

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Universität Münster

## Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich<sup>1)</sup>

### INHALT

1. Das alte System: Konkurrentenschutz – Schutz der B2B-Ethik
2. Umkehrung, Verbraucherschutz statt Mitbewerberschutz
3. Vom Sonderprivatrecht für Kaufleute zum Sonderhandelsrecht für Verbraucher
4. B2B in der UGP-Richtlinie
5. Die Black List
6. Erheblichkeit und Spürbarkeit
7. Annex und B2B
8. Besonderheiten bei der AGB-Gestaltung: Nr. 10 des Annexes
9. B2C und § 4 UWG
10. Verhaltenskodices
11. Fazit

Durch die Einbindung des Herkunftslandprinzips ins Werbe-recht im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie wurde die Frage virulent, inwieweit es bei den bestehenden Regelungsunterschieden innerhalb Europas angebracht sein kann, auf eine weitere Harmonisierung der EU zu verzichten. Zu stark zeichnete sich die Gefahr ab, dass es zu einem „Race to the Bottom“ komme. Nicht nur für den Bereich des E-Commerce, sondern auch für den herkömmlichen Handel zeigten sich Tendenzen, die Unternehmen in solche EU-Länder zu verlagern, deren werberechtlichen Vorgaben vergleichsweise gering waren. Gleichzeitig beschwerten sich Inlandsunternehmen über die damit verbundene Inländerdiskriminierung. Die Europäische Kommission hat daher mehrere Versuche unternommen, diese unterschiedlichen Verbraucherschutzniveaus innerhalb der Mitgliedstaaten zu harmonisieren. Infolgedessen gilt seit dem 12. Juni 2007 die neue EU-Richtlinie über den Schutz gegen unlautere Geschäftspraktiken<sup>2)</sup>. Mit deutlicher Verspätung hat Deutschland bekanntermaßen die Richtlinie in das UWG integriert; seit dem 30. Dezember 2008 ist das neue UWG in Kraft.<sup>3)</sup>

Es soll untersucht werden, welche Auswirkungen das neue UWG für den (rein) kaufmännisch-unternehmerischen Bereich hat. Wie im weiteren zu zeigen sein wird, nimmt die Richtlinie für sich in Anspruch, nur den B2C-Sektor zu regulieren. Doch

ergeben sich gerade aus der eigenwilligen Umsetzung der Richtlinie in das UWG auch zahlreiche Verwerfungen und Interferenzen mit den B2B-Vorgaben.

### 1. