

## **Gesetzentwurf**

### **der Bundesregierung**

#### **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb**

##### **A. Problem und Ziel**

Durch die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22; L 253 vom 25.9.2009, S. 18) wurde das Lauterkeitsrecht im Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern auf europäischer Ebene weitestgehend vollharmonisiert. Dies hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten im vollharmonisierten Bereich eine vollständige Rechtsangleichung vorzunehmen haben. Sie dürfen nicht hinter dem Schutzniveau der Richtlinie 2005/29/EG zurückbleiben. Die Mitgliedstaaten dürfen aber auch keine strengereren als die in der Richtlinie 2005/29/EG festgelegten Maßnahmen vorsehen; dies auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen (Europäischer Gerichtshof [EuGH], Urteil vom 23. April 2009, Az.: C-261/07 und C-299/07 Rn. 52 sowie Urteil vom 14. Januar 2010, Az.: C-304/08 Rn. 41).

Die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG in deutsches Recht erfolgte im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949), das seit dem 30. Dezember 2008 in Kraft ist. Das Gesetz war von der Zielsetzung geleitet, in Deutschland ein möglichst einheitliches Lauterkeitsrecht hinsichtlich Mitbewerbern, Verbraucherinnen und Verbrauchern sowie sonstigen Marktteilnehmern beizubehalten.

Ogleich die Rechtsanwendung im Bereich des Lauterkeitsrechts in Deutschland den Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG entspricht, besteht bei einzelnen Punkten noch Klarstellungsbedarf gesetzessystematischer Art, um auch bereits im Wortlaut des UWG selbst eine vollständige Rechtsangleichung zu erzielen. Denn der EuGH hat festgestellt, dass allein eine Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinne auslegt, der den Anforderungen einer Richtlinie entspricht, nicht dem Erfordernis der Rechtssicherheit genügt. Dies gilt insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzes (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2001, Az.: C-144/99 Rn. 21).

**B. Lösung**

Mit dem Gesetzentwurf sollen die entsprechenden klarstellenden Anpassungen im UWG vorgenommen werden. Dadurch werden die in der Richtlinie 2005/29/EG enthaltenen Regelungen für den Anwender bereits aus dem Wortlaut des UWG ersichtlich.

**C. Alternativen**

Keine.

**D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Keine.

**E. Erfüllungsaufwand****E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Keiner.

**E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Keiner.

**Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten**

Keine.

**E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung**

Keiner.

**F. Weitere Kosten**

Kosten für die Wirtschaft und für soziale Sicherungssysteme werden nicht erwartet. Auch sind keine Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, ersichtlich.

**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND  
DIE BUNDESKANZLERIN**

Berlin, 1. April 2015

An den  
Präsidenten des  
Deutschen Bundestages  
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

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

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Der Bundesrat hat in seiner 931. Sitzung am 6. März 2015 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel



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

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 2 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 7 wird vor dem Wort „Standard“ das Wort „jeweilige“ eingefügt und werden die Wörter „gegenüber Verbrauchern“ durch die Wörter „jeweils gegenüber Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern“ und wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

b) Folgende Nummer 8 wird angefügt:

„8. „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ die Vornahme einer geschäftlichen Handlung, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

2. § 3 wird wie folgt gefasst:

„(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

(2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter im Sinne des Absatzes 1, wenn sie nicht der für den Unternehmer jeweils geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Schädigen die geschäftlichen Handlungen jedoch ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern, so gilt Absatz 3 Satz 2.

(3) Geschäftliche Handlungen, die sich weder an Verbraucher richten noch diese erreichen, sind unlauter im Sinne des Absatzes 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) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

(5) Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.“

3. § 4 wird wie folgt geändert:
- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

## „§ 4

## Beispiele von Verstößen gegen die fachliche Sorgfalt“.

- b) In dem Satzteil vor Nummer 1 werden die Wörter „Unlauter handelt insbesondere,“ durch die Wörter „Es wird vermutet, dass gegen die für ihn jeweils geltende fachliche Sorgfalt verstößt,“ ersetzt.
- c) Nummer 6 wird aufgehoben.
4. Nach § 4 wird folgender § 4a eingefügt:

## „§ 4a

## Aggressive geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern

(1) Unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen durch

1. Belästigung,
2. Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder
3. Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt.

(2) Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 ist, ist abzustellen auf

1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer der Handlung;
  2. die Verwendung drohender oder beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweisen;
  3. die bewusste Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen;
  4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln;
  5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen.“
5. In § 5 Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Unlauter“ die Wörter „im Sinne des § 3 Absatz 1“ eingefügt und wird der Punkt am Ende durch ein Komma und die Wörter „die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“ ersetzt.
6. § 5a wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 handelt, wer dem Verbraucher eine Information vorenthält,

1. die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände wesentlich ist,
2. die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen und
3. deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Als Vorenthalten gilt auch

1. das Verheimlichen wesentlicher Informationen,
  2. die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise,
  3. die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen oder
  4. die Bereitstellung wesentlicher Informationen in einer Weise, die den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt.“
- b) In Absatz 3 werden die Wörter „im Sinne des Absatzes 2“ durch die Wörter „im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 1“ ersetzt.
- c) In Absatz 4 werden die Wörter „im Sinne des Absatzes 2“ durch die Wörter „im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 1“ ersetzt.
- d) Folgender Absatz 5 wird angefügt:
- „(5) Bei der Beurteilung, ob Informationen vorenthalten wurden, sind zu berücksichtigen:
1. räumliche oder zeitliche Beschränkungen durch das für die geschäftliche Handlung gewählte Kommunikationsmittel sowie
  2. alle Maßnahmen des Unternehmers, um dem Verbraucher die Informationen auf andere Weise als durch das Kommunikationsmittel nach Nummer 1 zur Verfügung zu stellen.“
7. In § 6 Absatz 2 werden in dem Satzteil vor Nummer 1 nach dem Wort „Unlauter“ die Wörter „im Sinne des § 3 Absatz 1“ eingefügt.
8. Der Anhang wird wie folgt geändert:
- a) In der Überschrift und in dem Satzteil vor Nummer 1 wird jeweils die Angabe „§ 3 Absatz 3“ durch die Angabe „§ 3 Absatz 4“ ersetzt.
  - b) In Nummer 14 werden die Wörter „das den Eindruck vermittelt“ durch die Wörter „bei dem vom Verbraucher ein finanzieller Beitrag für die Möglichkeit verlangt wird“ ersetzt und werden die Wörter „könne eine Vergütung erlangt werden“ durch die Wörter „eine Vergütung zu erlangen“ ersetzt.

## **Artikel 2**

### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Durch die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22; L 253 vom 25.9.2009, S. 18) (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, im Folgenden: Richtlinie 2005/29/EG) wurde das Lauterkeitsrecht im Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern auf europäischer Ebene weitestgehend vollharmonisiert (vgl. Artikel 3 der Richtlinie). Dies hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten im vollharmonisierten Bereich eine vollständige Rechtsangleichung vorzunehmen haben. Sie dürfen nicht hinter dem Schutzniveau der Richtlinie zurückbleiben. Die Mitgliedstaaten dürfen aber auch keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Regelungen vorsehen. Dies auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen (Europäischer Gerichtshof [EuGH], Urteil vom 23. April 2009, Az.: C-261/07 und C-299/07 Rn. 52 sowie Urteil vom 14. Januar 2010, Az.: C-304/08 Rn. 41). Die Regelungen müssen sich mit der erforderlichen Klarheit aus dem Gesetz selbst ergeben. Denn der EuGH hat festgestellt, dass allein eine Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinne auslegt, der den Anforderungen einer Richtlinie entspricht, nicht dem Erfordernis der Rechtssicherheit genügt. Dies gilt insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzes (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2001, Az.: C-144/99 Rn. 21).

Die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG erfolgte durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949 ff.), das seit dem 30. Dezember 2008 in Kraft ist. Geleitet von der Zielsetzung, in Deutschland ein möglichst einheitliches Lauterkeitsrecht hinsichtlich Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern beizubehalten, erfolgte die Umsetzung im bereits bestehenden Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Obgleich die Rechtsanwendung im Bereich des Lauterkeitsrechts in Deutschland den Vorgaben der Richtlinie entspricht und insbesondere nicht über diese hinausgeht, besteht bei einzelnen Punkten noch Klarstellungsbedarf gesetzessystematischer Art, um eine vollständige Rechtsangleichung im Gesetzeswortlaut zu erzielen.

#### II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Da sich das UWG als ein das Lauterkeitsrecht einheitlich regelndes Gesetz bewährt hat, soll an dem Grundsatz festgehalten werden, dass sowohl der lauterkeitsrechtliche Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern als auch derjenige von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern in ein und demselben Gesetz geregelt ist.

Die wesentlichen Änderungen sind folgende:

In § 2 UWG (Definitionen) wird in Nummer 7 die fachliche Sorgfalt jeweils gegenüber Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern definiert. In einer neuen Nummer 8 wird die Definition der „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ aus der Richtlinie 2005/29/EG eingefügt, die sodann in § 3 UWG aufgegriffen wird.

Die Generalklausel in § 3 UWG (Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen) wird klarer gefasst. Dadurch werden die Maßstäbe für unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern (B2C) einerseits sowie im Verhältnis von Unternehmern zu anderen Unternehmern, d. h. Mitbewerbern bzw. zu sonstigen Marktteilnehmern (B2B), andererseits auch gesetzessystematisch klarer unterschieden. Dies hat zur Folge, dass nun auch der Begriff der Unlauterkeit für den Nichtverbraucherbereich in Absatz 3 definiert wird.

§ 4 UWG regelt nun Beispiele für Verstöße gegen die fachliche Sorgfalt. Dadurch wird klargestellt, dass es sich hier nicht um einen eigenständigen Katalog von Per-se-Verboten handelt, sondern die Anwendung unter dem Vorbehalt weiterer Voraussetzungen des § 3 Absatz 2 oder 3 steht. Die – aufgrund der Rechtsprechung des EuGH inzwischen ohnehin bedeutungslose – Regelung des § 4 Nummer 6 („Koppelungsverbot“) wird gestrichen.

Mit § 4a UWG (Aggressive geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern) wird im Hinblick auf die ausführlichen Regelungen des Artikels 8 (Aggressive Geschäftspraktiken) und des Artikels 9 (Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung) der Richtlinie 2005/29/EG eine eigene Regelung hinsichtlich aggressiver geschäftlicher Handlungen geschaffen.

