250 ff.
- 76 Kroitzsch, GRUR 1982, 389; Quack, FS Trinkner (1995), S. 265, 266 f.; Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 (1405).
- 77 Grundlegend BGH GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen; zur Steuerhinterziehung (bereits auf der Grundlage des § 4 Nr. 11 UWG) BGH GRUR 2010, 656 Rn. 19 – Zweckbetrieb.
- 78 Insoweit noch allg.A., vgl. BGH GRUR 2007, 162 Rn. 12 – Mengenausgleich in Selbststorgemeinschaft; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 4 Rn. 11.35b.
- 79 Gärtner/Heil, WRP 2005, 20 (22); Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 2), § 4 Rn. 11/25; Scherer, WRP 2006, 401 ff.
- 80 BGH GRUR 2010, 754 Rn. 20 ff. – Golly Telly.
- 81 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 11.35d; Schaffert, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Fn. 28), § 4 Nr. 11 Rn. 58, beide mwN.
- 82 BGH GRUR 2007, 978 Rn. 19 – Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer.
- 83 Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 4 Nr. 11 Rn. 11.73.
- 84 Der etwa beim Inverkehrbringen nicht zugelassener Arzneimittel im Vordergrund steht, vgl. hierzu BGH GRUR 2005, 778 – Atemtest; BGH GRUR 2010, 754 – Golly Telly.
- 85 BGH GRUR 2007, 890 Rn. 35 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH GRUR 2008, 534 Rn. 49 ff. – ueber18.de.
- 86 BGH GRUR 2010, 754 Rn. 21 – Golly Telly; Schaffert, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Fn. 28), § 4 Nr. 11 Rn. 58.
- 87 BGH GRUR 2006, 773 Rn. 13 – Probeabonnement; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 2), § 4 Rn. 11/10 mwN.
- 88 BGH GRUR 2010, 1119 Rn. 29, 31; BGH GRUR 2012, 949 Rn. 45 ff. – Missbräuchliche Vertragsstrafe; ebenso die h.M., grundlegend Köhler, WRP 2012, 1475 ff.
- 89 Ebenso Köhler, WRP 2014, 259 Rn. 59; Metzger, in: Großkommentar UWG (Fn. 74), § 4 Nr. 11 Rn. 42; Harte/Henning/Podszun (Fn. 39), § 3 Rn. 132; Beispiele: BGH GRUR 2010, 852 Rn. 21 – Gallardo Spyder; BGH GRUR 2012, 647 Rn. 42 – INJECTIO.
- 90 Ebenso Glöckner, GRUR 2013, 568 (571 f.).

differenzierte die Rechtsprechung zwischen wertbezogenen und wertneutralen außerwettbewerblichen Normen.<sup>74</sup> Ein Verstoß gegen erstere führte immer zu Unlauterkeit, während die Verletzung letzterer nur UWG-Ansprüche auslöste, wenn der Verletzer durch seine Handlung einen Vorsprung gegenüber seinen Konkurrenten erlangt hatte. Diese Rechtsprechung wurde seit den 1970er-Jahren kritisiert. Ihr wurde vorgeworfen, sie missachte den Schutzzweck des UWG<sup>75</sup> und führe zur Verfolgung einer Fülle von Bagatelverstößen.<sup>76</sup> Die Rechtsprechung reagierte schon vor der UWG-Reform teilweise auf diese Kritik, indem sie Rechtsverletzungen im Vorfeld des eigentlichen Marktgeschehens, beispielsweise Verstöße gegen das Umwelt- oder Steuerrecht, aus dem Anwendungsbereich des UWG ausnahm und einen lauterkeitsrechtlich relevanten Rechtsbruch auf die Verletzung von Marktverhaltensregelungen beschränkte.<sup>77</sup> Diese Einschränkung übernahm der Gesetzgeber im Jahre 2004.

