

## **Stellungnahme Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in deutsches Recht (UWG)**

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (BITKOM) vertritt mehr als 1.000 Unternehmen, davon 750 Direktmitglieder mit etwa 120 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Geräte-Hersteller, Anbieter von Software, IT-Services, Telekommunikationsdiensten und Content. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungsrechtliche Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.

Das Bundesministerium der Justiz hat am 05.10.2005 ein Eckpunktepapier zu einer Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit dem Arbeitstitel „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb“ vorgelegt. Vorrangiges Ziel des Gesetzesvorhabens ist die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (ABl. EU Nr. L 149 S. 22).

Gerne nutzt BITKOM die Möglichkeit, auf der Grundlage des Ergebnisprotokolls der Sitzung der BMJ-Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb vom 19.10.2005 zu diesem wichtigen Thema Stellung zu beziehen. Mit unserer Stellungnahme möchten wir zum einen allgemeine bzw. branchenübergreifende Aspekte ansprechen, zum anderen aber auch auf die ITK-spezifischen Aspekte aufmerksam machen.

### **1. Einheitlicher Rechtsrahmen auch für den Bereich „B2B“**

Bevor auf den nach Einschätzung des BITKOM bestehenden Änderungsbedarf des deutschen UWG im Einzelnen eingegangen wird, möchten wir festhalten, dass BITKOM nach wie vor für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts auch für den Bereich „B2B“ eintritt. Mit der Teilharmonisierung für den

Bereich „B2C“ durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ist die europäische Gesetzgebung bedauerlicherweise auf halbem Wege stehen geblieben.

BITKOM wiederholt daher in diesem Zusammenhang seine Forderung, auf ein einheitliches europäisches Lauterkeitsrecht auch im Bereich „B2B“ hinzuwirken und bittet die Bundesregierung, wie bereits in der Vergangenheit im Rat und bei der Kommission entsprechende Initiativen zu ergreifen.

## **2. Änderungen im UWG mit Augenmaß**

BITKOM unterstützt den Ansatz des Bundesministeriums der Justiz, die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im deutschen UWG mit Augenmaß zu betreiben. Die Beschränkung der Umsetzung auf das „unbedingt Notwendige“ darf jedoch nicht dazu führen, dass der Blick einseitig darauf gerichtet wird, nur die in der Richtlinie vorgegebenen Verschärfungen in nationales Recht zu übernehmen.

Nach der Grundstruktur der Richtlinie ist von einer Vollharmonisierung auszugehen. Bei der Umsetzung muss daher einbezogen werden, dass in der Richtlinie auch Liberalisierungsmöglichkeiten angelegt sind, die es auszuloten gilt. Im Hinblick auf das grundsätzliche Ziel der Richtlinie, das Lauterkeitsrecht in Europa voll zu harmonisieren, sollten - ungeachtet der sich aus Art. 3 Absatz 5 der Richtlinie ergebenden Schonfrist - restriktivere oder strengere deutsche Regelungen einer Rechtfertigungskontrolle unterzogen werden. Nur so kann letztlich dem Ziel der Richtlinie genügt werden, ein möglichst einheitliches europäisches Schutzniveau zu erreichen. Zudem könnte damit ein Schritt hin zur Ausgewogenheit des europäischen Rechtsrahmens gemacht werden.

Die Richtlinie schützt „unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ (so Erwägungsgrund 8 der Richtlinie). Für die Mitgliedsfirmen des BITKOM, die im Kontakt zum Verbraucher stehen, ist das Vertrauen der Verbraucher in die Produkte und Dienstleistungen der ITK-Branche schon jetzt ein zentrales Anliegen. Die Verhinderung von irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken gehört daher zur selbstverständlichen Ausrichtung unserer Mitglieder. Gleichzeitig muss nach Ansicht des BITKOM aber sichergestellt sein, dass den Interessen aller am Wettbewerb Beteiligten ausgeglichen Rechnung getragen und eine einseitige Ausrichtung vermieden wird. Insbesondere darf durch die Aufnahme des Verbraucherschutzes kein Paradigmenwechsel des gesamten UWG eingeleitet werden. Aus der Richtlinie ergibt sich keinerlei Verpflichtung, Verbrauchern individuelle Ansprüche einzuräumen. Den Versuchen, das UWG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB einzuordnen, sollte daher auch zukünftig eine klare Absage erteilt werden. Zutreffend weist die Begründung des UWG darauf hin, dass die Regelungen zu den zivilrechtlichen Rechtsfolgen sowohl hinsichtlich der Klagebefugnis als auch hinsichtlich der Anspruchsgrundlagen abschließend sind und zudem eine Anerkennung individueller Verbraucherrechte letztlich zu einer Absenkung des Schutzniveaus führen würde..

