



Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020

Frauke Henning-Bodewig*

Reto Hilty**

Das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb ist ein Forschungsinstitut der Max-Planck-Gesellschaft. Das inhaltlich unabhängige Institut unternimmt Grundlagenforschung zu Rechtsfragen von Innovation und Wettbewerb und berät regelmäßig Regierungen und Parlamente auf nationaler und internationaler Ebene. Fragen des Wettbewerbsrechts und des Verbraucherschutzes gehören seit langem zu den Forschungsfeldern des Instituts. Vor diesem Hintergrund nimmt das Institut Stellung im Rahmen der Konsultation zum Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020.

I. Zum Hintergrund der Reform

1. Die europäischen Vorgaben

Um den vorliegenden RefE einordnen zu können, bedarf es eines kurzen Rückblicks (bzw. einer Vorausschau) auf die aktuellen Projekte der Union im Verbraucherschutz. Der RefE setzt einen Teil der sog. Omnibus-RL (RL 2019/2161/EU) zur Modernisierung des Verbraucherschutzes um, die insgesamt vier Richtlinien ändert. Im RefE geht es ausschließlich um die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL), die in weiten Teilen maßgeblich für das deutsche UWG ist. Die Änderungen der UGP-RL sind (ebenso wie die Änderungen in den drei anderen RL) wiederum Teil eines „Gesamtpakets“, das die Union 2018

* Affiliated Research Fellow, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb

** Direktor am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb

als „New Deal for Consumers“ angekündigt hatte. Bestimmte Teile des RefE, insb. die erstmalige Einräumung von Schadensersatzansprüchen für Verbraucher, sind untrennbar mit dem voraussichtlich nächsten Schritt auf Unionsebene zu sehen, nämlich der (kurz vor ihrem Abschluss stehenden) RL über Verbandsklagen zum kollektiven Schutz der Verbraucherinteressen, die eine Art class action enthält, jedenfalls über die deutsche Musterfeststellungsklage hinausgeht. Aber auch die Neufassung der VO 2017/234 über die Zusammenarbeit zwischen den im Verbraucherschutz zuständigen Behörden (CPC-VO) ist in einem weiteren Zusammenhang mit dem New Deal for Consumers zu sehen. Sie hat erneut die Präferenz der Union für ein Behördenmodell – und ihre Skepsis gegenüber der zivilrechtlichen Durchsetzung - erkennen lassen (was ein weiteres Mal die kenntnisreiche Umsetzungsarbeit des BMJV erforderte). Aufgegeben wurde diese Tendenz zum „public enforcement“ jedoch nicht; sie gelangt erneut auch in der RL 2019/2161/EU (§ 5c RefE) zum Ausdruck.

Zur Vorbereitung des „New Deal for Consumers“ hatte die Kommission ein Rechtsgutachten zur Überprüfung der bestehenden Verbraucherschutzregelungen eingeholt. Der sog. REFIT-Report von 2018¹ sprach sich neben einer Verstärkung des Schutzes der Verbraucher bei neuen digitalen Geschäftsmodellen und einer Stärkung der Rechtsdurchsetzung u.a. für eine Verschlankung und mehr Kohärenz der zahlreichen Informationspflichten im europäischen Recht aus; diese überforderten zunehmend auch die Verbraucher (und ermöglichten in Deutschland erst die überhand nehmenden Formen des Abmahnmissbrauchs).

Betrachtet man die RL 2019/2161/EU, die der RefE nunmehr teilweise umsetzt, vor diesem Hintergrund, so sieht die Realität freilich anders aus. In dem die UGP-RL betreffenden Teil werden im Gegenteil eine ganze Anzahl weiterer Informationspflichten verankert. Von Anpassung und Entschlackung kann jedenfalls keine Rede sein.