- 47 Nach Wortlaut und Systematik des § 4 Nr. 11 UWG begründet nicht jede Verletzung einer gesetzlichen Marktverhaltensregel automatisch die Unlauterkeit. Erstens muss die Vorschrift dazu dienen, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Zweitens ist § 4 Nr. 11 UWG nicht anwendbar, wenn das betreffende Gesetz die Rechtsfolgen abschließend regelt. Drittens ist § 4 Nr. 11 UWG nur ein Beispiel einer unlauteren Handlung, sodass zusätzlich der Tatbestand des § 3 UWG zu prüfen ist. Diese Filter versagen aber in der Praxis.
- 48 Erstens muss die verletzte Rechtsnorm gerade das Interesse der Marktteilnehmer schützen. Es genügt also nicht, dass die Vorschrift Allgemeininteressen wie dem Umweltschutz dient.<sup>78</sup> Allerdings ist umstritten, ob das UWG den Verbraucher nur als Marktteilnehmer (Schutz des Verbrauchers „als Verbraucher“) schützt oder ob § 4 Nr. 11 UWG sämtliche Verbraucherinteressen erfasst (Schutz des Verbrauchers „als Mensch“). In der Literatur wird teilweise die erstgenannte Ansicht vertreten.<sup>79</sup> Für sie spricht die Systematik des UWG. Auch die Beispielstatbestände des § 4 UWG erfassen beispielsweise nicht den Schutz der Gesundheit und Sicherheit des Verbrauchers, sein Interesse an sauberer Umwelt oder den Jugendschutz, sondern schützen nur die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers. § 3 Abs. 2 UWG formuliert ein spezielles Relevanzkriterium für verbraucherschützende Normen, das eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit verlangt, das die h.M. aber unter § 4 Nr. 11 UWG nicht konsequent anwendet. Auch rechtspolitisch spricht einiges dafür, dass nicht jede verbraucherschützende Norm in jedem Fall Ansprüche von Verbänden und Mitbewerbern auslösen sollte, sondern dass der Gesetzgeber im Verbraucherschutzrecht über das jeweils angemessene Instrumentarium entscheiden sollte. Die Rechtsprechung<sup>80</sup> und die h.M.<sup>81</sup> verstehen § 4 Nr. 11 UWG aber weiter und subsumieren unter ihn auch Vorschriften, die dem Schutz vor schlechter Rechtsberatung<sup>82</sup> oder ärztlicher Versorgung<sup>83</sup>, dem Gesundheitsschutz<sup>84</sup> oder dem Jugendschutz<sup>85</sup> dienen. Wenn diese weite Ansicht überhaupt begründet wird, wird auf ein Sanktionsdefizit im Bereich des Verwaltungsrechts verwiesen. Ergänzend wird argumentiert, zahlreiche dieser Vorschriften dienten insoweit sekundär dem Irreführungsschutz,<sup>86</sup> als der Verbraucher beim Kauf eines Produkts oder beim Bezug einer Dienstleistung annehme, „alles sei in Ordnung“. Diese Erwartung werde beispielsweise beim Vertrieb eines nicht zugelassenen Arzneimittels enttäuscht.
- 49 Zweitens ist § 4 Nr. 11 UWG nicht anwendbar, wenn das verletzte Gesetz die Rechtsfolgen des Verstoßes abschließend regelt.<sup>87</sup> Im Bereich verbraucherschützender Normen ist die Rechtsprechung aber mehrfach davon ausgegangen, dass eine möglichst lückenlose Verfolgung von Verstößen im Verbraucherinteresse

liege und daher eine Kumulation von Rechtsfolgen unproblematisch sei. Ein Beispiel ist die Verwendung unwirksamer AGB. Ihre Folgen hat der Gesetzgeber speziell geregelt: Klauseln, die gegen Treu und Glauben verstoßen, sind nichtig (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB), außerdem können Verbraucherverbände nach dem UKlaG gegen ihre Verwendung vorgehen. Eine Konkurrentenklage sieht das UKlaG gerade nicht vor, und das aus gutem Grund. Während Verbraucherverbände sich im Zweifel schon wegen der Begrenztheit ihrer Ressourcen darauf beschränken, schwerwiegende Verstöße zu verfolgen, setzen Mitbewerber Anmahnungen möglicherweise strategisch ein. Da sich in umfassenden Klauselwerken nur schwer mit Sicherheit gewährleisten lässt, dass jede einzelne Klausel einer Kontrolle standhält, besteht über § 4 Nr. 11 UWG ein erhebliches Haftungs- und Missbrauchsrisiko. Der BGH spricht diese Aspekte in seinen Urteilen zum Rechtsbruch durch Verwendung unwirksamer AGB aber nicht an, sondern wendet § 4 Nr. 11 nahezu ohne Berücksichtigung der Gegenargumente an.<sup>88</sup>

- 50 Drittens setzt die Unzulässigkeit gem. § 3 UWG auch im Fall des Rechtsbruchs eine spürbare Verletzung von Mitbewerber- oder Verbraucherinteressen voraus. Eine Lektüre von Urteilen zu § 4 Nr. 11 UWG zeigt aber, dass die Spürbarkeit entweder gar nicht geprüft oder formelhaft unter Hinweis auf den Schutzzweck der verletzten Norm bejaht wird.<sup>89</sup> Praktisch stellen die Gerichte kurz fest, dass es sich bei der übertretenen Vorschrift um eine Marktverhaltensregelung handelt und subsumieren dann unter die Vorschrift. Die Argumentation des OLG Hamm im oben genannten Fall der Musterküche ist typisch: Eine Verletzung der Energie-Kennzeichnungsvorschriften sei keine Bagatelle, denn die Informationspflicht diene dem Verbraucherschutz und sei schon deswegen wesentlich, weil sie auf Europarecht beruhe.
- 51 Praktisch führt damit jede Verletzung einer marktverhaltensregelnden Norm zur Unlauterkeit, wobei der Bereich der Marktverhaltensregelungen von der Rechtsprechung weit verstanden wird. Da zugleich in der Rechtsprechung jedenfalls seit 2008 in der weit überwiegenden Mehrheit aller Fälle auf die Verletzung von Verbraucherinteressen abgestellt wird, ist § 4 Nr. 11 UWG weitgehend zu einer Verbraucherschutznorm geworden.<sup>90</sup> Dabei bewirkt sie keinen konkreten Verbraucherschutz in dem Sinne, dass die Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen im Einzelfall festgestellt würde, sondern abstrakten Verbraucherschutz.<sup>91</sup> Der bloße Normverstoß führt unabhängig von seiner Relevanz zur Unlauterkeit.
- 52 Zur Rechtfertigung dieser Praxis könnte man anführen, dass die Rechtsordnung rechtswidriges Verhalten niemals dulden sollte und dass das UWG Sanktionsdefizite ausgleicht, die in anderen Rechtsgebieten, vor allem dem Verwaltungsrecht, bestehen. In der Tat zeigt die ökonomische Analyse des Rechts,<sup>92</sup> dass eine private Rechtsdurchsetzung einem reinen Behördenmodell überlegen sein kann, weil staatliche Stellen wegen der Begrenztheit ihrer Ressourcen nur einige Verstöße verfolgen können und möglicherweise auch aus unsachlichen Beweggründen von der Verfolgung absehen. Ebenso deutlich verweisen ökonomische Studien aber auf die Gefahr des „over-enforcement“: Die Durchsetzung von Normen ist dann nicht zwingend veranlasst, wenn die Kosten der Durchsetzung höher sind als der Ertrag. Verwaltungsermessen kann sinnvoll und veranlasst sein, während eine parallele private Rechtsdurchsetzung dieses Ermessen unterläuft. Die theoretischen Erkenntnisse der ökonomischen Forschung decken sich mit den empirischen Ergebnissen der IHK-Umfrage. Zahlreiche Unternehmer sehen ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit durch das Risiko lauterkeitsrechtlicher Abmahnungen als