In § 5 UWG (Irreführende geschäftliche Handlungen) wird deutlich gemacht, dass die jeweilige irreführende Handlung geeignet sein muss, die Entscheidungsfreiheit des Adressaten zu beeinträchtigen.

Die Regelung des § 5a UWG (Irreführung durch Unterlassen) wird in Absatz 2 für Verbraucher stärker an die Terminologie der Richtlinie 2005/29/EG angepasst und durch weitere, bisher nicht ausdrücklich genannte Merkmale ergänzt. Die bisher in Absatz 2 enthaltene Regelung zu Beschränkungen des Kommunikationsmittels wird hinsichtlich des Wortlauts der Richtlinie präzisiert und in einen eigenen Absatz verschoben.

Zudem erfolgt aufgrund des Urteils des EuGH vom 3. April 2014 in der Rechtssache C-515/12 eine Klarstellung zum Erfordernis eines finanziellen Beitrags des Verbrauchers in Schneeball- und Pyramidensystemen in Nummer 14 des Anhangs zu § 3 Absatz 4 (bisher Absatz 3) UWG.

Änderungen in der Rechtsanwendung sind durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht zu erwarten, da das UWG auch bereits bisher durch die Gerichte richtlinienkonform ausgelegt wurde.

### **III. Alternativen**

Keine.

### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes besteht nach Artikel 73 Nummer 9 des Grundgesetzes eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar.

### **VI. Gesetzesfolgen**

#### **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung europäischen Rechts, wobei die bisherige Regelungsstruktur des UWG so weit wie möglich beibehalten wird. Verwaltungsverfahren werden von diesem Gesetzentwurf nicht berührt, da die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts im hier betroffenen Bereich zivilrechtlich ausgestaltet ist.

Der Gesetzentwurf trägt zur Rechtsvereinfachung bei, da sich der Regelungsgehalt der jeweiligen Normen in Zukunft klarer aus dem Gesetzeswortlaut selbst ergeben wird.

#### **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Der Gesetzentwurf dient der wirtschaftlichen Zukunftsvorsorge und somit einer nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Die engere Anpassung des UWG an die europarechtlichen Vorgaben des Lauterkeitsrechts im Bereich des Verbraucherschutzes verbessert die Investitionsbedingungen im grenzüberschreitenden Bereich, da der Rechtsrahmen auf europäischer Ebene weiter vereinheitlicht wird.

#### **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Die Gesetzesänderungen und ihr Vollzug führen weder bei Bund und Ländern noch bei den Gemeinden zu Mehrausgaben oder Mindereinnahmen.

#### **4. Erfüllungsaufwand**

Mit einem Erfüllungsaufwand sind die Gesetzesänderungen nicht verbunden.

## 5. Weitere Kosten

Kosten für die Wirtschaft und für soziale Sicherungssysteme werden nicht erwartet. Auch sind keine Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, ersichtlich.

## 6. Weitere Gesetzesfolgen

Weitere Gesetzesfolgen sind nicht zu erwarten. Unterschiedliche Auswirkungen der Gesetzesänderungen auf Männer und Frauen sind nicht ersichtlich.

## VII. Befristung; Evaluation

Da bestehende Gesetze geändert werden, die unbefristet gelten und auch künftig in der geänderten Fassung auf noch unbestimmte Zeit erforderlich sein werden, ist eine Befristung nicht vorgesehen. Auch die Richtlinie 2005/29/EG – deren weiterer Umsetzung dieses Gesetz dient – gilt unbefristet. Eine Evaluation ist nicht erforderlich, da die Gesetzesänderungen den Wortlaut bestehender Regelungen weitestgehend lediglich im Hinblick auf die Richtlinie 2005/29/EG modifizieren, ohne grundlegende inhaltliche Änderungen herbeizuführen.

### B. Besonderer Teil

#### Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)

##### Zu Nummer 1 (Änderung des § 2 Absatz 1)

##### Zu Buchstabe a (Änderung der Nummer 7)

Da der Begriff „fachliche Sorgfalt“ nun auch als Maßstab für Wettbewerbshandlungen gegenüber Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern verwendet wird (vgl. § 3 Absatz 3 UWG-E), wird der Anwendungsbereich der Definition über den Verbraucherbereich hinaus erweitert. Die Betonung des „jeweiligen“ Standards verdeutlicht, dass der Begriff je nach betroffenem Marktteilnehmer unterschiedlich auszulegen ist. Denn das nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten an den Tag zu legenden Verhalten kann je nach dem, ob es sich um eine geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern oder gegenüber Unternehmern als Abnehmern (sogenannten sonstigen Marktteilnehmern) handelt, ein anderes sein. Zur Wahrung des Sorgfaltsmaßstabs gegenüber Unternehmern als Mitbewerbern wiederum gehört es insbesondere, deren wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeiten nicht in unangemessener Weise zu beeinträchtigen.

Soweit es sich um den gegenüber Verbrauchern zu berücksichtigenden Sorgfaltsmaßstab handelt, unterliegt der Begriff – aufgrund dessen Herkunft aus Artikel 2 Buchstabe h der Richtlinie 2005/29/EG – der Auslegung durch den EuGH. In den übrigen Anwendungsbereichen ist dies nicht der Fall.

##### Zu Buchstabe b (Nummer 8 – neu –)

Durch die neu in das Gesetz aufgenommene Nummer 8 wird der Definitionenkatalog des § 2 Absatz 1 um eine Definition des Begriffs „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ ergänzt. Die Definition folgt Artikel 2 Buchstabe e der Richtlinie 2005/29/EG, verwendet jedoch – um die einheitliche Terminologie des UWG zu wahren – den Begriff „geschäftliche Handlung“ anstelle des Begriffs „Geschäftspraxis“. Eine inhaltliche Abweichung von Artikel 2 Buchstabe e der Richtlinie 2005/29/EG ist hiermit nicht verbunden. Die Definition wird sodann in der Generalklausel des § 3 Absatz 2 Satz 1 UWG-E verwendet.

##### Zu Nummer 2 (Änderung des § 3)

Die Regelung des § 3 wird dergestalt neu gefasst, dass eine systematisch eindeutigeren Trennung der Anwendungsbereiche der bereits jetzt bestehenden unterschiedlichen Generalklauseln hinsichtlich der geschäftlichen Handlungen mit Verbraucherbezug auf der einen und hinsichtlich der geschäftlichen Handlungen mit Bezug auf Unternehmer als Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer auf der anderen Seite erfolgt. Auch für die – außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2005/29/EG liegende – Konstellation der geschäftlichen Handlung mit Verbraucherbezug, die aber einzig die Interessen von Mitbewerbern schädigt, wird eine eigene Generalklausel geschaffen.

Die Neufassung des § 3 ist erforderlich, da der lauterkeitsrechtliche Schutz im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern durch die Richtlinie 2005/29/EG weitestgehend vollharmonisiert wird, was zur Folge hat, dass

die Mitgliedstaaten in diesem Bereich keine abweichenden und damit auch keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Regelungen vorsehen dürfen (EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Az.: C-261/07 und C-299/07 Rn. 52 sowie Urteil vom 14. Januar 2010, Az.: C-304/08 Rn. 41). Zugleich eignet sich der von der Richtlinie 2005/29/EG für den Verbraucherbereich vorgegebene Maßstab nicht stets in gleicher Weise für geschäftliche Handlungen, die ausschließlich Unternehmer als Abnehmer oder Mitbewerber betreffen.

Änderungsbedarf besteht auch deshalb, weil der Wortlaut der Generalklausel des § 3 Absatz 1 in ihrer bisherigen Fassung ein Verbot geschäftlicher Handlungen mit Verbraucherbezug auch dann ermöglichen würde, wenn die Voraussetzungen der Generalklausel bezüglich des Verbraucherbereichs in § 3 Absatz 2 nicht vorlägen. Denn § 3 Absatz 1 regelt, dass unlautere Handlungen gegenüber Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern unzulässig sind, wenn sie diese spürbar beeinträchtigen. § 3 Absatz 2 bestimmt sodann, dass geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern „jedenfalls“ unter den dortigen Voraussetzungen unzulässig sind. Insofern könnte nach dem Gesetzeswortlaut für Verbraucher auch über § 3 Absatz 2 hinaus allein der Maßstab des § 3 Absatz 1 zur Anwendung kommen.

Zwar stellt die Rechtsprechung durch richtlinienkonforme Gesetzesauslegung bereits jetzt sicher, dass die auf der Richtlinie 2005/29/EG beruhenden Voraussetzungen des § 3 Absatz 2 für die Unzulässigkeit von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern nicht über eine Anwendung der Generalklausel des (bisherigen) § 3 Absatz 1 umgangen werden. Insbesondere wird so regelmäßig geprüft, ob die geschäftliche Handlung zur Beeinflussung des wirtschaftlichen Verbraucherverhaltens in dem Sinne geeignet ist, dass die Verbraucher zu geschäftlichen Entscheidungen veranlasst werden könnten, die sie sonst nicht getroffen hätten (vgl. Bundesgerichtshof [BGH], Urteil vom 5. Oktober 2010, Az.: I ZR 4/06 Rn. 15, 20). Auch wird regelmäßig ein Verstoß gegen die für den Unternehmer geltende Sorgfalt geprüft. Allerdings genügt – wie der EuGH festgestellt hat – eine Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinne auslegt, der den Anforderungen der Richtlinie entspricht, nicht dem Erfordernis der Rechtssicherheit. Dies gilt insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzes (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2001, Az.: C-144/99 Rn. 21). Aufgrund der bereits jetzt erfolgenden richtlinienkonformen (einschränkenden) Gesetzesauslegung durch die Rechtsprechung sind von der diesbezüglichen gesetzessystematischen Umgestaltung des § 3 keine faktischen Änderungen für die Rechtsanwendung zu erwarten.

### **Zu Absatz 1**

Unlautere geschäftliche Handlungen sind nach der Neufassung des Absatzes 1 nun schon von der Definition her unzulässig, ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssen. Rechtssystematisch erlaubt die Neufassung des Absatzes 1 eine klarere Unterscheidung zwischen den Voraussetzungen der Unlauterkeit einerseits und der Rechtsfolge der Unzulässigkeit andererseits. Bislang hatte § 3 Absatz 1 eine Doppelfunktion zum einen als für sich stehende Generalklausel zur Unlauterkeit, zum anderen als Rechtsfolgenregelung für die speziellen Unlauterkeitstatbestände der §§ 4 ff. Nun wird diese Doppelfunktion aufgetrennt. Absatz 1 benennt nun nur noch die Rechtsfolge der Unlauterkeit. Ob eine geschäftliche Handlung im Einzelfall unlauter ist, ergibt sich nun entweder aus den Spezialtatbeständen der §§ 4a ff. oder aus den Generalklauseln der Absätze 2 und 3 des § 3. Hierdurch wird der Bedeutungsinhalt des Begriffs der Unlauterkeit an Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 2005/29/EG angeglichen. Diese neue Terminologie des § 3 Absatz 1 gilt jedoch – im Interesse der Einheitlichkeit des Lauterkeitsrechts – nicht nur für den Bereich des Verbraucherschutzes, sondern – über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus – für das Lauterkeitsrecht insgesamt.

Dies bringt keine Änderungen für die Rechtspraxis mit sich. Nach der bisherigen Systematik des Gesetzes waren unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 Absatz 1 (und in dessen Anwendungsbereich) unzulässig, wenn sie geeignet waren, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. In Zukunft wird das Relevanz- bzw. Spürbarkeitskriterium nicht erst bei der Frage nach der Rechtsfolge der Unzulässigkeit einer unlauteren geschäftlichen Handlung, sondern bereits bei der Prüfung der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung zu berücksichtigen sein. Das Relevanz- bzw. Spürbarkeitskriterium bleibt für geschäftliche Handlungen zwischen Unternehmern (B2B) unverändert erhalten (Absatz 3) und wird für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern (B2C) richtlinienkonform präzisiert, indem in Absatz 2 das Relevanzkriterium des Absatzes 5 der Richtlinie 2005/29/EG (Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers) übernommen wird.

### **Zu Absatz 2**

Wie bisher beinhaltet Absatz 2 die Generalklausel hinsichtlich geschäftlicher Handlungen mit Verbraucherbezug.

Bei der Neufassung des Satzes 1 werden die folgenden Änderungen vorgenommen: Dadurch, dass die Formulierung der geschäftlichen Handlungen „gegenüber Verbrauchern“ in Satz 1 ersetzt wird durch die Formulierung der „geschäftlichen Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen“, wird die Terminologie des Artikels 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2005/29/EG aufgegriffen und der Rechtsprechung des EuGH bezüglich des (weiten) Anwendungsbereichs der Richtlinie Rechnung getragen (vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 2010, Az.: C-540/08 Rn. 21).

Die Streichung der Worte „jedenfalls dann“ stellt klar, dass es sich bei der Generalklausel des Absatzes 2 nicht um einen Unterfall des Absatzes 1 handelt, sondern die neuen Generalklauseln (nun in den Absätzen 2 und 3) voneinander getrennte, jeweils eigene Anwendungsbereiche haben. Auch wird nun in der Verbrauchergeneralklausel des Absatzes 2 der Begriff der Unlauterkeit verwendet, deren Rechtsfolge sich aus Absatz 1 ergibt.

Die Verwendung des Begriffs „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verbraucherverhaltens“ greift wiederum die Terminologie des Artikels 5 Absatz 2 der Richtlinie 2005/29/EG auf. Da dieser Begriff nun in § 2 Absatz 1 Nummer 8 entsprechend definiert wird, ist die eigene Erwähnung der Fähigkeit, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, sowie die Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung, die ansonsten nicht getroffen worden wäre, an dieser Stelle nicht mehr erforderlich.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG umfasst allerdings nach deren Erwägungsgrund 6 diejenigen geschäftlichen Handlungen nicht, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. Es bleibt den Mitgliedstaaten unbenommen, diese Bereiche unabhängig von den Vorgaben der Richtlinie zu regeln. Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern, von denen Verbraucher nicht tangiert werden, oder sonstige geschäftliche Handlungen ohne Verbraucherbezug – etwa Maßnahmen der Absatzförderung für Produkte, die zu gewerblichen Zwecken genutzt werden – sind bereits nach dem Wortlaut des § 3 Absatz 2 von dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen, da sie sich nicht „an Verbraucher richten oder diese erreichen“. Sie unterfallen § 3 Absatz 3 UWG. Es kann jedoch auch geschäftliche Handlungen geben, die sich zwar an Verbraucher richten oder diese erreichen, jedoch nicht diese, sondern allein Mitbewerber schädigen. Zu denken ist hier beispielsweise an bestimmte Fälle der Rufausbeutung (siehe etwa die Konstellation, die dem Urteil des BGH vom 8. November 1984, Az. I ZR 128/82 zugrunde lag – Imitation exklusiver Uhren, ohne dass der Verbraucher getäuscht würde). Es wäre nicht sachgerecht, diese Konstellationen dem Anwendungsbereich und damit den Voraussetzungen der Verbrauchergeneralklausel zu unterstellen. Um hier eine Unterscheidung zu treffen, wurde der Satz „Schädigen die geschäftlichen Handlungen jedoch ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern, so gilt Absatz 3 Satz 2“ ergänzt. Die Konstellation wird sodann entsprechend in Absatz 3 Satz 2 aufgegriffen.

Der Regelungsgehalt der bisherigen Sätze 2 und 3 wird in einen eigenen Absatz (Absatz 5) verschoben (siehe unten).

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 enthält die lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln für geschäftliche Handlungen ohne Verbraucherbezug bzw. den Schutz von Nichtverbrauchern. Dieser Bereich war bisher teilweise in Absatz 1 geregelt, der in Zukunft nicht mehr als Generalklausel, sondern als einheitliche Rechtsfolgenregelung dient. Daher findet sich das erforderliche Relevanz- bzw. Spürbarkeitskriterium nun auch in Absatz 3 und nicht mehr in Absatz 1.

Satz 1 regelt die Fälle, in denen ein Verbraucherbezug nicht besteht (Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern, von denen Verbraucher nicht tangiert werden oder sonstige geschäftliche Handlungen ohne Verbraucherbezug – etwa Maßnahmen der Absatzförderung für Produkte, die zu gewerblichen Zwecken genutzt werden). Durch die Formulierung „die sich weder an Verbraucher richten noch diese erreichen“ wird klargestellt, dass im Falle geschäftlicher Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, als Generalklausel ausschließlich die Verbrauchergeneralklausel des Absatzes 2 Anwendung findet und Absatz 3 Satz 1 hier nicht anwendbar ist, auch nicht als Auffangtatbestand. Absatz 3 Satz 1 betrifft somit lediglich geschäftliche Handlungen zwischen Gewerbetreibenden ohne Verbraucherbezug.

Der Begriff „Unlauterkeit“ war für Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer im UWG bisher nicht definiert. Eine Definition wird aufgrund der Unterscheidung zwischen Voraussetzung der Unlauterkeit und der Rechtsfolge der Unzulässigkeit jetzt jedoch erforderlich. § 3 Absatz 1 enthält nunmehr allein eine Rechtsfolge und bestimmt, dass unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind. Voraussetzung für die Unlauterkeit von geschäftlichen Handlungen gegenüber Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern kann aber auch nicht ausschließlich sein, dass die Handlung diese „spürbar beeinträchtigt“. Denn auch wettbewerbsrechtlich lautere Handlungen können

zu einer – dann im Wettbewerb völlig legitimen – spürbaren Beeinträchtigung des Mitbewerbers führen. Zusätzlich wird daher auch im Absatz 3 auf einen Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt im Sinne des § 2 Nummer 7 Bezug genommen. Dieser Umstand, dass nun auch für die Generalklauseln im B2B-Bereich auf einen Verstoß gegen die für den Unternehmer geltende fachliche Sorgfalt abgestellt wird, hat allerdings keine Änderungen für die Rechtspraxis zur Folge. Die Definition des § 2 Nummer 7, die auf Billigkeitserwägungen sowie den Grundsatz von Treu und Glauben abstellt, ermöglicht einen weiten Anwendungsspielraum. Der Rechtsprechung wird so ermöglicht, die bereits im Rahmen des bisherigen § 3 Absatz 1 UWG entwickelten angemessenen Anforderungen an lauterer Handeln von Unternehmern gegenüber Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern weiterhin zur Anwendung zu bringen. Die Betonung des „jeweiligen“ Standards in der Definition des § 2 Nummer 7 verdeutlicht zudem, dass der Begriff im jeweiligen Kontext unterschiedlich auszulegen ist. Im B2B-Bereich können nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten für die „fachliche Sorgfalt“ daher andere Maßstäbe gelten als im B2C-Bereich. Zur Wahrung des Sorgfaltsmaßstabs gegenüber Mitbewerbern gehört es dabei insbesondere, deren wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeiten nicht in unangemessener Weise zu beeinträchtigen. Insbesondere § 4 Nummer 7 bis 10 enthalten insofern eine Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“ gegenüber Mitbewerbern.

Satz 2 regelt die Unlauterkeit derjenigen geschäftlichen Handlungen, die sich zwar an Verbraucher richten oder diese erreichen, jedoch ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen und somit Verbraucherinteressen überhaupt nicht berühren. Die Formulierung in Absatz 3 Satz 2 greift insofern spiegelbildlich die Formulierung in Absatz 2 auf (vgl. hierzu die Erläuterungen bei Absatz 2). Anders als bei Satz 1 ist hier die eigene Erwähnung einer spürbaren Beeinträchtigung der Interessen von Mitbewerbern als Relevanzkriterium nicht erforderlich, da diese bei einer Schädigung wirtschaftlicher Interessen stets vorliegt.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 ist der bisherige Absatz 3.

#### **Zu Absatz 5**

Hier handelt es sich im Wesentlichen unverändert um die bisher in Absatz 2 Satz 2 und 3 enthaltene Regelung. Sie bildet nun einen eigenen Absatz, um klarzustellen, dass es sich bei diesem – aus Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 2005/29/EG folgenden – Grundsatz um einen allgemeinen Maßstab für die Bewertung geschäftlicher Handlungen im Verbraucherbereich handelt. Dieser findet nicht nur im Rahmen der Generalklausel, sondern auch für die Spezialtatbestände Anwendung.