Im Wesentlichen geht es bei den die UGP-RL und damit das UWG betreffenden Änderungen

- um neue Transparenzpflichten (d.h. Informationspflichten) im Online-Bereich, in deren Zuge auch neue Begriffsbestimmungen und z.T. neue „black list“-Tatbestände eingeführt wurden,
- um einen neuen Verbotstatbestand der „dual quality“,

¹ (European Commission, Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law, 2017, Part 1-4, zugänglich unter https://ec.europa.eu/newversion/just/item-detail.cfm?item_id=59332)

- um die Schaffung eines Schadensersatzanspruches des individuellen Verbrauchers,
- um Bußgeldtatbestände bei grenzüberschreitenden Verstößen.

Daneben enthält die RL 2019/2161/EU bezüglich der UGP-RL nunmehr auch eine sog. *Öffnungsklausel*. Aus der Sicht der Zielsetzung der UGP-RL ist dies eigentlich erstaunlich. Denn diese strebt die Vollharmonisierung an, was bisher vom EuGH sehr weit ausgelegt wurde, auch zur Erfassung (und zum Verbot) zahlreicher nationaler Sales Promotion-Regelungen, die nach Auffassung der betroffenen Länder in besonderem Maße dem Verbraucherschutz dienen (aber als strengere nationale Regelung gegen das Gebot der Vollharmonisierung verstießen). Von diesem hehren Grundsatz macht nun Art. 3 Abs. 5 der (geänderten) Richtlinie 2005/29/EG eine Ausnahme, nach der die Mitgliedstaaten strengere Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor aggressiven oder irreführenden Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit unerwünschten Hausbesuchen oder Verkaufsfahrten treffen können. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Öffnungsklausel in § 56 a Gewerbeordnung genutzt – die getroffene Regelung scheint sachgerecht und angemessen zu sein, um gerade besonders anfällige Verbrauchergruppen besser schützen zu können. Fragen könnte man sich nur, ob dies nicht auch auf andere Sachverhaltskonstellationen zutrifft.

2. Der Umsetzungsspielraum

Der RefE betont an mehreren Stellen, dass man im Wesentlichen eine 1:1-Umsetzung der RL 2019/2161/EU (bezüglich des die UGP-RL betreffenden Teils) vorgenommen habe. Obgleich die geplanten Änderungen in Deutschland im Vorfeld überwiegend Kritik erfahren haben, und zwar nicht nur in der Lehre und durch die meisten Verbände, sondern auch durch den Bundesrat², ist dieses Vorgehen des BMJV verständlich.

Mit der Verabschiedung der RL 2019/2161/EU wurden Tatsachen geschaffen, an denen kaum noch etwas zu ändern ist; Korrekturen wären nur im Vorfeld möglich gewesen, Kritik bellt also weitgehend den falschen Baum an. Es mag zu bedauern sein, dass durch in immer

² BU Drucks. 153 /17 (Beschluss) vom 6.7.2018.

kürzeren Abständen ein ehemals in sich stimmiges, von Unternehmen wie Verbrauchern akzeptiertes und effizientes Gesetz, wie es das UWG von 1909 und auch noch das „moderne“ UWG von 2004 darstellten, in Ansatz und Systematik unterminiert wird. Maßgeblich ist jedoch heute das europäische Recht, d.h. in erster Linie die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die – und da liegt der erste Bruch mit dem Ansatz des UWG - nur den Blickwinkel des Verbraucherschutzes im Auge hat. Der deutsche Gesetzgeber versuchte mit der UWG-Reform von 2008 sein Bestes, diesen Verbraucherschutzansatz in das System des deutschen UWG einzupassen, musste jedoch, nachdem die Kommission zahlreiche „Abweichungen“ von der Richtlinie rügte, in der UWG-Reform vom 2018 erheblich nachbessern, d.h. an Systematik und Wortlaut der UGP-RL anpassen. Das Beharren auf einer möglichst wortwörtlichen Umsetzung war übrigens nicht auf Deutschland beschränkt. In Belgien zum Beispiel wurde das sehr effiziente Handelspraktikengesetz von 1971/1991 im Zuge der Richtlinie erst geändert, dann durch ein „Marktgesetz“ ersetzt und schließlich, nach erneuten Beanstandungen, in das Wirtschaftsgesetzbuch verschoben. Andere Länder mit weniger Erfahrung und Manpower unternahmen erst gar nicht den Versuch einer Einpassung in das bestehende Rechtssystem, sondern setzen die zahlreichen europäischen Vorschriften zum Verbraucherschutz 1:1 in Sondergesetzen um (wohl in der Hoffnung, dass es den Rechtsanwendern gelänge, eine sinnvolle Abgrenzung zu den bestehenden Gesetzen zu finden). Nach diesen Erfahrungen ist es dem BMJV nicht zu verdenken, die einzelnen Regelungen der RL 2019/2161/EU (insb. die zahlreichen neuen Informationspflichten beim Onlinemarketing) weitgehend 1:1 umzusetzen.

II. Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des RefE

1. Influencer-Marketing (§ 5a Abs. 4 RefE)

Ogleich der RefE primär der Umsetzung der RL 2019/2161/EU dient, gibt es erstaunlicherweise einen Bereich, bei dem es sich um ein genuin deutsche „Anliegen“ handelt; nämlich die Regelung der Rechtstellung der sogenannte Influencer oder Blogger. So heißt es auf Seite 29 der Begründung des RefE, dass die UGP-RL mit dem Begriff der (den Anwendungsbereich umreisenden) Geschäftspraktiken nicht „Handlungen, die ausschließlich zur Förderung von fremden Unternehmen führen, (...)“ erfasst. Der RefE „sehe daher Klarstellungen zum Anwendungsbereich des UWG vor, insbesondere zur Abgrenzung von privater Meinungsäußerung und kommerzieller Kommunikation im Internet“ (S. 2).

Abgesehen davon, dass es bei dieser Abgrenzung möglicherweise Konflikte mit dem europäischen Medienrecht geben könnte, fragt man sich, ob insofern hier ein Handlungsbedarf besteht. In der Sache geht es beim sog. Influencer-Marketing um ein uraltes Problem im neuen Gewand, nämlich um die (digitale) Schleichwerbung. Unstreitig verdienen einige der Influencer und Blogger mit bezahlter Werbung ihr Geld und unstreitig ist diese nach § 5a UWG (und dem RfStV) als solche zu kennzeichnen. Da die Attraktion des „Geschäftsmodells“ jedoch in der Regel in der Vermischung mit „Erlebnissen“ aus dem Leben der Influencer, aus kleine Geschichten etc. besteht – und zwar so, dass man die kommerziellen Einblendungen möglichst wenig als solche erkennt – stellt sich regelmäßig die (ebenfalls sattsam bekannte Frage), ob es sich um eine in den Anwendungsbereich des UWG fallende „geschäftliche Handlung“ handelt oder aber um eine freie Meinungsäußerung, die nur reflexartig werbliche Effekte erzeugt.

Diese Frage hat in den letzten Jahren zu mehreren vielbeachteten wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen auf der Grundlage von § 5a UWG (sowie zu einigen medienrechtlichen Entscheidungen) geführt. Zwischen den mit der Thematik befassten Oberlandesgerichten bestanden unterschiedliche Auffassungen; im Wesentlichen bei der Frage, ob eine generelle Vermutung dafür besteht, dass unternehmerisch tätige Influencer, die Produkte oder Marken in ihren Beiträgen präsentieren, eine kennzeichenpflichtige kommerzielle Kommunikation im Sinne von § 5 Abs. 6 UWG betreiben. Der RefE will dies mit einer Neufassung von § 5a UWG – im RefE § 5a Abs. 4 UWG – lösen:

„Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nicht kenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. *Bei einer Handlung ausschließlich zugunsten eines fremden Unternehmens ist nur dann ein kommerzieller Zweck anzunehmen, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält*“.