91 Hierzu im einzelnen Ohly, FS Köhler (2014), S. 477 (481 ff.).

92 Zur ökonomischen Analyse der privaten Rechtsdurchsetzung unter § 4 Nr. 11 eingehend Ohly, FS Köhler (2014), S. 477 (479 ff.); Metzger, in: Großkommentar UWG (Fn. 72), § 4 Nr. 11 Rn. 22 ff., beide mwN.

## 4

93 So rechtvergleichend (allerdings für das Urheberrecht) Schmidt-Kessel, in: Leible (Hrsg.), Der Schutz des Geistigen Eigentums im Internet (2012), S. 223 (227)

94 § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

95 Die im Regierungsentwurf (s. Fn. \*) geplante Neufassung des § 3 UWG kann dazu führen, dass § 4 Nr. 11 UWG bei verbrauchergerichteten Handlungen künftig immer eine Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens der Verbraucher voraussetzt, denn bei verbrauchergerichteten Handlungen greift künftig zwingend die Relevanzschwelle des § 3 Abs. 2 UWG ein, sofern es nicht um Handlungen geht, die ausschließlich Mitbewerberinteressen betreffen.

96 Art. 89 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012)11 endg., 2012/0011 (COD).

97 Art. 2 S. 2 lit. f EK-DSR verweist auf den allgemeinen datenschutzrechtlichen Einwilligungsbegriff in Art. 2 lit. f der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, der keine ausdrückliche Erklärung verlangt.

98 Aus diesem Grund hält Köhler, WRP 2013, 567 Rn. 17 ff., § 7 Abs. 2 UWG insoweit für unionsrechtswidrig. Dagegen aber BGH GRUR 2013, 1170 Rn. 16 f. – Telefonwerbung für DSL-Produkte.

99 BGH GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung; Mankowski, in: Fezer (Fn. 61), § 7 Rn. 188 ff.

beschränkt an und kritisieren, von ihnen werde „100 %ige Perfektion“ erwartet und es komme häufig auch zu Abmahnungen wegen geringfügiger oder schuldloser Verstöße. Wäre eine Abmahnung nicht mit Kosten verbunden, so wäre das möglicherweise hinzunehmen. Da aber nach deutschem Recht, das insoweit im Ausland keine Entsprechung findet,<sup>93</sup> eine berechnete Abmahnung einen Anspruch auf Kostenerstattung auslöst,<sup>94</sup> ist die Abmahnung ein Kostenfaktor, der sich praktisch nicht erheblich von den Folgen einer Ordnungswidrigkeit unterscheidet.

#### c) Empfehlungen

53 Verstöße gegen Informationspflichten, die auf Vorschriften außerhalb des UWG beruhen, sollten nur noch nach § 5a UWG beurteilt werden. Im Anwendungsbereich der UGP-RL ist dies nahezu zwingend, denn die UGP-RL verlangt eine Prüfung der Verbraucherrelevanz im Einzelfall, die § 4 Nr. 11 UWG nicht ausdrücklich vorsieht. Aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs erscheinen die Kriterien des § 5a UWG zur Beurteilung von Informationspflichtverletzungen sachgerechter.

54 Der Gesetzgeber sollte im Verbraucherschutzrecht verstärkt im jeweiligen Gesetz die Rechtsfolgen einer Verletzung regeln und dabei bedenken, dass das weitgehende Instrumentarium des UWG zu einer übermäßigen Verfolgung, zum Unterlaufen von Verwaltungsermessens und zu Missbrauch führen kann.

55 In jedem Einzelfall des Rechtsbruchs bedarf die Spürbarkeit des Verstoßes einer gesonderten Begründung, ein formelhafter Verweis auf den Schutzzweck der übertretenen Norm genügt nicht. Der Verstoß gegen verbraucherschützende Normen sollte nur zu UWG-Ansprüchen führen, wenn die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers im Sinne des § 3 Abs. 2 UWG beeinträchtigt ist oder wenn in anderer Weise eine erhebliche Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen zu befürchten ist.<sup>95</sup>