#### **Zu Nummer 3 (Änderung des § 4)**

Die Regelung des § 4 beinhaltet nun Beispiele von Verstößen gegen die fachliche Sorgfalt und wird damit an die neue Struktur des § 3 angepasst. Insbesondere wird so klargestellt, dass es sich hier nicht um einen eigenständigen Katalog von Per-se-Verboten handelt, sondern die Anwendung unter dem Vorbehalt der Voraussetzungen des § 3 steht. Eine Ausgestaltung der Beispielstatbestände als Per-se-Verbote wäre aufgrund der vollharmonisierenden Wirkung der Richtlinie 2005/29/EG – so weit, wie sich deren Anwendungsbereich erstreckt – unzulässig. Dies war auch zu keiner Zeit die Absicht des Gesetzgebers, der bei früheren Änderungen des UWG stets davon ausgegangen ist, dass § 4 UWG lediglich unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 3 UWG Anwendung findet (vgl. Bundestagsdrucksache 15/1487, S. 17 und Bundestagsdrucksache 16/10145, S. 22). An dieser Systematik wird festgehalten, indem § 4 UWG nun über das Kriterium der „fachlichen Sorgfalt“ mit § 3 Absatz 2 bzw. Absatz 3 UWG verzahnt wird.

Um zur Unlauterkeitsfolge des § 3 Absatz 1 zu gelangen, bedarf es eines Unwertkriteriums (im Rahmen der Generalklauseln des § 3 Absatz 2 bzw. Absatz 3 ein Verstoß gegen die jeweilige fachliche Sorgfalt) sowie eines Relevanzkriteriums (in § 3 Absatz 2 die Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verbraucherverhaltens, in § 3 Absatz 3 die spürbare Interessenbeeinträchtigung bzw. Schädigung wirtschaftlicher Interessen). Die einzelnen Tatbestände des § 4 werden nun – durch die Neuformulierung des Obersatzes – zu Beispielen von Verstößen gegen die fachliche Sorgfalt (d. h. des Unwertkriteriums) in Gestalt von Vermutungs- bzw. Beweislastregeln. Ist einer der Tatbestände erfüllt, wird ein Sorgfaltsverstoß (widerleglich) vermutet. Das jeweilige Relevanzkriterium ist sodann – wie bisher – zu prüfen und positiv festzustellen.

Nummer 6 (sogenanntes Koppelungsverbot) wird im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 14. Januar 2010, Az.: C-304/08) und deren Auswirkungen auf die Praxis aufgehoben.

**Zu Buchstabe a (Änderung der Überschrift)**

Die neue Überschrift „Beispiele von Verstößen gegen die fachliche Sorgfalt“ vollzieht die dargelegte Anpassung nach.

**Zu Buchstabe b (Änderung des Satzteiles vor Nummer 1)**

Wie dargelegt, wird bei Vorliegen eines der Tatbestände des § 4 ein Verstoß gegen die jeweilige fachliche Sorgfalt vermutet. Soll im Einzelfall ausnahmsweise ein solcher Sorgfaltsverstoß nicht vorliegen, obliegt die Vortrags- und Beweislast hierfür dem handelnden Unternehmer. Eine solche Beweislastregelung ist mit den Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG vereinbar. Wie sich aus Erwägungsgrund 21 ergibt, bestimmt sich die Beweislast nach dem Recht der Mitgliedstaaten.

**Zu Buchstabe c (Aufhebung der Nummer 6)**

Mit Urteil vom 14. Januar 2010 (Az.: C-304/08) hat der EuGH aus Anlass einer den § 4 Nummer 6 betreffenden Vorlagefrage festgestellt, dass Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 2005/29/EG einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankomme, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt. Auch der BGH hat in Folge der Entscheidung festgestellt, dass die Kopplung von Gewinnspielen an ein Umsatzgeschäft nicht generell der fachlichen Sorgfalt widerspreche. In richtlinienkonformer Auslegung könne ein Koppelungsgeschäft daher nur dann untersagt werden, wenn im Einzelfall ein Sorgfaltsverstoß festzustellen oder der Irreführungstatbestand betroffen sei (Urteil vom 5. Oktober 2010, Az.: I ZR 4/06).

Die Regelung des § 4 Nummer 6 hat somit bei richtlinienkonformer Anwendung neben der Generalklausel des § 3 Absatz 2 bzw. den Irreführungstatbeständen (§§ 5, 5a) keine eigenständige Bedeutung mehr und wird entsprechend kaum noch angewandt. Sie wird daher aufgehoben.

**Zu Nummer 4 (§ 4a – neu – Aggressive geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern)**

Die Richtlinie 2005/29/EG unterscheidet bei den Spezialtatbeständen zwischen irreführenden (Artikel 6 und 7) sowie aggressiven Geschäftspraktiken (Artikel 8 und 9). Enthält das UWG mit den §§ 5 und 5a bereits jetzt gesonderte Bestimmungen zu irreführenden geschäftlichen Handlungen, waren aggressive geschäftliche Handlungen bislang lediglich in § 4 Nummer 1 und 2 als Unterfälle der Unlauterkeitstatbestände der Generalklausel geregelt.

Mit § 4a wird nun eine eigenständige Bestimmung hinsichtlich aggressiver geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern in das UWG aufgenommen, durch welche die Vorgaben der relativ ausführlichen Artikel 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG umfassend umgesetzt werden.

Absatz 1 setzt Artikel 8 der Richtlinie 2005/29/EG um, der die allgemeine Regelung hinsichtlich aggressiver Geschäftspraktiken enthält. Über den Begriff der Unlauterkeit ist die Norm hinsichtlich der Rechtsfolge an § 3 Absatz 1 UWG gebunden, wonach unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind.

Satz 1 regelt, dass aggressive geschäftliche Handlungen, die die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern beeinträchtigen, unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 UWG und damit unzulässig sind. Die Formulierung „geeignet ist, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte“ ist an Artikel 8 der Richtlinie angelehnt („tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“) und entspricht der Formulierung in § 5 für irreführende geschäftliche Handlungen.

Anders als im Rahmen der Generalklauseln des § 3 ist ein Verstoß gegen die „fachliche Sorgfalt“ bei aggressiven geschäftlichen Handlungen nicht zu prüfen (vgl. Urteil des EuGH vom 19. September 2013, Az.: C-435/11 Rn. 48). Wie in Artikel 8 der Richtlinie 2005/29/EG wird angenommen, dass die geschilderten aggressiven Handlungen stets unlauter und unzulässig sein sollen, wenn sie geeignet sind, eine geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen.

Satz 2 definiert aggressive geschäftliche Handlungen in Übereinstimmung mit Artikel 8 der Richtlinie 2005/29/EG. Nummer 1 enthält nun entsprechend deren Artikel 8 den Aggressionstatbestand der Belästigung. Zwar untersagt auch § 7 belästigende geschäftliche Handlungen, jedoch haben die Normen unterschiedliche Schutzzwecke. Soll § 7 das Recht schützen, „in Ruhe gelassen“ zu werden, schützt § 4a Absatz 1 Satz 2 Nummer 1

hingegen die freie und durch Belästigung unbeeinflusste geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers. Der Schutz der Privatsphäre (§ 7) wird ergänzt durch den Schutz der wirtschaftlichen Interessen (§ 4a).

Absatz 2 setzt Artikel 9 der Richtlinie 2005/29/EG hinsichtlich Belästigung, Nötigung und unzulässiger Beeinflussung um. Er enthält verschiedene präzisierende Merkmale, die bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung als aggressiv anzusehen ist, zu berücksichtigen sind.

Folgeänderungen ergeben sich aus der Schaffung des neuen § 4a UWG nicht. Insbesondere ist keine Aufhebung der § 4 Nummern 1 und 2 UWG geboten. Zum einen schützt § 4 Nummer 1 – anders als § 4a – unmittelbar nicht nur Verbraucher, sondern auch sonstige Marktteilnehmer. Aber auch hinsichtlich des Verbraucherschutzes kommt § 4 Nummer 1 und 2 eine Bedeutung neben § 4a zu, da beide Tatbestandsalternativen einen Regelungsbereich über die aggressive Beeinflussung des Verbraucherverhaltens hinaus haben. Dies gilt zum einen in § 4 Nummer 1 für die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessen unsachlichen Einfluss, der nicht notwendigerweise aggressiv sein muss. Ein über die Aggressionstatbestände hinausgehender Anwendungsbereich besteht etwa dann, wenn einem Interessenwahrer eines Dritten ein Vorteil gewährt wird (wobei dieser Interessenwahrer auch ein Verbraucher sein kann, siehe etwa BGH, Urteil vom 8. November 2007, AZ.: I ZR 60/05 Rn. 14 ff. – Regulierung von Versicherungsfällen). Zum anderen regelt § 4 Nummer 2 den Schutz von Verbrauchern, die durch Gebrechen, Alter, geschäftliche Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst oder eine Zwangslage besonders verletzlich sein können. Dieser Schutz besonders verletzlicher Verbrauchergruppen, der sowohl gegen aggressive als auch irreführende Ausnutzung gewährt wird, soll ausdrücklich beibehalten werden. Dies ist auch europarechtlich unbedenklich, da sich die Beweislast nach Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2005/29/EG nach dem Recht der Mitgliedstaaten bestimmt (vgl. im Einzelnen zu Nummer 3 [Änderung des § 4]).

#### **Zu Nummer 5 (Änderung des § 5 Absatz 1 Satz 1)**

Die Änderung verdeutlicht, dass die geschilderten irreführenden Handlungen unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 und somit ohne Prüfung weiterer Umstände außerhalb des § 5 unzulässig sind.

Irreführende geschäftliche Handlungen sind nur dann unlauter und somit unzulässig nach § 3 Absatz 1, wenn sie geeignet sind, die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern zu beeinträchtigen. Für Verbraucher folgt diese Vorgabe aus Artikel 6 (Irreführende Handlungen) der Richtlinie 2005/29/EG. Wie bisher soll der Tatbestand des § 5 über irreführende Handlungen jedoch auch weiterhin sonstige Marktteilnehmer als Adressaten der irreführenden Handlung in den Schutzbereich mit einbeziehen. Die Anforderung im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit gilt daher auch für sie. Die Formulierung entspricht der in § 4 für die aggressiven geschäftlichen Handlungen gewählten Formulierung.