Ohne auf hierdurch erneut hervorgerufene Abgrenzungsprobleme („ausschließlich“) einzugehen, wird vorgeschlagen, auf den kursiv gedruckten Satz zu verzichten. Denn die umstrittene Auslegung der kommerziellen Kommunikationen in diesem Bereich wird demnächst vom BGH entschieden und es besteht kein Anlass, diese Entscheidung nicht abzuwarten. Sie wird die notwendige Rechtssicherheit bei diesem (in seiner praktischen Bedeutung ohnehin in der Berichterstattung darüber aufgebauchten) Themenbereich herbeizuführen, ohne dass es einer Änderung des UWG bedürfte..

2. Vorrang anderer Vorschriften (§ 1 Abs. 2 RefE)

Gleiches gilt jedoch auch für den neu vorgesehenen § 1 Abs. 2 RefE, der offensichtlich im Zusammenhang mit der geplanten Regelung der Influencer-Werbung steht:

(2) Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen gehen im Fall unterschiedlicher Rechtsfolgen den Regelungen dieses Gesetzes vor.

Nach der Begründung (Seite 26) wollte man damit „den bislang nicht ausdrücklich im deutschen Recht kodifizierten Art. 3 Abs. 4 der RL 2005/29/EG“ umsetzen, Dabei stand jedoch offenbar die Abgrenzung der wettbewerbsrechtlichen Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing und der Vorschriften im RfStV und Telemediengesetz im Mittelpunkt. Auch diesen Problemkreis sollte man besser der Rechtsprechung überlassen, die bislang offenbar keine Schwierigkeiten mit der Abgrenzung wettbewerbsrechtlicher und medienrechtlicher Informationspflichten gehabt hat.

Zudem bringt das Abstellen auf die „unterschiedlichen Rechtsfolgen“ eine Reihe von Problemen mit sich, etwa bei § 3a UWG (Rechtsbruch). Sie sind unnötig, da in Art. 3 Abs. 4 der UGP-RL Rechtsfolgen nicht erwähnt werden. Dieser lautet:

(4) Kollidieren die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, so gehen die Letzteren vor und sind für diese besonderen Aspekte maßgebend.

3. Unterschiedliche Produktqualitäten bei identischer Vermarktung (§ 5 Abs. 3 Nr. 2 Ref E)

Eine der umstrittensten Vorschriften der neugefassten UGP-RL dürfte die nunmehr in § 5 Abs. 3 Nr. 2 RefE zu findende Vorschrift des „dual marketing“ sein. Der Ref E fasst sie in einer Vorschrift zusammen mit der bisher in Abs. 2 von § 5 UWG zu findenden Vorschrift, wonach eine geschäftliche Handlung auch irreführend ist, wenn sie „im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen ... eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft“. Dem kann zugestimmt werden, denn beide Tatbestände sind im Grenzbereich zum Markenrecht angesiedelt. Allerdings geht durch die neue Durchnummerierung und dem Entfall von § 5a Abs. 1 UWG, möglicherweise eine Erweiterung der Informationspflichten der Unternehmen einher, die nicht gerechtfertigt wäre.

Was die nunmehr in § 5 Abs. 3 Ref E zusammengefassten Tatbestände betrifft, so sind beide europäisch vorgegeben und entsprechen der UGP-RL. Der Tatbestand in Abs. 3 Abs. 3 Nr. 1 Ref E gibt Art. 6 Abs.2a der UGP-RL wieder; diese Regelung hat in Deutschland zu einigen dogmatischen Verwerfungen geführt ; u.a. zur Aufgabe der bis dahin vorherrschenden „Vorrangthese“ (des Markenrechts vor dem Wettbewerbsrecht). Man darf also gespannt sein, ob und welche Auswirkungen die neu eingefügte Nr. 2, das „dual quality“-Verbot, haben wird. Im Vorfeld hat es überwiegend scharfe Kritik erfahren, z.B. auch vom Bundesrat³.