## 4. Telefon- und E-Mail-Werbung

### a) Unionsrechtlicher Rahmen

56 Das Europarecht betrachtet die Regulierung der unerwünschten Direktwerbung nicht als Frage des Lauterkeitsrechts, sondern ordnet sie dem Datenschutzrecht zu. Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG über den Datenschutz in elektronischer Kommunikation (EK-DSR), der durch die derzeit geplante Datenschutz-Grundverordnung nicht berührt wird,<sup>96</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, E-Mail-Werbung gegenüber natürlichen Personen nur nach deren vorheriger Einwilligung zuzulassen. Art. 13 Abs. 2 EK-DSR sieht eine Ausnahme für E-Mail-Werbung innerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen vor, die im deutschen Recht in § 7 Abs. 3 UWG umgesetzt wurde. Hinsichtlich der Telefonwerbung können die Mitgliedstaaten zwischen einem „opt in“-Modell (Verbot mit Einwilligungsvorbehalt) und einem „opt out“-Modell (Erlaubnis mit Widerspruchsvorbehalt) wählen. Problematisch an der unionsrechtlichen Regelung ist, dass sie auf einen marktbezogenen Sachverhalt die datenschutzrechtliche Unterscheidung von natürlichen und juristischen Personen anwendet. Das Verbot der E-Mail-Werbung ohne vorherige Einwilligung ist in der Kommunikation gegenüber Verbrauchern sinnvoll, in der B2B-Kommunikation hingegen von fragwürdiger Berechtigung. Da aber auch Einzelunternehmer natürliche Personen sind, verhindert die Richtlinie die eigentlich veranlasste Unterscheidung zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

57 Daneben kann Direktwerbung unter das Verbot aggressiver Praktiken durch die UGP-RL fallen. Gemäß Nr. 26 Anh. I zur UGP-RL (der „schwarzen Liste“), teilweise umgesetzt in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG, ist das „hartnäckige und unerwünschte Ansprechen“ von Verbrauchern über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige Fernkommunikationsmittel stets unlauter, gem. Art. 8 UGP-RL kann eine Belästigung sich im Einzelfall als unlauter erweisen, wenn sie die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher beeinträchtigt. Dem Unionsgesetzgeber kann der Vorwurf nicht erspart werden, dass er in Nr. 26 der „schwarzen Liste“ die Fallgruppen der aggressiven Praktiken und der Belästigung miteinander vermengt hat. Eine aggressive Praxis ist untersagt, weil sie die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Davon kann aber selbst bei „hartnäckiger“ E-Mail-Werbung kaum die Rede sein: Der Verbraucher sieht sich nicht zum Vertragsschluss gedrängt, sondern er wird seinen Spam-Filter neu konfigurieren.

### b) § 7 UWG

58 Das deutsche Verbot belästigender Praktiken geht in mehrfacher Hinsicht über das Unionsrecht hinaus. Erstens übt der deutsche Gesetzgeber bei der Telefonwerbung sein Optionsrecht dahingehend aus, dass Telefonwerbung ohne Einwilligung des Verbrauchers verboten ist. Zweitens verlangt das deutsche Recht eine „ausdrückliche“ Einwilligung, daher genügt eine konkludente Einwilligung nicht. Allerdings ist die Vereinbarkeit dieser Voraussetzung mit dem Unionsrecht zweifelhaft.<sup>97</sup> Drittens wird das Verbot der unangeforderten E-Mail-Werbung nicht auf Nachrichten an natürliche Personen beschränkt, sondern auf den Geschäftsverkehr mit Unternehmen ausgedehnt. Viertens verweist die EK-DSR nur auf die Sanktionen des Datenschutzrechts, verpflichtet die Mitgliedstaaten also dazu, individuelle Ansprüche des Betroffenen und ein Verwaltungsverfahren vorzusehen, schreibt aber weder eine Verbands- noch eine Konkurrentenklage vor.<sup>98</sup>

59 Hinsichtlich der Telefonwerbung trifft das deutsche Recht eine im Großen und Ganzen sachgerechte Regelung. Die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern hat erhebliches Belästigungspotenzial und wird gerade von unseriösen Unternehmen verbreitet genutzt. Daher ist es richtig, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG eine vorherige Einwilligung des Angerufenen verlangt. Dieser Ansicht war übrigens auch die Mehrheit der Teilnehmer an der IHK-Umfrage. Zwar kann es Schwierigkeiten bereiten, die Einwilligung des Verbrauchers zu erlangen, doch rechtfertigen sie es nicht, den Schutz der Privatsphäre insofern zurückzunehmen. Die Telefonwerbung gegenüber Unternehmern ist mit deren mutmaßlicher Einwilligung zulässig. Auch das ist grundsätzlich sachgerecht, auch wenn die Rechtsprechung bei der Annahme einer solchen bisweilen zu engherzig verfahren ist.

60 Problematischer ist das weitgehende Verbot der E-Mail-Werbung. Im Informationszeitalter ist die E-Mail eine wichtige Art der Kundenakquise. Zwar verursacht die massenhafte Versendung von Werbe-Mails kaum Kosten, sodass durch den Summeneffekt ein gewisses Belästigungspotenzial besteht.<sup>99</sup> Doch ließe sich ohne Schwierigkeit eine Vorschrift formulieren, die eine Unterscheidung zwischen reinen Spam-Mails und Angeboten mit einem gewissen Bezug zu den Bedürfnissen des Adressaten zulässt.