Anders als im Rahmen der Generalklauseln des § 3 und ebenso wie in § 4a ist auch für irreführende Handlungen ein Verstoß gegen die „fachliche Sorgfalt“ nicht zu prüfen (vgl. Urteil des EuGH vom 19. September 2013, Az.: C-435/11 Rn. 48). Wie in Artikel 6 der Richtlinie 2005/29/EG wird angenommen, dass die geschilderten irreführenden Handlungen stets unzulässig sein sollen, wenn sie geeignet sind, eine geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen. Die insoweit bisher zu prüfende „spürbare Beeinträchtigung“ des § 3 Absatz 1 der bisherigen Fassung entfällt. Die irreführende geschäftliche Handlung muss jedoch, wie ausgeführt, geeignet sein, die geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern zu beeinflussen. Für Verbraucher entspricht dies den Vorgaben des Artikels 6 der Richtlinie 2005/29/EG. Für Unternehmer als Abnehmer (sonstige Marktteilnehmer) wurde dasselbe Kriterium gewählt, da es bei einer Irreführung immer um die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit geht. Ist die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt, liegt auch stets eine spürbare Beeinträchtigung vor. Wesentliche inhaltliche Änderungen ergeben sich daher nicht.

#### **Zu Nummer 6 (Änderung des § 5a)**

Die Norm wird stärker an Artikel 7 der Richtlinie 2005/29/EG angepasst.

#### **Zu Buchstabe a (Neufassung des Absatzes 2)**

Absatz 2 regelt die Irreführung durch Unterlassen gegenüber Verbrauchern. Die Änderungen beruhen auf den Anforderungen des Artikels 7 (Irreführende Unterlassungen) der Richtlinie 2005/29/EG.

Die in Satz 1 vorgenommene Ergänzung „im Sinne des § 3 Absatz 1“ verdeutlicht, dass die geschilderten irreführenden Unterlassungen unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 und somit ohne Prüfung weiterer Umstände außerhalb des § 5a unzulässig sind.

Satz 1 stellte bisher darauf ab, ob die irreführende Unterlassung die „Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Absatz 2“ beeinträchtigt. Im Einklang mit den Vorgaben des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 2005/29/EG wird diese Formulierung nun geändert zu „geeignet ist, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“ Dies entspricht auch der in § 4 für die aggressiven und in § 5 für die irreführenden geschäftlichen Handlungen gewählten Formulierung.

Aus Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 2005/29/EG wurde zudem die einschränkende Formulierung übernommen, dass nur das Vorenthalten derjenigen wesentlichen Information zur Unlauterkeit führt, die der Verbraucher „je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen“. Dies verdeutlicht, dass auch in Fällen, in denen eine Information „wesentlich“ ist, eine Abwägung dazu zu erfolgen hat, ob der Verbraucher dieses auch tatsächlich benötigt.

Die der Übersichtlichkeit halber in Gestalt einer Nummerierung gegliederten Kriterien des Satzes 1 haben kumulativen Charakter, was durch die Verwendung des Wortes „und“ verdeutlicht wird.

Die Regelung zu „Beschränkungen des Kommunikationsmittels“, die bisher in Satz 1 enthalten war, wurde in ergänzter Form in einen eigenen Absatz (Absatz 5) überführt.

Anders als in § 3 und ebenso wie in den §§ 4a und 5 ist ein Verstoß gegen die „fachliche Sorgfalt“ nicht zu prüfen. Dies entspricht den Vorgaben der Richtlinie.

Absatz 2 regelte bisher ausdrücklich lediglich das „Vorenthalten“ von Informationen. Der neue Satz 2 nennt nun weitere Fälle, die dem gleichstehen. Er stellt nun klar, dass – unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Satzes 1 – eine Irreführung durch Unterlassen gegenüber Verbrauchern auch vornimmt, wer Informationen „verheimlicht“ oder „auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt“. Dem ist weiterhin der Fall gleichgestellt, dass der „kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich“ gemacht wird, sofern sich dieser „nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt“. Diese Klarstellung greift den Wortlaut des Artikels 7 Absatz 2 der Richtlinie 2005/29/EG auf. Wie dargestellt führen die in Satz 2 aufgeführten Alternativen des „Vorenthaltes“ nur dann zur Unlauterkeit im Sinne des Satzes 1, wenn die Informationen nicht nur im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 wesentlich sind, sondern auch jeweils die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummern 2 und 3 vorliegen.

### **Zu Buchstabe b (Änderung des Absatzes 3)**

Hier handelt es sich um eine Folgeänderung. Da in der Neufassung des Absatzes 2 nun neben der Wesentlichkeit der Information (jetzt Absatz 2 Satz 1 Nummer 1) weitere Kriterien gefordert werden, ist klarzustellen, dass sich der Verweis in Absatz 3 – wie aus Artikel 7 Absatz 4 der Richtlinie 2005/29/EG folgend – auf ebendas Kriterium der Wesentlichkeit in Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bezieht.

### **Zu Buchstabe c (Änderung des Absatzes 4)**

Ebenso wie in Absatz 3 ist hier durch eine Folgeänderung klarzustellen, dass sich der Verweis in Absatz 4 auf das Kriterium der Wesentlichkeit in Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bezieht (vgl. Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 2005/29/EG).

### **Zu Buchstabe d (Absatz 5 – neu –)**

Der neue Absatz 5 greift das bislang in Absatz 2 enthaltene Kriterium der „Beschränkungen des Kommunikationsmittels“ auf und ergänzt dieses um weitere Aspekte entsprechend Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2005/29/EG. Insbesondere wird nun auch darauf hingewiesen, dass bei Beurteilung der Frage, ob Informationen im Sinne des Absatzes 2 „vorenthalten“ werden, nicht nur die (räumlichen oder zeitlichen) Beschränkungen des Kommunikationsmittels, sondern auch alle Maßnahmen des Unternehmers zu berücksichtigen sind, die dieser getroffen hat, um dem Verbraucher die (wesentlichen) Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen.

Befindet sich eine nach Absatz 3 oder 4 wesentliche Information nicht auf dem Werbemittel selbst, benötigt der Verbraucher sie jedoch im Sinne des Absatzes 2, so sind bei der Entscheidung, ob es sich hier um ein unlauteres Vorenthalten handelt, jedenfalls die in Absatz 5 genannten Aspekte in die Abwägung einzubeziehen. Zu denken ist hier etwa an Konstellationen, dass Werbeanzeigen oder Werbezetteln nicht über ausreichenden Platz verfügen, um sämtliche nach Absatz 3 und 4 wesentlichen Informationen dort unterzubringen, jedoch in deutlicher Weise etwa auf eine Internetseite verwiesen wird (siehe etwa Urteil des EuGH vom 12. Mai 2011, Az.: C-122/10, Rn. 56).

**Zu Nummer 7 (Änderung des § 6 Absatz 2)**

Im Einklang mit der neuen Systematik der Generalklausel des § 3 wird in § 6 klargestellt, dass die nach § 6 Absatz 2 unlauteren Arten vergleichender Werbung zugleich nach § 3 Absatz 1 unzulässig sind. § 6 dient nicht der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG, sondern der Umsetzung der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 21). Der Prüfung eines besonderen Spürbarkeitserfordernisses bedarf es hier nicht, da die Richtlinie 2006/114/EG ein solches nicht erfordert.

**Zu Nummer 8 (Änderung des Anhangs)****Zu Buchstabe a (Änderung der Überschrift und des Satzteiles vor Nummer 1)**

Die Änderung der Überschrift sowie des Obersatzes vollzieht nach, dass sich die Regelung bezüglich der gegenüber Verbrauchern stets unzulässigen geschäftlichen Handlungen aufgrund der Neufassung des § 3 nun in dessen Absatz 4 befindet, statt bisher in Absatz 3.

**Zu Buchstabe b (Änderung der Nummer 14 des Anhangs)**

Nummer 14 des Anhangs zu § 3 Absatz 4 (bisher Absatz 3) setzt Nummer 14 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG in deutsches Recht um. Danach sind die dort beschriebenen Schneeball- und Pyramidensysteme gegenüber Verbrauchern stets verboten.

In seinem Urteil vom 3. April 2014 in der Rechtssache C-515/12 hat der EuGH im Leitsatz festgestellt: „[...] Anhang I Nummer 14 der Richtlinie 2005/29/EG [...] ist dahin auszulegen, dass ein Schneeballsystem nur dann unter allen Umständen eine unlautere Geschäftspraxis darstellt, wenn ein solches System vom Verbraucher einen finanziellen Beitrag gleich welcher Höhe im Austausch für die Möglichkeit verlangt, eine Vergütung zu erzielen, die hauptsächlich durch die Einführung neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen ist.“

Die bisherige Fassung der Nummer 14 des Anhangs stellte in ihrem Wortlaut jedoch nicht auf einen „finanziellen Beitrag“ des Verbrauchers, sondern auf den „Eindruck“ ab, durch Teilnahme an dem System könne eine Vergütung erlangt werden. Die Änderungen sollen den Wortlaut der Nummer 14 des Anhangs nun an die Rechtsprechung des EuGH zu Nummer 14 des Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG angleichen.

**Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)**

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes am Tag nach der Verkündung.

## Anlage 2

### Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 931. Sitzung am 6. März 2015 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 3 Absatz 3 UWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob als Kriterium für die Unlauterkeit im Sinne des § 3 Absatz 3 UWG-E anstelle des Begriffs der „fachlichen Sorgfalt“ ein geeigneterer Maßstab gewählt werden kann.

Begründung:

In dem Gesetzentwurf wird das Kriterium der „fachlichen Sorgfalt“ in § 3 Absatz 3 UWG-E als Lauterkeitsmaßstab auch im Verhältnis von Unternehmern zu Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern (B2B) neu eingeführt. Dadurch entsteht die Gefahr von Rechtsunsicherheit und Abgrenzungsproblemen, da unklar ist, was unter „fachlicher Sorgfalt“ im Verhältnis zu den Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern zu verstehen ist. Insbesondere im Verhältnis zu den Mitbewerbern geht es darum, deren wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeiten nicht unangemessen zu beeinträchtigen. Diesbezüglich stellt der Maßstab der „fachlichen Sorgfalt“ kein geeignetes Wertungskriterium dar.

2. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe b (§ 4 UWG)

In Artikel 1 Nummer 3 ist Buchstabe b wie folgt zu fassen:

,b) In dem Satzteil vor Nummer 1 werden die Wörter „Unlauter handelt insbesondere,“ durch die Wörter „Gegen die für ihn jeweils geltende fachliche Sorgfalt verstößt insbesondere,“ ersetzt.“

Begründung:

In Anpassung an die Systematik der Richtlinie 2005/29/EG erscheint es konsequent, in § 4 UWG künftig Beispiele für Verstöße gegen die fachliche Sorgfalt zu normieren. Im Gegensatz zur bisherigen Formulierung soll es sich bei den hier normierten Beispielen nun aber lediglich um widerlegliche Vermutungen handeln. Damit wird für Unternehmer die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen eines gesetzlich normierten Beispiels, einen Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt zu widerlegen und damit im Ergebnis auch die Rechtsfolge der Unlauterkeit seiner Handlungen abzuwenden. Eine solche Umgestaltung des § 4 UWG kann damit im Einzelfall u.a. zu einer Absenkung des bisherigen Verbraucherschutzniveaus führen. Eine solche Änderung wird jedoch weder von der Richtlinie 2005/29/EG vorausgesetzt, noch sind hierfür zwingende Gründe aus der bisherigen Rechtspraxis und Regelungshistorie ersichtlich. Im Interesse eines umfassenden Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist von der Einführung einer solchen Beweislastregel abzusehen. Im Übrigen sind auch keine tragfähigen Gründe dafür ersichtlich, die Beispiele des § 4 UWG künftig als abschließende Aufzählung auszugestalten. Aus diesem Grund sollte das Wort „insbesondere“ weiterhin im Satzteil vor Nummer 1 erhalten bleiben.

3. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 4a Absatz 2 Nummer 3 UWG)

In Artikel 1 Nummer 4 ist § 4a Absatz 2 Nummer 3 wie folgt zu ändern:

a) Das Wort „bewusste“ ist zu streichen.

b) Nach dem Wort „beeinträchtigen,“ sind die Wörter „worüber sich der Unternehmer bewusst ist,“ einzufügen.

Begründung:

Das Wort „bewusste“ vor dem Wort „Ausnutzung“ erweist sich als entbehrlich. Unter dem Begriff des „Ausnutzens“ wird bereits ein rücksichtsloses, egoistisches Vorteilziehen aus einer Situation verstanden. Dieses

beinhaltet daher für sich schon eine subjektive Komponente, die keiner zusätzlichen Hervorhebung im Gesetzestext bedarf.

Eine subjektive Komponente sieht die Richtlinie 2005/29/EG hinsichtlich der Beeinträchtigung des Urteilsvermögens des Verbrauchers vor. Der insofern relevante Artikel 9 Buchstabe c der Richtlinie 2005/29/EG lautet an dieser Stelle wörtlich: „(...) dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Gewerbetreibende bewusst ist, (...)“. Mit der Einfügung des Relativsatzes „worüber sich der Unternehmer bewusst ist“ wird daher den Vorgaben in Artikel 9 Buchstabe c der Richtlinie 2005/29/EG genügt. Zugleich wird durch die nahezu wörtliche Übernahme des Richtlinien textes dem Ziel des Entwurfs des Änderungsgesetzes, den Regelungsgehalt der Richtlinie in den Gesetzestext zu inkorporieren, Rechnung getragen.

4. Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a (§ 5a Absatz 2 Satz 3 – neu – UWG)

In Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a ist dem § 5a Absatz 2 folgender Satz anzufügen:

„Als Verheimlichen gilt auch die Bereitstellung wesentlicher Informationen in einer Weise, bei der mit einer Kenntnisnahme durch den Verbraucher nicht gerechnet werden kann.“

Begründung:

In der Praxis zeigt sich, dass bei unseriösen Geschäftspraktiken häufig die für den Verbraucher wesentlichen Informationen, wie beispielsweise die Entgeltlichkeit, Zusatzkosten oder erhebliche Leistungseinschränkungen, in den AGB versteckt werden und die Unternehmer bewusst darauf vertrauen, dass die Verbraucher diese Informationen nicht wahrnehmen. Dies gilt auch nach dem Rückgang der klassischen Abo-Fallen bzw. wird in der Praxis auch nicht durch die (auf Grund der Button-Lösung oder der im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie eingeführten) erweiterten Informationspflichten vollständig ausgeschlossen. In seiner Wirkung kommt das Verstecken dem Verheimlichen gleich. Daher ist es geboten, dies bei der Neugestaltung des § 5a UWG klarzustellen.

5. Zu Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 10 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 – neu – UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

7a. § 10 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Im bisherigen Wortlaut wird das Wort „vorsätzlich“ gestrichen.

b) Folgender Satz wird angefügt:

„Dies gilt nicht, wenn die nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung nicht vorsätzlich vorgenommen wurde.“

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind, was die Frage der Gewinnabschöpfung angeht, nicht ausreichend. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung hat der Bundesrat mit Beschluss vom 1. Februar 2013, vgl. BR-Drucksache 817/12 (Beschluss), Ziffer 17, und im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken mit Beschluss vom 3. Mai 2013, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18, die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG im Hinblick auf die Regelung des Verschuldens zu ändern. Die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 UWG genannten rechtsfähigen Verbände, qualifizierten Einrichtungen sowie die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern haben in der Praxis Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, insbesondere Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen, so dass sie von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bislang nur zurückhaltend Gebrauch machen. Um die Rechtsdurchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu verbessern, ist folgende Änderung des § 10 UWG angezeigt:

§ 10 Absatz 1 UWG sollte zur Vereinfachung der Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs dahingehend geändert werden, dass künftig das Verschulden vermutet wird und nicht – wie bisher – vom Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen ist. Hierzu ist im bisherigen Wortlaut das Wort vorsätzlich zu streichen und stattdessen in einem neuen Satz 2 eine Vermutungsregelung aufzunehmen: danach soll das Verschulden vermutet werden und der Schuldner den Entlastungsbeweis führen können, indem er dartut, dass er die nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung nicht vorsätzlich vorgenommen hat. An den Entlastungsbeweis sollten dabei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

Nach geltender Rechtslage stellt der den Gläubigern obliegende Vorsatz-Nachweis die Anspruchsdurchsetzung vor sehr hohe Hürden beziehungsweise macht diese teils unmöglich. Nicht zu Unrecht steht dieser Umstand seit langem in der Kritik. Durch die vorgeschlagene Vermutungsregelung wird die Rechtsdurchsetzung für die Gläubiger erleichtert, gleichzeitig aber das Interesse der Schuldner dahingehend gewahrt, nur für schuldhaftes Handeln haften zu müssen. Die vollständige Streichung des Verschuldenserfordernisses in § 10 UWG wäre ebenso wenig wie die Herabsenkung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit eine Alternative. Würde man den Gewinnabschöpfungsanspruch auch in Fällen des nicht vorsätzlichen Handelns zuerkennen, so müsste jeder Unternehmer, der sich in einem Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit beziehungsweise Unzulässigkeit bewegt und deshalb mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest bedenklichen Verhaltens rechnen muss, davon ausgehen, den Gewinn zu verlieren. Der Unternehmer wäre hierdurch häufig einem nicht unerheblichen Prozessrisiko ausgesetzt. Ein solches Prozessrisiko ist in den Fällen, in denen ein Mitbewerber durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen echten Schaden erleidet, gerechtfertigt. Dies gilt indes nicht beim Gewinnabschöpfungsanspruch. Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch dient der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem individuellen Schadensausgleich. Der Abnehmer, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten Nachteile erlitten hat, erhält den Anspruch gerade nicht. Vielmehr sollen die Fälle erfasst werden, in denen die Geschädigten den Anspruch nicht geltend machen. Der Anspruch dient demnach weniger dem Interessenausgleich, sondern vielmehr einer wirksamen Abschreckung. Es geht vielmehr um die wirtschaftliche Neutralisierung von schwerwiegenden Wettbewerbsverstößen. Um mit Blick auf das erwähnte Prozessrisiko unangemessene Belastungen für die Wirtschaft zu vermeiden, erscheint es gerechtfertigt, dass in den Fällen der nicht schuldhaften – auch fahrlässigen – Zuwiderhandlung der Abschreckungsgedanke zurücktritt (vgl. BT-Drucksache 15/1487, S. 23 f.; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, § 10, Rn. 1 und 3).

6. Zu Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 10 Absatz 1 UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

„7a. In § 10 Absatz 1 werden die Wörter „und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ gestrichen.“

Begründung:

Die Anspruchsvoraussetzung, wonach der Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erlangt sein muss, ist zu streichen. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unlautere Geschäftspraktiken hat der Bundesrat die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG im Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal entsprechend zu ändern, BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), dort Ziffer 18. Dieses Tatbestandsmerkmal wurde zur Umschreibung der Streuschäden verwendet und ist zu streichen, da die Streudelikte nur ein Anwendungsfall der Gewinnabschöpfung durch kollektiven Rechtsschutz sind, die Gewinnabschöpfung aber unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Schadens der Verbraucher gerechtfertigt ist.

7. Zu Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 10 Absatz 1, Absatz 4 Satz 2 und 3, Absatz 5 und Absatz 6 – neu – UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

7a § 10 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter „den Bundeshaushalt“ durch die Wörter „ein Sondervermögen des Bundes“ ersetzt.
- b) Absatz 4 Satz 2 und 3 werden aufgehoben.
- c) In Absatz 5 werden die Wörter „Bundesamt für Justiz“ durch die Wörter „Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz“ ersetzt.
- d) Folgender Absatz wird angefügt:

„(6) Die Bundesregierung errichtet ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung der nach Absatz 1 abgeschöpften und an das Sondervermögen herausgegebenen Gewinne. Die an das Sondervermögen des Bundes herauszugebenden Gewinne sind zweckgebunden zur Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen und zur Erstattung von erforderlichen Aufwendungen, die den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 Berechtigten bei der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach Satz 1 und § 8 Absatz 1 entstehen, zu verwenden. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die näheren Bestimmungen für das Organisationsstatut zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung des Sondervermögens des Bundes zu treffen.“

#### Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind, was die Frage der Gewinnabschöpfung angeht, nicht ausreichend. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung hat der Bundesrat mit Beschluss vom 1. Februar 2013, vgl. BR-Drucksache 817/12 (Beschluss), Ziffer 17, und im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken mit Beschluss vom 3. Mai 2013, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18, die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG im Hinblick auf Abschöpfung der Unrechtserlöse an den Bundeshaushalt zu ändern. Die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 UWG genannten rechtsfähigen Verbände, qualifizierten Einrichtungen sowie die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern haben in der Praxis Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, insbesondere Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen, so dass sie von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bislang nur zurückhaltend Gebrauch machen.