Dass man sich mit einer derartigen Regelung gefährlich nah auf markenrechtliches Terrain begibt, konnte auch dem europäischen Gesetzgeber nicht unbekannt sein. In einem Briefing-Papier des European Parliamentary Research Service von 2017⁴ hieß es, dass

„Goods of the same brand and having the same or similar packaging may differ as to their composition depending on the place or manufacture and the destination market, i.e. they may vary from one Member State to another. Under the UCPD, commercial practices marketing products with a different composition are not unfair per se.“

³ Drucks. 153/18 vom 6.7.2018.

⁴ „European Parliamentary Research Service (EPRS), Briefing: dual quality of branded food products: addressing a possible east-west divide. 20 Juni 2017, S. 5: [http://europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2017\)607265](http://europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2017)607265)

Ob die neue Vorschrift praktische Relevanz erlangen wird, ist ohnehin fraglich. Ein erhebliches Hindernis wird bereits das Relevanzerfordernis sein. Zunächst einmal muss der Verbraucher jedoch überhaupt eine Vorstellung von den Produkteigenschaften des „höherwertigen“ Produktes haben, um zu erwarten, dass das von ihm gekaufte in den Eigenschaften identisch ist. Anschließend stellt sich die Frage des Referenzproduktes. Und an welcher Stelle soll diese Aufklärung erfolgen? Da die offenbar bislang schon korrekte Zutatenangabe auf der Rückseite als nicht genügend angesehen wird, um die von der identischen Marke und Aufmachung ausgehende Suggestionwirkung auszugleichen, käme nur noch ein deutlicher disclaimer, gleich welcher Art, auf der Vorderseite in Betracht.

Unklar ist aber auch das Verhältnis zu den Markenfunktionen. Trotz anerkannter Zusatzfunktionen wie die Qualitätsfunktion enthält die Marke bisher gerade nicht eine Aussage über eine bestimmte oder sogar gleichbleibende Produktqualität, sondern nur die Garantie der gleichbleibenden betrieblichen Herkunft. Eine Irreführung wurde nach bisherigem Recht daher nur angenommen, wenn zu der Identität der Marke noch andere Umstände hinzukommen (etwa der Hinweis „Original“) oder die Bewerbung mit nur beim ausländischen Produkt vorhandenen Eigenschaften.

Nachdem die Marke zweifellos das wichtigste Mittel der Vermarktung ist, wäre es wünschenswert, wenn jedenfalls die Begründung des RefE unmissverständlich klarstellte, dass die identische Markierung für unterschiedliche Produkte in der EU als solche markenrechtlich zulässig ist und deshalb den Verbotstatbestand des § 5 Abs. 3 Nr. 2 Ref E nur erfüllt, wenn zusätzliche Umstände hinzukommen.

4. Transparenzpflichten (Online-Marktplatz, Ranking, fake reviews) (§ 5a, 5b Ref E)

Den breitesten Raum im RefE nehmen (wie auch in der RL 2019/2161/EU) die neuen Transparenzvorschriften zum Online-Marketing ein. Sie betreffen „wesentliche Informationspflichten“ nach § 5b RefE und zwar bezüglich der Frage, ob die über einen Online-Marktplatz angebotenen Waren oder Dienstleistungen von einem Unternehmer stammen, wie bei einem Ranking die einschlägigen Parameter zur Festlegung

der Gewichtung aussehen, welche Maßnahmen zur Verhinderung von „fake reviews“ getroffen wurden etc. Zugleich führen diese neuen Informationspflichten zu Änderungen im Definitionenkatalog in § 2 UWG und zur Einfügung neuer Tatbestände in dem Anhang der Generalklausel (sog. „black list“).