61 Immerhin sieht § 7 Abs. 3 UWG eine wichtige Ausnahme vom Verbot der E-Mail-Werbung ohne Einwilligung vor. Wenn der Unternehmer die E-Mail-Adresse des Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware erlangt hat, darf er die Adresse zur Direktwerbung für ähnliche Produkte verwenden, wenn der Kunde nicht wider-

## 4

- 100 Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 7 Rn. 204a; Mankowski, in: Fezer (Fn. 63), § 7 Rn. 239; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, § 7 Rn. 73 mwN; a.A. Brömmelmeyer, GRUR 2006, 285 (288); Leistner/Pothmann, WRP 2003, 815 (822).
- 101 Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 7 Rn. 205 einerseits; Schulze zur Wiesche, CR 2004, 742 (746) andererseits.
- 102 OLG München GRUR-RR 2013, 226 – Bestätigungsaufforderung; a.A. inzwischen OLG Celle WRP 2014, 1218 (1219).
- 103 Heidrich, MMR 2013, 39 (49); Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2) § 7 Rn. 189; Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 2), § 7 Rn. 54.
- 104 Ebenso Brömmelmeyer, GRUR 2006, 285 (291); Dieselhorst/Schreiber, CR 2004, 680 (682).
- 105 BGH GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung.
- 106 S. die Nachw. in Fn. 111 f.
- 107 BGH, GRUR 2010, 455 Rn. 17 – Stumme Verkäufer; BGH, GRUR 2011, 747 Rn. 26 – Kreditkartenübersendung; BGH, GRUR 2014, 1117 Rn. 26 – Zeugnisaktion.
- 108 Vgl. zum Hintergrund Timm-Wagner, GRUR 2013, 245 ff.
- 109 Abgedr. in GRUR 2014, 1180, vgl. dazu die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2014, 1185.
- 110 BR-Drucks. 26/15.
- 111 Köhler, WRP 2010, 1293 (1299 f.); Sack, GRUR 2014, 609 (610).

spricht, obwohl er auf eine Widerspruchsmöglichkeit hingewiesen wird. Aufgrund dieser Ausnahmeregelung ist die Direktwerbung per E-Mail gegenüber Bestandskunden teilweise zulässig. Das Problem dieser Ausnahmeregelung ist ihre Unbestimmtheit. Erstens ist unklar, ob der Verkauf tatsächlich erfolgt sein muss (wie die h.M. annimmt)<sup>100</sup> oder ob eine bloße Interessenbekundung genügt. Zweitens ist unklar, was unter „eigenen ähnlichen Waren oder Dienstleistungen“ zu verstehen ist.<sup>101</sup>

- 62 Jedenfalls sollten die Hürden an die Erlangung der Einwilligung nicht zu hoch angesetzt werden. Sehr problematisch ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des OLG München zum Double-opt-in-Verfahren.<sup>102</sup> Dieses Verfahren besteht darin, dass der Kunde eine Nachricht an den Unternehmer schickt, beispielsweise um an einem Gewinnspiel teilzunehmen. Daraufhin fordert der Unternehmer den Kunden zur Abgabe einer Einwilligungserklärung auf. Nach Ansicht des OLG München stellt diese Aufforderung ihrerseits eine Werbung dar, die nur mit vorheriger Einwilligung zulässig ist. Dem Double-opt-in-Verfahren wird damit der Boden entzogen. Das Urteil ist dogmatisch zweifelhaft, weil es sich bei der Anforderung einer Bestätigung nicht um „Werbung“, sondern nur um eine Reaktion auf eine Erklärung des Kunden handelt,<sup>103</sup> und rechtspolitisch verfehlt, weil das Verbot mit Einwilligungsvorbehalt nur überzeugt, wenn der Unternehmer eine faire Chance hat, eine Einwilligung ohne übertriebenen Aufwand zu erlangen.
- 63 Nicht überzeugen kann das Verbot der E-Mail-Werbung an Unternehmer ohne deren ausdrückliche vorherige Einwilligung.<sup>104</sup> Eine E-Mail stellt eine preisgünstige, zeitgemäße, schnelle und wenig störende Möglichkeit der Kontaktaufnahme dar. Es ist ein erheblicher Wertungswiderspruch, wenn die Telefonwerbung trotz ihres höheren Störungspotenzials schon bei mutmaßlicher Einwilligung zugelassen, die E-Mail-Werbung aber verboten wird. Die Schwelle der mutmaßlichen Einwilligung wäre auch für die E-Mail-Werbung gegenüber Unternehmern sachgerecht; sie entsprach der ständigen Rechtsprechung vor 2004.<sup>105</sup> Konsequenz der unnötig rigiden Regelung ist, dass in Zeiten einer ständig zunehmenden elektronischen Kommunikation Unternehmer zur Anbahnung von Geschäften mit anderen Unternehmern auf die Korrespondenz per Brief verwiesen werden.

### c) Empfehlungen

- 64 Auf unionsrechtlicher Ebene sollte Art. 13 EK-DSR in zweierlei Hinsicht geändert werden. Die Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen sollte durch das Begriffspaar Verbraucher/Unternehmer ersetzt werden. Für die Ausnahmeregelung in Art. 13 Abs. 1 EK-DSR sollte es genügen, dass der Kunde dem Unternehmer seine E-Mail-Adresse zur Verfügung gestellt hat, auch wenn dies unabhängig vom Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung geschehen ist.
- 65 Die E-Mail-Werbung gegenüber Unternehmern sollte mit deren mutmaßlicher Einwilligung zulässig sein. Bis zu einer Änderung des Art. 13 EK-DSR sollte dies zumindest für Werbung gegenüber juristischen Personen gelten.
- 66 Die Regelung der belästigenden Werbung sollte entsprechend der europarechtlichen Systematik ins Datenschutzrecht verschoben werden. Anders als im UWG sollte insbesondere keine Konkurrentenklage zur Verfügung stehen.