### **3. Belastungen der Wirtschaft durch Informationspflichten soweit wie möglich vermeiden**

Die ständig wachsende Zahl von Informationspflichten, welche in unübersichtlicher und sich überschneidender Weise in ganz unterschiedlichen Gesetzen geregelt sind, führt zu einer erheblichen Belastung der Wirtschaft. Aufgrund der oft äußerst komplexen Gestaltung der Regelungen zu Informationspflichten ist es vielfach einem Unternehmer (insbesondere bei kleinen und mittelständischen Unternehmen) fast unmöglich, alle gesetzlichen Verpflichtungen zur Aufklärung des Kunden ohne intensive vorherige juristische Beratung zu erfüllen, was häufig mit erheblichen Kosten verbunden ist. Zu dieser Komplexität kommt in zentralen Fragen oft eine starke Rechtsunsicherheit, wo die Gesetzestexte mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulassen. Die dadurch entstandene Verunsicherung bei Verkäufern kann ebenso zu einem Hemmnis für den Handel werden wie ein mangelndes Verbrauchervertrauen. Darüber hinaus muss auch der kontraproduktiven Informationsübersättigung des Verbrauchers entgegengewirkt werden.

Vor diesem Hintergrund regt BITKOM eine restriktive Handhabung bei dem durch die Richtlinie angesprochenen Thema „Irreführung durch Unterlassen“ sowie eine maßvolle Umsetzung im Bereich spezieller positiver Informationspflichten im deutschen UWG an.

#### **3.1 Verbraucher als Bezugspunkt**

Dies bedeutet im Hinblick auf Art. 7 der Richtlinie, dass zum einen der von Art. 7 Absatz 1 der Richtlinie aufgestellte Maßstab einer Irreführung durch Unterlassen und zum anderen die speziellen positiven Informationspflichten des Art. 7 Absatz 4 der Richtlinie nur gegenüber Verbrauchern Geltung erlangen dürfen.

#### **3.2 Klare Begrenzung der Informationspflichten aus Artikel 7 Absatz 4 der Richtlinie**

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die von der Richtlinie festgelegte Anzahl von speziellen Basisinformationen, die der Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können, gemäß Art. 7 Absatz 4 der Richtlinie nur dann zwingend anzugeben sind, wenn der Gewerbetreibende „zum Kauf auffordert“. Erste über Werbung hergestellte Kontakte mit dem Verbraucher sollen von diesen Informationspflichten nicht belastet sein, wie Erwägungsgrund 14 der Richtlinie belegt. Dieser durch Artikel 7 Absatz 4 der Richtlinie statuierte Basiskatalog ist daher als Ausnahmetatbestand klar und eng zu begrenzen. Nach Auffassung des BITKOM können diese Informationspflichten allenfalls auf Vertragsangebote im Sinne des § 145 BGB bezogen werden. Nur mit einem derart eng begrenzten Anwendungsbereich ist es nämlich gerechtfertigt, dem Werbenden die Verpflichtung aufzuerlegen, dem Verbraucher – wie in Art. 7 Absatz 4 lit. d der Richtlinie unter bestimmten Umständen vorgesehen - Zahlungs-, Liefer – und Leistungsbedingungen an die Hand geben zu müssen. Im Hinblick auf die notwendige Rechtssicherheit sollte auf keinen Fall der Weg beschritten werden, sich an dem unklaren und sehr weitgehenden Begriff des „Anbietens“ im Sinne des

§ 1 Absatz 1 Preisangabenverordnung zu orientieren. Eine solche Regelung wäre nach Auffassung des BITKOM mit der Legaldefinition in Artikel 2 lit. k der Richtlinie nicht vereinbar. Im Gegensatz zum Preisangabenrecht regelt die Richtlinie in diesem Bereich nicht, bei welchem Sachverhalten ein Preis angegeben werden soll, sondern fordert die Erfüllung von Informationspflichten, wenn die Merkmale des Produkts und der Preis bereits angegeben sind.

### **3.3 Explizite Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums**

Letztlich ist im UWG zudem zu verdeutlichen, dass das jeweilige Ausmaß der zu erteilenden Informationen entscheidend vom eingesetzten Kommunikationsmedium und dessen technischen, räumlichen oder zeitlichen Beschränkungen abhängt.

BITKOM möchte auf Grund seiner branchenspezifischen Erfahrungen an dieser Stelle besonders eindrücklich darauf hinweisen, dass der Notwendigkeit angepasster rechtlicher Informationsanforderungen in einem technischen Umfeld wie etwa im Bereich des Mobile Commerce im UWG ausdrücklich Rechnung getragen werden sollte. Die Umsetzbarkeit gesetzlich statuerter Informationspflichten ist – wie die Richtlinie zutreffend ihren Regelungen (Art. 7 Absatz 1 und 3) zu Grunde legt – auch abhängig vom technischen Kommunikationsmedium. Der Zugriff auf im Internet zur Verfügung stehende Dienste wird durch die enorme Verbreitung von Handys und neue Technologien für den Verbraucher immer attraktiver. Die geringe Größe des zur Verfügung stehenden Displays und die regelmäßige technische Begrenzung der Nachrichtenlänge auf 160 Zeichen beim SMS-Service erlauben es aber häufig nicht, neben dem eigentlichen Inhalt umfangreiche Informationspflichten umzusetzen.