Auf diese neue Transparenzvorschrift kann nicht im Einzelnen eingegangen werden. Ihre Umsetzung erscheint den zwingenden Vorgaben zu entsprechen. Aus der Sicht des deutschen UWG sind sie zwar weitgehend überflüssig, da die Rechtsprechung sämtliche dieser „neuen“ Sachverhalte unschwer auf der Grundlage der Grundtatbestände des Irreführungsrechts beurteilen konnte und beurteilt hat – wenn es dabei Schwierigkeiten gab, so lagen diese nicht bei der Subsumtion derartiger Geschäftsmodelle unter den allgemeinen Irreführungstatbestand, sondern bei der Aufklärung von Sachverhalten mit digitalem Bezug, bei denen der zivilrechtliche Ansatz an seine Grenzen stößt.

Der Versuch, jeweils neue aktuelle Sachverhalte durch jeweils neue gesetzliche Sondervorschriften zu erfassen, ist verständlich – der europäische wie der nationale Gesetzgeber möchte möglichst bürgernah eine die Verbraucher bewegende Problematik aufgreifen. Rechtlich führt dies jedoch zu einer Aufblähung von in sich stimmigen Grundtatbeständen. So war im UWG 1909 der Irreführungstatbestand noch in einer einzigen Vorschrift geregelt, die sowohl Irreführung durch aktives Tun als auch durch Unterlassen erfasste. Die UGP-RL hielt in § 5a UWG einen eigenen Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen für erforderlich. Im RefE wird der Irreführungstatbestand noch einmal durch langatmige Bestimmungen weiter untergliedert.

Damit sind „Abgrenzungsprobleme vorprogrammiert, was umso bedauerlicher ist, als die neuen Verbotstatbestände „... zudem vielfach sprachlich ungenau, sperrig (sind) und (...) manche Auslegungsprobleme erwarten (lassen). Sie basieren auf dem derzeitigen Technik- und Vertriebsstand und laufen deshalb Gefahr, recht bald wieder überholt zu sein“⁵.

⁵ So zu Recht *Alexander*, Neuer Transparenzanforderungen im Internet – Ergänzungen der UGP-RL durch den „New Deal for Consumers“, WRP 2019, 1235, 1241.

Dies ist allerdings die Sicht von Staaten, die über eine lange Rechtstradition mit erfahrenen, anerkannten Gerichten verfügen. In Staaten, in denen dies nicht der Fall ist, dürfte die Einführung spezifischer neuer Sachverhalte, auch wenn die sie schon von der Grundnorm erfasst sind, anders gesehen werden. So hat die UGP-RL in Ländern mit bisher niedrigem Verbraucherschutzniveau zu mehr Rechtssicherheit geführt (während sich in Ländern mit hohem Verbraucherschutzniveau dieses nicht geändert hat).

5. Der Schadensersatzanspruch des Verbrauchers (§ 9 Abs. 2 RefE)

Im Anschluss an den Schadensersatzanspruch des Mitbewerbers, der sich im RefE in § 9 Abs. 1 findet, enthält der neu eingefügte § 9 Abs. 2 RefE eine für das deutsche Recht echte Neuheit, nämlich einen Schadensersatzanspruch des individuellen Verbrauchers. Bisher dient das UWG zwar dem unmittelbaren Schutz der Verbraucher (s. § 1 UWG), jedoch ist dieser nach einhelliger Meinung auf die kollektiven Interessen der Verbraucher (durchsetzbar u.a. durch die Verbraucherverbände) beschränkt. Die Ansprüche des individuellen Verbrauchers sollen demgegenüber im allgemeinen Zivilrecht geltend gemacht, wo insb. mit den Rechtsinstituten der Anfechtung und der Gewährleistung, dem Anspruch aus culpa in contrahendo und spezifischen Verbraucherschutzregelungen aufeinander abgestufte und interessengerechte Rechtsinstrumente bestehen. Da Art. 11a der geänderten UGP-RL jedoch individuelle Ansprüche des Verbrauchers vorgibt, führt an der grundsätzlichen Übernahme kein Weg vorbei. Ein Ersatzanspruch des individuellen Verbrauchers lässt – außer, dass die bisherige Dogmatik beiseitegeschoben wird - auch keine grundlegende Änderung des deutschen Wettbewerbsrechts erwarten. Wie die Erfahrung in der Schweiz, Österreich und Belgien zeigen, hat dieser Anspruch in der Praxis kaum praktische Bedeutung .