## IV. Die Reform des UWG

### 1. Die Notwendigkeit einer erneuten Änderung

67 Bei der Umsetzung der UGP-RL stand der deutsche Gesetzgeber vor einem Dilemma, denn die Systematik der Richtlinie unterschied sich grundlegend von derjenigen des soeben reformierten UWG. Er konnte entweder das deutsche Recht, an das sich die Praxis gerade gewöhnt hatte, erneut komplett ändern, die Systematik der UGP-RL übernehmen und stärker als bisher zwischen verbraucher- und konkurrentenschützenden Tatbeständen differenzieren. Oder er konnte versuchen, das System des UWG 2004 so weitgehend wie möglich intakt zu lassen, dabei aber zu riskieren, dass die Richtlinie unzureichend umgesetzt wurde. Bekanntlich hat er sich für letztere Möglichkeit entschieden. Diese Entscheidung war nicht glücklich. An mehreren Stellen passt die Systematik der umgesetzten Richtlinienbestimmungen schlecht mit derjenigen des UWG von 2004 zusammen. So ist das Verhältnis der ersten beiden Absätze des § 3 UWG zueinander unklar.<sup>106</sup> Die Regelung der Informationspflichten ist nunmehr ganz über das UWG verstreut, dabei ist nicht geklärt, wie sich § 4 Nr. 4, 5 UWG zu § 5a UWG und dieser sich wiederum zu § 4 Nr. 11 UWG verhält. Die Regelung der aggressiven Praktiken erschließt sich erst, wenn zusätzlich zu § 4 Nrn. 1, 2 UWG der Text der Art. 8, 9 UGP-RL berücksichtigt wird.<sup>107</sup> Daher hat die Kommission die deutsche Umsetzung als unzureichend beanstandet und droht mit einem Vertragsverletzungsverfahren. Aus diesem Grund steht eine erneute Änderung des UWG bevor.<sup>108</sup>

68 Ähnlich wie im Jahre 2008 hat der deutsche Gesetzgeber zwei Möglichkeiten. Er kann in einer „großen Reform“ die Verbraucherschützenden Tatbestände des UWG weitestgehend an die Richtlinie anpassen und, davon getrennt, die mitbewerberschützenden Tatbestände gesondert regeln, oder er kann mit einer „kleinen Reform“ nur das unternehmen, was unbedingt nötig ist, um die korrekte Umsetzung der UGP-RL zu gewährleisten.

### 2. Die geplante „kleine Lösung“

69 Die Bundesregierung hat im Anschluss an einen Referentenentwurf des BMJV<sup>109</sup> im Januar 2015 einen Entwurf vorgelegt,<sup>110</sup> der auf eine „kleine Lösung“ zielt. Das UWG soll lediglich in den Punkten geändert werden, die von der UGP-RL abweichen. Insbesondere soll die Generalklausel umstrukturiert werden, die Beispielstatbestände des § 4 Nr. 1, 2 UWG sollen durch einen neuen, an Art. 8, 9 UGP-RL angelehnten Tatbestand der aggressiven geschäftlichen Handlungen ergänzt und § 5a UWG soll weitergehend an Art. 7 UGP-RL angeglichen werden. Die meisten dieser Änderungen berühren den Schutz der Mitbewerber nicht unmittelbar und brauchen daher hier nicht kommentiert zu werden.

70 Auswirkungen auf den Konkurrentenschutz hat aber die geplante Neufassung der Generalklausel. Bisher dient § 3 Abs. 1 sowohl als Verbindungsnorm zwischen den Tatbeständen der Unlauterkeit und den Rechtsfolgen gem. §§ 8 ff. UWG als auch als allgemeine Auffangnorm für Fälle der Unlauterkeit, die nicht von den Spezialregelungen der §§ 4-6 erfasst werden. Die Bedeutung des § 3 Abs. 2 UWG und sein Verhältnis zu § 3 Abs. 1 UWG sind umstritten. Nach einer Ansicht verweisen die Verbraucherschützenden Spezialtatbestände der §§ 4 Nr. 1-6; 5a UWG nur auf § 3 Abs. 1 UWG, sodass § 3 Abs. 2 lediglich Auffangnorm für nicht speziell geregelte Fälle im B2C-Geschäftsverkehr ist,<sup>111</sup> während nach anderer Ansicht das Relevanzkri-