Um die Rechtsdurchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu verbessern, sind folgende Änderungen des § 10 UWG angezeigt:

Eine Abschöpfung der Unrechtserlöse an den Bundeshaushalt ist nicht gerechtfertigt. Die gerechte Verteilung von Vorteilen und Lasten gebietet vielmehr die Abführung des durch die Aktivlegitimierten abgeschöpften Vorteils in ein Sondervermögen des Bundes.

Die dem Sondervermögen des Bundes zugewiesenen Mittel sollen unter anderem dafür verwandt werden, das Prozessrisiko der klagebefugten Einrichtungen und Verbände zu verringern, um Klagehemmnisse abzubauen.

Die Organisation und Verwaltung des Bundessondervermögens ist dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als dem zuständigen Fachministerium zu übertragen und die Verwaltung des Bundessondervermögens in einer Verordnung zu normieren. Der Bundesrat hat sich für eine entsprechende Verwaltung der nach dem UWG abgeschöpften Gewinne bereits ausgesprochen, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18. In der Gegenäußerung zum genannten Beschluss des Bundesrates, (vgl. BT-Drucksache 17/13429, S. 17f.) hat die Bundesregierung zu Bedenken gegeben, dass die Einrichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens, an den die abgeschöpften Gewinne abgeführt werden sollen, zu neuem Bürokratieaufwand führen würde. Nach Ansicht des Bundesrates spricht dieser Bürokratieaufwand allerdings

nicht gegen die Errichtung eines Bundessondervermögens. Der Bundesrat bittet zu bedenken, dass mit diesem Vorschlag auch behördliche Entlastungseffekte verbunden sein werden. Denn mit der Einrichtung des Bundessondervermögens wird das Bundesamt für Justiz nicht mehr über die Berechtigung eines Erstattungsanspruches gemäß § 10 Absatz 4 Satz 2 und 3 UWG entscheiden müssen. In der Folge können die derzeit bestehenden Regelungen in Absatz 4 aufgehoben werden. Im Übrigen ermöglicht die staatliche Verwaltung des Bundessondervermögens einen direkteren Einfluss auf die Verwendung der an die klagebefugten Einrichtungen und Verbände weitergeleiteten Mittel. So kann die Weiterleitung der Mittel mit der Zweckbindung verknüpft werden, diese zur Finanzierung der Verbraucherarbeit in der Organisation zu nutzen. Würde demgegenüber eine unmittelbare Herausgabe der abgeschöpften Gewinne an die klagenden Verbände und Einrichtungen erfolgen, wären die Möglichkeiten einer Einflussnahme auf die Mittelverwendung entsprechend geringer.

8. Zu Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 10 Absatz 1 Satz 2 – neu – UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

„7a. Dem § 10 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Der Gewinn kann entsprechend § 287 der Zivilprozessordnung geschätzt werden.“

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind, was die Frage der Gewinnabschöpfung angeht, nicht ausreichend. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung hat der Bundesrat mit Beschluss vom 1. Februar 2013, vgl. BR-Drucksache 817/12 (Beschluss), Ziffer 17, und im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken mit Beschluss vom 3. Mai 2013, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18, die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG unter anderem im Hinblick auf die klarstellende Regelung der Möglichkeit der Gewinnschätzung zu ändern. Die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 UWG genannten rechtsfähigen Verbände, qualifizierten Einrichtungen sowie die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern haben in der Praxis Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, insbesondere Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen, so dass sie von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bislang nur zurückhaltend Gebrauch machen.

Um die Rechtsdurchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu verbessern, ist folgende Änderungen des § 10 UWG angezeigt:

In § 10 Absatz 1 UWG sollte klarstellend geregelt werden, dass das Gericht künftig berechtigt sein soll, die Höhe des Gewinns entsprechend § 287 ZPO zu schätzen.

In Anbetracht der Komplexität der Gewinnberechnung ist es notwendig, auf § 287 ZPO zurückzugreifen, um das Instrument der Gewinnabschöpfung handhabbar zu machen. § 287 ZPO ermöglicht es einem Gericht, einen Schaden nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung aller Umstände zu schätzen. Die Anwendung des § 287 ZPO auf den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG ist – auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung – schon derzeit anerkannt (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, § 10, Rn. 14; Münchener Kommentar, UWG, 1. Auflage, § 10, Rn. 151; Fezer, UWG, 2. Auflage, § 10, Rn. 217). Ebenfalls wurde bereits in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 10 Absatz 1 UWG auf die Geltung des § 287 ZPO zur Gewinnschätzung verwiesen (vgl. BT-Drucksache 15/1487, S. 24). Demnach dient die angeregte Änderung letztendlich der gesetzlichen Klarstellung.

Die Erlösermittlung durch Schätzung nach § 287 ZPO gilt ferner auch bei der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB, auch wenn die Parallelvorschrift zu § 10 UWG ebenfalls keine ausdrückliche Regelung dazu enthält (Fezer, Gutachten zur Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, S. 47). Darüber hinaus ist auch bei der verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 Absatz 4 Satz 1 GWB die Zulässigkeit einer Schätzung der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils ausdrücklich geregelt.

9. Zu Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 14 Absatz 2 UWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Möglichkeit des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Absatz 2 UWG) aufgehoben oder eingeschränkt werden kann.

Begründung:

Die Regelung des § 14 Absatz 2 UWG ermöglicht es bislang, im Onlinehandel Gerichtsstände so auszuwählen, dass die Erfolgsaussichten verbessert und die Kosten für die Beklagten ohne sachlichen Grund erhöht werden. Die Regelung ist damit eine wichtige Ursache für die Durchsetzung ungerechtfertigter Abmahnforderungen („Abmahnmissbrauch“), unter denen gerade kleine und mittlere Handelsunternehmen im Onlinehandel besonders leiden. Damit wird die Entwicklung der kleinen und mittleren Unternehmen im Onlinehandel behindert.

Die Regelung stellt eine Durchbrechung des auf Grund allgemeiner Gerechtigkeitserwägungen geltenden Prinzips, nach dem die Klage am Wohn- und Geschäftssitz des Beklagten zu erheben ist, dar und führt zu Nachteilen für den Beklagten, welche nicht mit Praktikabilitätsabweichungen begründet werden können. Bei Wettbewerbsverstößen im Internet gibt es keinen physischen Ort der schädigenden Handlung. Dies kann aber kein Argument sein, den Gerichtsort ins Belieben des Klägers zu stellen.

10. Zu Artikel 1 Nummer 7a – neu – (§ 20 UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

7a. § 20 wird nach der Überschrift wie folgt gefasst:

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 7 Absatz 1

a) in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 2 mit einem Telefonanruf oder

b) in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 3 unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine

gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung wirbt,

2. im elektronischen Geschäftsverkehr im Sinne des § 312i Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen § 3 Absatz 4 in Verbindung mit Nummer 28 des Anhangs eine in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen, übermittelt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 kann mit einer Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro geahndet werden, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2 mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist

1. für Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 1 die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,

2. für Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 2 die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien.“ ‘

Begründung:

Um den Schutz von Kindern vor versteckten Kosten bei digitalen Diensten wie Smartphone-Apps und Online-Spielen zu stärken, soll ein eigener Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen das Verbot direkter Kaufaufforderungen gegenüber Kindern gemäß Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG geschaffen werden.

Der Absatz von digitalen Spielen, vor allem über Smartphone-Apps, hat in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen. Eine große Zielgruppe stellen dabei Kinder dar. Oftmals erfolgt der Einstieg über zunächst unentgeltliche Spiele, in deren Verlauf die Spieler motiviert werden, zusätzliche Leistungen wie eine bessere Ausstattung, Hilfsmittel oder Spielfiguren entgeltlich zu erwerben. Die Werbung und die Anreize zum Erwerb der Leistungen sind so gestaltet, dass sie die kindlichen Emotionen und Bedürfnisse direkt ansprechen. In zahlreichen Fällen (siehe u.a. BGH, Urteil vom 17.07.2013, Az. I ZR 34/12) verstoßen die eingesetzten

Werbemethoden gegen das wettbewerbsrechtliche Verbot von unmittelbaren Kaufaufforderungen an Kinder (Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG).

Für die Eltern, über deren Telefondienstleister die Entgelte der Spieleanbieter in der Regel abgerechnet werden, können dabei erhebliche Kosten entstehen. Die technischen Möglichkeiten, bestimmte Funktionen zu sperren, sind in der Praxis oftmals nur unzureichend bekannt, zumal sie den Nutzer regelmäßig auch von anderen entgeltlichen Diensten ausschließen. Auch wenn die Wirksamkeit der von den Minderjährigen abgeschlossenen Verträge im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ist davon auszugehen, dass die geforderten Entgelte im Regelfall bezahlt werden.

Das wettbewerbsrechtliche Werbeverbot gemäß Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG kann derzeit nur zivilrechtlich durch die nach § 8 Absatz 3 UWG anspruchsberechtigten Personen und Einrichtungen (im Wesentlichen nur privatrechtlich organisierte Vereinigungen wie die Verbraucherverbände oder die Wettbewerbszentrale) durchgesetzt werden. Dabei sind auch die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Sanktion sehr begrenzt. Angesichts der großen Anzahl von Spielen und der erheblichen Umsatzzuwächse ist davon auszugehen, dass bislang nur in sehr eingeschränktem Maße auf Grundlage des Wettbewerbsrechts gegen unlautere Anbieter vorgegangen wird.

Um dem damit verbundenen Durchsetzungsdefizit mit effektiven Sanktionen, wie sie Artikel 13 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) verlangt, zu begegnen, soll neben den zivilrechtlichen Ansprüchen eine ordnungsrechtliche Sanktionsmöglichkeit für im elektronischen Geschäftsverkehr begangene Verstöße gegen das in Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG verankerte Werbeverbot in Form eines Bußgeldtatbestandes geschaffen werden. Der Bußgeldrahmen soll mindestens 100 000 Euro betragen, um eine wirkungsvolle wirtschaftliche Sanktion zu ermöglichen.

Auch wenn viele digitale Spiele unter Umständen keine näheren Anhaltspunkte für eine Kinder- und Jugendgefährdung im engeren Sinne bieten (vgl. § 18 Absatz 1 JuSchG), kommt auf Grund ihres umfassenden Auftrags zum Jugendschutz in Bezug auf alle Medien mit Ausnahme des Rundfunks (vgl. BT-Drucksache 14/9013, S. 13) die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) als zuständige Behörde in Betracht.