Dies könne sich freilich ändern. Mit der bevorstehenden Verabschiedung der Richtlinie über die kollektive Rechtsdurchsetzung von Verbraucherinteressen, die gleichfalls zum „New Deal for Consumer“ zählt, würde dieser Anknüpfungspunkt im UWG wichtig. Aus diesem Grunde bedarf der neu vorgesehene § 9 Abs. 2 Ref E besonderer Aufmerksamkeit.

So wird vorgeschlagen, die sog. „Öffnungsklausel“ im neuen Art. 11a UGP-RL voll auszuschöpfen. Während § 9 Abs. 2 Ref E lautet:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, ist den Verbrauchern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den § 3a, 4 und 6.“,

heißt es in § 11a UGP-RL:

„Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, haben Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrages. *Die Mitgliedstaaten können die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festlegen.* Die Mitgliedstaaten können gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktiken, den dem Verbraucher entstandenen Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen.“

Durch den Ausschluss von Rechtsverletzungen auf der Grundlage bestimmter Vorschriften (insb. Rechtsbruch, aber auch § 4 und § 6) erfolgt bereits eine wichtige Eingrenzung, der voll zuzustimmen ist.. Überlegenswert und diskussionswürdig wäre, ob man die Haftung auf vorsätzliche Verstöße beschränkt (was allerdings in der Praxis, wie der unglückliche Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG zeigt, die Rechtsanwendung praktisch leerlaufen lassen könnte) und ob sich eventuell eine Einschränkung im Sinne einer generellen Subsidiarität des wettbewerbsrechtlichen Verbraucheranspruchs einfügen ließe. Diese könnte sich auf Art. 3 Abs. 2 UGP-RL, der das Vertragsrecht dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzieht, berufen. Denn die meisten der auf der Grundlage des neuen § 9 Abs. 2 Ref E erfassbaren Fälle sind

bereits durch zivilrechtliche Sondervorschriften geregelt; das gilt bei entsprechender Auslegung selbst für den in der Begründung des RefE (S. 10) genannten „Anlockfall“. Bevor das seit Jahrzehnten ausdifferenzierte Rechtssystem des allgemeinen Zivilrechts unterminiert würde, wäre also noch einmal zu überprüfen, ob tatsächlich eine für den Verbraucherschutz relevante Rechtslücke besteht .

Eine über die übliche wettbewerbsrechtliche Verjährungsfrist hinausgehende Frist für Verbraucher erscheint nicht sachgerecht.

6. Bußgeldbestimmungen (§ 5a, 19 Ref E)

Auf die in § 19 Ref E enthaltenen Bußgeldbestimmungen, die weitgehend vom europäischen Recht vorgegeben sind, kann nicht im Einzelnen eingegangen werden. Der Ref E macht in einigen Punkten von der Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 6 der RL 2019/211/EU Gebrauch. Überlegenswert wäre, ob dies nicht auch bei anderen Vorgaben, z.B. um einen Bezug zu dem kartellrechtlichen Bußgeld in Deutschland herzustellen, möglich wäre. Vor dem Hintergrund der Diskussion um die Einräumung von lauterkeitsrechtlichen Sanktionsbefugnissen an das BKartA wäre dies sicher hilfreich.

Auf jeden Fall wäre das jetzt in § 5c Ref-E zu findende Verbot einer Verletzung von Verbraucherinteresse in die Regelung des § 19 Ref E zu transferieren. Diese Vorschrift ist mit einem zivilrechtlichen System wenig vereinbar und müsste entsprechend eingepasst werden. Zum Irreführungsrecht fehlt ihr jedenfalls ein auf der Hand liegender Bezug.