## 4

- 112 Fezer, WRP 2010, 677 (683). Für eine kombinierte Anwendung von § 3 Abs. 1 und 2 BGH GRUR 2011, 163 Rn. 21 – Flappe; Sosnitzer, in: Ohly/Sosnitzer (Fn. 2), § 3 Rn. 67 f.
- 113 § 4 Nr. 6 UWG hat seine Berechtigung verloren, seit der EuGH eine Auslegung der Vorschrift als Per-se-Verbot für unionsrechtswidrig erklärt und der BGH sich für eine kombinierte Anwendung von § 4 Nr. 6 und § 3 Abs. 2 UWG ausgesprochen hat, vgl. hierzu Alexander, WRP 2014, 1384 (1391); Köhler, WRP 2014, 1410 (1413); Ohly, GRUR 2014, 1137 (1143), alle mwN.
- 114 Hierzu eingehend Glöckner, WRP 2014, 1399 (1401 f.); Ohly, GRUR 2014, 1137 (1141 f.).
- 115 Ebenso Köhler, WRP 2013, 403 (411 ff.) mit Formulierungsvorschlag.
- 116 S. oben, Fn. 38.
- 117 So etwa die GRUR-Stellungnahme, GRUR 2014, 1185 (1186 f.); Köhler, WRP 2014, 1410 (1412); Ohly, GRUR 2014, 1142. Hinweise auf Fälle des bisherigen § 4 Nr. 1, 2 UWG, die nicht durch § 4a UWG n.F. erfasst werden, bei Scherer, WRP 2015, 148 ff., die aber eine Lösung über die Generalklausel vorschlägt.
- 118 Hierzu näher Köhler, WRP 2014, 1410 (1412 f.); Ohly, GRUR 2014, 1137 (1143), beide mwN.

terium des § 3 Abs. 2 UWG in jedem Fall verbrauchergerichteter Handlungen an die Stelle des allgemeinen Spürbarkeitskriteriums in § 3 Abs. 1 UWG tritt.<sup>112</sup> Verbrauchergerichtete Handlungen sind „jedenfalls“ unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 UWG unzulässig. Nicht klar ist, wann ein Rückgriff auf § 3 Abs. 1 UWG möglich bleibt.

- 71 Nach der Konzeption des Referentenentwurfs wird § 3 Abs. 1 UWG „entkernt“. Er soll lauten: „Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig“, soll aber die Unlauterkeit selbst nicht mehr ausgestalten. Künftig dient § 3 Abs. 1 UWG also nur noch dazu, als „Scharniernorm“ eine Verbindung zwischen den Tatbeständen der Unlauterkeit und den Rechtsfolgen herzustellen. § 3 Abs. 2 UWG bleibt im Wesentlichen unverändert, erlaubt aber nicht mehr die ergänzende Anwendung der allgemeinen Generalklausel. Zugleich erhalten die §§ 4a, 5, 5a UWG eigene Relevanzklauseln und verweisen daher direkt auf § 3 Abs. 1 UWG. Als neuer § 3 Abs. 4 UWG soll die folgende konkurrentenschützende Generalklausel eingeführt werden: „Geschäftliche Handlungen, die sich weder an Verbraucher richten noch diese erreichen, sind unlauter im Sinne des Abs. 1, wenn sie nicht der für den Unternehmer jeweils geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Geschäftliche Handlungen, die sich zwar an Verbraucher richten oder diese erreichen, aber ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen, sind unlauter, wenn sie nicht der für den Unternehmer jeweils geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen“. § 4 UWG soll, abgesehen von der überfälligen Streichung der Nr. 6<sup>113</sup> im Wesentlichen unverändert bleiben. Allerdings soll es sich nicht mehr um Beispiele der Unlauterkeit, sondern des Verstoßes gegen die fachliche Sorgfalt handeln.
- 72 Aus Gründen, auf die noch einzugehen sein wird, ist die Aufteilung in eine verbraucher- und eine konkurrentenschützende Generalklausel im Grundsatz zu begrüßen. Auch wurde im Regierungsentwurf ein grundlegender Fehler des Referentenentwurfs korrigiert. Nach § 3 Abs. 2 UWG in der Fassung des Referentenentwurfs sollten geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, nur dann unlauter sein, wenn sie das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich beeinflussen können. Damit wurde der Konkurrentenschutz auch dann unter den Vorbehalt der Verletzung von Verbraucherinteressen gestellt, wenn bei verbrauchergerichteten Handlungen ausschließlich Mitbewerberinteressen betroffen waren.<sup>114</sup> Die Herabsetzung eines Mitbewerbers (§ 4 Nr. 7 UWG) oder das Angebot nachgeahmter Produkte, verbunden mit einer Rufausbeutung (§ 4 Nr. 9b UWG), wären, sofern sie Verbraucher erreichen, nur noch unlauter gewesen, wenn die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigt gewesen wäre. In der Fassung des Regierungsentwurfs stellt § 3 Abs. 4 S. 2 UWG aber sicher, dass bei einer reinen Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen eine Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern nicht erforderlich ist. Allerdings bleibt es dabei, dass die Verbraucherrelevanz immer dann zu prüfen ist, wenn eine Handlung sich an Verbraucher richtet und sowohl Verbraucher- als auch Mitbewerberinteressen betrifft.

### 3. Die vorzugswürdige „große Lösung“

- 73 Überzeugender erscheint es, unter dem Dach der Schutzzwecktrias, die als § 1 UWG bestehen bleiben sollte, deutlicher zwischen unlauteren Praktiken im Vertikal- und im Horizontalverhältnis zu unterscheiden.<sup>115</sup> Die Vorschriften, die Verbraucher und sonstige Abnehmer schützen, sollten so weitgehend wie möglich an die Richtlinie

angepasst werden. Auch die „schwarze Liste“ des UWG sollte derjenigen der UGP-RL entsprechen. Davon abgesetzt sollte das mitbewerberschützende Lauterkeitsrecht geregelt werden, mit einer konkurrentenschützenden Generalklausel, gefolgt von Tatbeständen zur vergleichenden Werbung, zum Schutz vor Herabsetzungen und Anschwärzung, zur Produktnachahmung und zur Behinderung. Der Rechtsbruch müsste in einem eigenständigen Teil geregelt werden, weil diese Fallgruppe sowohl Verbraucher- als auch Mitbewerberinteressen schützen kann.