#### 11. Zur Vorlage allgemein

Der Bundesrat sieht mit Sorge den von Niedrigpreisstrategien geprägten Konkurrenzkampf der Handelsunternehmen im Bereich der Lebensmittel, insbesondere bei Milch und Milcherzeugnissen. Dieser führt zu einem erheblichen Druck auf die Erzeugerpreise und stellt letztendlich auf Dauer auch eine Gefahr für die Sicherung der heimischen Milcherzeugung, insbesondere an Standorten mit Produktionsnachteilen, sowie für die stärkere Ausrichtung der Erzeugung auf Verbraucherwünsche wie Regionalität und Tiergerechtigkeit dar.

Der Bundesrat bittet deshalb die Bundesregierung zu prüfen, wie die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Wettbewerbsrechts, zum Beispiel im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder an anderen Stellen, geändert werden können, damit die berechtigten Interessen der Erzeuger eine stärkere Berücksichtigung finden.

## Anlage 3

**Gegenäußerung der Bundesregierung**

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

**Zu Nummer 1 (Artikel 1 Nummer 2 – § 3 Absatz 3 UWG)**

Die Bundesregierung hat das Anliegen des Bundesrates geprüft und ist der Auffassung, dass der Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ auch im Verhältnis von Unternehmern zu Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern unproblematisch verwendet werden kann.

Dieser Begriff wird in § 2 Absatz 1 Nummer 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Entwurfsfassung (UWG-E) definiert als „der jeweilige Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn jeweils gegenüber Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten einhält.“ Die Betonung des „jeweiligen“ Standards zeigt, dass dieser Standard unterschiedlich sein kann, je nachdem, ob eine geschäftliche Handlung Verbraucher, Mitbewerber oder sonstige Marktteilnehmer betrifft. Entsprechend wird auch in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (zu Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe a) dargelegt, dass die Anforderungen an das Verhalten jeweils andere sein können, je nach dem, gegenüber welchem Adressaten die geschäftliche Handlungen vorgenommen wird. Zur Wahrung des Sorgfaltsmaßstabs gegenüber Unternehmern als Mitbewerbern gehört es wiederum, deren wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeiten nicht in unangemessener Weise zu beeinträchtigen.

Dies alles lässt sich nach Auffassung der Bundesregierung unter den offenen Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ subsumieren. Auch Begriffe wie „Treu und Glauben“ oder der Begriff der „Unlauterkeit“ im bisherigen UWG sind für unterschiedliche Lebenszusammenhänge offen und suggerieren nicht, dass es sich um einen starren, immer gleichen Maßstab handele. Dies trifft ebenfalls auf den Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ zu.

Konkretisiert wird der Begriff der fachlichen Sorgfalt etwa durch die Beispiele in § 4 UWG-E.

**Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe b – § 4 UWG)**

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung des Einleitungssatzes des § 4 UWG wird von der Bundesregierung nicht übernommen, da sie gegen die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken verstößt.

Die Richtlinie 2005/29/EG ist in ihrem Anwendungsbereich vollharmonisierend. Einen Katalog von dem § 4 UWG vergleichbaren Fallkonstellationen enthält sie nicht. Die bisherige Regelung des § 4 UWG konnte als in der Richtlinie nicht vorgesehene, zusätzliche „Schwarze Liste“ verbotener Handlungen verstanden werden, die unzulässigerweise über den vollharmonisierenden Regelungsgehalt der Richtlinie hinausging.

Die vom Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgenommene Einordnung der in § 4 UWG aufgeführten Fallkonstellationen als Fälle von vermuteten Verstößen gegen die fachliche Sorgfalt im Sinne des § 3 Absatz 2 oder Absatz 3 UWG-E erhält die für die Praxis bedeutsame und gut eingeführte beispielhafte Aufzählung in richtlinienkonformer Weise. Für die so geschaffenen Beweislastregelungen besteht Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers, vergleiche Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2005/29/EG.

Der Vorschlag des Bundesrates sieht – anders als die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene Beweislastregelung – keine Entlastungsmöglichkeit vor und ist daher nicht richtlinienkonform.

**Zu Nummer 3 (Artikel 1 Nummer 4 – § 4a Absatz 2 Nummer 3 UWG)**

Die Bundesregierung hat den Änderungsvorschlag des Bundesrates geprüft und hält im Ergebnis die vom Bundesrat vorgeschlagene Umformulierung nicht für erforderlich.

Zwar würde die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung („die Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Unternehmer bewusst ist, um dessen Entscheidung zu beeinflussen;“) den Wortlaut des § 4a Absatz

2 Nummer 3 UWG noch enger an den Wortlaut des Artikels 9 Buchstabe c der Richtlinie 2005/29/EG anpassen. Allerdings ist der Unterschied aus Sicht der Bundesregierung nur sprachlicher Natur, wobei die im Gesetzentwurf der Bundesregierung gewählte Formulierung („die bewusste Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen;“) prägnanter ist und den inhaltlichen Anforderungen der Richtlinie 2005/29/EG ebenfalls gerecht wird.

Ein inhaltlicher Unterschied ergibt sich zwischen der Formulierung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung und dem Formulierungsvorschlag des Bundesrates nicht. Wenn von einem bewussten Ausnutzen bestimmter Umstände von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen beeinträchtigen, gesprochen wird, so bezieht sich nach Auffassung der Bundesregierung das Bewusstsein nicht nur auf die Ausnutzungshandlung, sondern auch auf die ausgenutzten Umstände und deren Auswirkungen.

**Zu Nummer 4 (Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a – § 5a Absatz 2 Satz 3 – neu – UWG)**

Die Bundesregierung kann sich dem Vorschlag des Bundesrates nicht anschließen.

Wie zu Nummer 2 dargelegt, wird der lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutz in der Europäischen Union im Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vollharmonisiert. Bei der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG in nationales Recht dürfen daher keine strengeren Regelungen eingefügt werden, als die Richtlinie dies vorsieht. Die Norm des § 5a UWG-E ist demgemäß dem Artikel 7 der Richtlinie 200/29/EG nachgebildet. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung wäre als strengere Regelung nicht europarechtskonform.

Nach Auffassung der Bundesregierung dürfte zudem auch die vom Bundesrat dargestellte Regelungs- oder Schutzlücke nicht bestehen, da das nach der Intention des Bundesrates zu sanktionierende Verstecken von Informationen durch die Rechtsprechung unter das im Gesetzentwurf ausdrücklich genannte „Verheimlichen“ subsumiert werden kann.

**Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nummer 7a – neu – § 10 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 – neu – UWG)**

Die Bundesregierung hält das Anliegen des Bundesrates für erwägenswert und wird es im weiteren Verlauf der Legislaturperiode prüfen.

Sie weist aber darauf hin, dass das laufende Gesetzgebungsvorhaben der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG dient und aufgrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission Zeitdruck besteht.

**Zu Nummer 6 (Artikel 1 Nummer 7a – neu – § 10 Absatz 1 UWG)**

Die Bundesregierung möchte den Vorschlag des Bundesrates nicht aufgreifen.

Aus der bisherigen Rechtsprechungspraxis sind kaum Anwendungsfälle zum Merkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern“ bekannt geworden, so dass die Bundesregierung zum jetzigen Zeitpunkt keinen Anlass für eine Änderung zu diesem Punkt sieht.

**Zu Nummer 7 (Artikel 1 Nummer 7a – neu – § 10 Absatz 1, Absatz 4 Satz 2 und 3, Absatz 5 und Absatz 6 – neu – UWG)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Verlauf der Legislaturperiode prüfen.

Sie weist aber darauf hin, dass das laufende Gesetzgebungsvorhaben der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG dient und aufgrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission Zeitdruck besteht.

**Zu Nummer 8 (Artikel 1 Nummer 7a – neu – § 10 Absatz 1 Satz 2 – neu – UWG)**

Die Bundesregierung hält das Anliegen des Bundesrates für erwägenswert und wird es im weiteren Verlauf der Legislaturperiode prüfen.

Sie weist aber darauf hin, dass das laufende Gesetzgebungsvorhaben der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG dient und aufgrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission Zeitdruck besteht.

**Zu Nummer 9 (Artikel 1 Nummer 7a – neu – § 14 Absatz 2 UWG)**

Die Bundesregierung möchte das Anliegen des Bundesrates im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren nicht aufgreifen.

Sie weist darauf hin, dass das laufende Gesetzgebungsvorhaben der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG dient und aufgrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission Zeitdruck besteht.

**Zu Nummer 10 (Artikel 1 Nummer 7a – neu – § 20 UWG)**

Die Bundesregierung möchte das Anliegen des Bundesrates im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren nicht aufgreifen.

Die Regelung der Nummer 28 des Anhangs I zu Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (Verbot der unmittelbaren Kaufaufforderung an Kinder) ist mit Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG in richtlinienkonformer Weise als zivilrechtlich durchzusetzende Verbotsnorm ausgestaltet. Hinsichtlich der Ausgestaltung von Sanktionen lässt die Richtlinie 2005/29/EG den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielraum, insbesondere ist eine Ausgestaltung als Bußgeldtatbestand nicht durch die Richtlinie gefordert. Generell sind Verstöße gegen das UWG nur in Ausnahmefällen bußgeldbewehrt (so die unerlaubte Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern).

Das Herausgreifen eines einzelnen der 30 Tatbestände aus der sogenannten „Schwarzen Liste“ von stets verbotenen geschäftlichen Handlungen zur Sanktionierung eines Teilbereichs dieses Tatbestands (nämlich nur soweit der elektronische Geschäftsverkehr betroffen ist) erscheint nicht erforderlich. Diese neue Bußgeldsanktion bedürfte einer besonderen Rechtfertigung. Der Bundesregierung liegen jedoch keine Erkenntnisse dazu vor, ob gerade in diesem Teilbereich besonders viele Rechtsverstöße erfolgen und sich insoweit die zivilrechtliche Verbotsnorm als nicht ausreichend erwiesen hätte.

**Zu Nummer 11 (Zur Vorlage allgemein)**

Die Bundesregierung möchte das Anliegen des Bundesrates derzeit nicht aufgreifen.

Sie weist darauf hin, dass das laufende Gesetzgebungsvorhaben der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG dient und aufgrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission Zeitdruck besteht.

Im Übrigen ist der Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis bereits jetzt nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich verboten und lediglich in Ausnahmefällen zulässig, etwa um einen unmittelbar bevorstehenden Verderb oder die Unverkäuflichkeit der Ware (z. B. Saisonartikel) zu verhindern. Diese gesetzliche Regelung sieht die Bundesregierung derzeit als ausreichend an.