## **4. Anhang I der Richtlinie**

### **4.1 Umsetzung als Anhang zum UWG**

Im Hinblick auf die Frage, wie der Anhang I der Richtlinie – die so genannte schwarze Liste – in deutsches Recht umgesetzt werden soll, spricht sich BITKOM dafür aus, die Liste dem UWG insgesamt als Anhang beizufügen, wobei im UWG (z.B. in einem neuen § 3 Absatz 2 UWG) darauf zu verweisen ist, dass die im Anhang I genannten Geschäftspraktiken unter allen Umständen als unlauter gelten.

Diese Option ist den bisher in der Diskussion befindlichen Alternativen (Darstellung in der Gesetzesbegründung / Integration in den Text des UWG / Umsetzung durch eine Rechtsverordnung) vorzuziehen. Neben der Normenklarheit wird mit dieser Lösung auch der Stellung und Bedeutung der schwarzen Liste im europäischen Lauterkeitsrecht Rechnung getragen.

### **4.2 Streichung des schematischen Koppelungsverbot in § 4 Nr. 6 UWG**

Da die per se-Verbote der „schwarzen Liste“ nach Art. 5 Absatz 5 der Richtlinie einheitlich in allen Mitgliedsstaaten gelten und nur durch eine Änderung der Richtlinie abgeändert werden können, ist des weiteren das Verhältnis der per se-Verbote der schwarzen Liste zu den per se-Verboten des UWG insoweit zu klären, als das UWG nach der Reform (noch) per se-Verbote enthält, die über die Fallgruppen hinausgehen, die in der schwarzen Liste geregelt sind.

Zu denken ist hier in erster Linie an die offensichtliche Kollision der Fallgruppe in § 4 Nr. 6 UWG mit der in Anhang I Nr. 31 geregelten Fallgruppe. Das als Sonderfall zu § 4 Nr. 1 UWG schematisch ausgestaltete Koppelungsverbot bei Preisausschreiben und Gewinnspielen geht weit über das Verbot der in Anhang I Nr. 31 verbotenen Geschäftspraktik hinaus. Die Fallgruppe des Anhang I Nr. 31 setzt nämlich gerade voraus, dass es einen erlaubten Bereich der Koppelung von Preisausschreiben und Gewinnspielen gibt. Auch im Hinblick auf die von der Richtlinie angestrebte weitgehende Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts in Europa tritt BITKOM daher für eine Streichung des in § 4 Nr. 6 UWG geregelten schematischen Koppelungsverbots ein.

In diese Erwägungen sollte überdies einbezogen werden, dass die Schaffung des § 4 Nr. 6 UWG zu einer Verschärfung des Lauterkeitsrechts zu Lasten der Unternehmen geführt hat. Durch die schematische Verbotsregelung wurde der Rechtsprechung der notwendige Spielraum genommen, den es wieder zu gewinnen gilt.

Den Verbraucherinteressen kann durch die Umsetzung der Fallgruppe Nr. 31 des Anhangs I und des verbleibenden § 4 Nr. 1 UWG nach wie vor hinreichend Rechnung getragen werden.

#### **5. Berufliche Sorgfalt als Maßstab der Lauterkeit, Artikel 5 Absatz 2 lit. a) und Artikel 2 lit. h)**

Die Richtlinie enthält für die Beurteilung der Lauterkeit den Begriff der „beruflichen Sorgfalt“, der definiert wird als Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben anwendet.

Im UWG wird demgegenüber die Unlauterkeit (§ 3 UWG) nicht ausdrücklich definiert, sondern der Begriff wird durch die Beispielstatbestände in den §§ 4 -7 UWG inhaltlich konturiert. Ausweislich der Gesetzesbegründung liegt den Tatbeständen der §§ 4 -7 UWG jedoch das Verständnis zu Grunde, dass unlauter handelt, wer den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger Tätigkeit zuwider handelt.

Letztlich legen also sowohl die Richtlinie als auch das UWG den gleichen Maßstab zu Grunde, weshalb BITKOM dem BMJ in seiner Einschätzung folgt, dass eine Übernahme der Definition in das UWG entbehrlich ist.

## **6. Wettbewerbshandlung / Geschäftspraktiken**

BITKOM sieht im Hinblick auf die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte des UWG („Wettbewerbshandlung“) und der Richtlinie („Geschäftspraktiken“) keinen grundlegenden Umsetzungsbedarf. Soweit nach der Richtlinie ausdrücklich auch Geschäftspraktiken nach Vertragschluss lauterkeitsrechtlich relevant sein sollen, ist das für das UWG kein Novum.

Sollte dennoch erwogen werden, in diesem Zusammenhang Anpassungen im UWG vorzunehmen, regt BITKOM an, der bewusst ausgrenzenden Funktion des Kriteriums der „Unmittelbarkeit“ in Artikel 2 lit. d der Richtlinie gebührend Rechnung zu tragen.

Berlin, den 07. Februar 2006