- 74 Eine solche „große Lösung“ hätte drei entscheidende Vorteile. Erstens wäre sie systematisch klarer und würde die Rechtsanwendung erleichtern, weil die Unlauterkeit im Vertikalverhältnis nach anderen Kriterien zu beurteilen ist als die Verletzung von Mitbewerberinteressen. Zweitens ließe sich der abnehmerschützende Teil einschließlich der „schwarzen Liste“ so eng an die UGP-RL annähern, dass auch bei einer stark zunehmenden Aktivität des EuGH im lauterkeitsrechtlichen Bereich die Gefahr eines Konflikts mit der Richtlinie gebannt wäre. Drittens würde durch den Aufbau klar, dass der Schutz von Mitbewerberinteressen durch die UGP-RL unberührt bleibt, sofern nicht zugleich die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern beeinträchtigt wird. Da die UGP-RL den Mitgliedstaaten ausdrücklich die autonome Regelung von Geschäftspraktiken erlaubt, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen, und da der EuGH immerhin angedeutet hat, dass die Mitgliedstaaten bei der Qualifikation einer Norm als verbraucher- oder mitbewerberschützend einen gewissen Entscheidungsspielraum haben,<sup>116</sup> wäre so klargestellt, dass die derzeit in §§ 4 Nr. 7–10 UWG geregelten Fallgruppen und der Rechtsbruch, sofern Mitbewerberinteressen betroffen sind, nicht den Kriterien des Verbraucherschutzes unterliegen.

### 4. Empfehlungen

- 75 Bei der bevorstehenden Änderung des UWG sollte sich der Gesetzgeber für eine „große Lösung“ entscheiden und deutlicher zwischen der Unlauterkeit im Vertikalverhältnis (also durch unlautere Einwirkung auf Verbraucher und sonstige Abnehmer) und im Horizontalverhältnis (also durch Verletzung von Mitbewerberinteressen) unterscheiden. So würde einerseits sichergestellt, dass der verbraucherschützende Teil des UWG den Anforderungen der Richtlinie genügt, andererseits betont, dass der Mitbewerberschutz nicht der UGP-RL unterliegt und nicht unter dem Vorbehalt der Verletzung von Verbraucherinteressen steht.
- 76 Wenn sich der Gesetzgeber für die „kleine Lösung“ entscheidet, erscheint die im Regierungsentwurf gewählte Formulierung des § 3 UWG gegenüber derjenigen des Referentenentwurfs vorzugswürdig: Entscheidend ist nicht, ob sich die geschäftliche Handlung an Verbraucher oder Unternehmer richtet, sondern ob sie Verbraucherinteressen oder ausschließlich Mitbewerberinteressen verletzt. Aus Gründen, die in diesem Gutachten nicht zu interessieren brauchen, könnten § 4 Nr. 1 und 2 UWG, so wie noch im Referentenentwurf vorgesehen, gestrichen werden.<sup>117</sup> Dasselbe gilt für § 4 Nr. 3–5 UWG, der neben § 5a UWG verwirrende Doppelregelungen darstellt.<sup>118</sup> Aus § 4 Nr. 7–10 UWG sollte eine eigenständige mitbewerberschützende Vorschrift werden.



Platz für Notizen:

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

5

## Impressum

### Herausgeber und Verleger:

Bayerischer Industrie- und Handelskammertag e.V.  
Dr. Eberhard Sasse  
Dipl.-Volkswirt Peter Driessen  
Balanstraße 55-59  
81541 München

☎ 089 5116-0  
@ info@bihk.de  
🌐 bihk.de

### Ansprechpartner:

Dr. Tatjana Neuwald, Svenja Hartmann  
IHK für München und Oberbayern

### Verfasser:

Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge)  
Ludwig-Maximilians-Universität München

### Gestaltung:

Busch Branding, München

### Bildnachweis:

Titel: Fotolia @pressmaster, Illustrationen Shutterstock

### Druck:

K. Fell GmbH, Am Kirchenhözl 12, 82166 Gräfelfing

Alle Rechte liegen beim Herausgeber. Ein Nachdruck – auch auszugsweise – ist nur mit ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung des Herausgebers gestattet.

April 2015





Industrie- und Handelskammern  
in Bayern

#### **Bayerischer Industrie- und Handelskammertag e.V.**

Balanstraße 55-59

81541 München

☎ 089 5116-0

@ info@bihk.de

🌐 bihk.de

## **Die IHKs in Bayern**

Der Bayerische Industrie- und Handelskammertag e. V. (BIHK) ist die Dachorganisation der neun IHKs in Bayern. Alle bayerischen Unternehmen – ausgenommen Handwerksbetriebe, freie Berufe und landwirtschaftliche Betriebe – sind per Gesetz Mitglied einer IHK. Folglich spricht der BIHK für über 973.000 Unternehmen aller Größen und Branchen: vom global operierenden Konzern bis zum inhabergeführten mittelständischen Unternehmen. Der BIHK ist nicht abhängig von einer bestimmten Gruppe von Unternehmern, sondern repräsentiert das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft in Bayern. Seit seiner Gründung im Jahr 1909 ist er die größte Wirtschaftsorganisation im Freistaat Bayern.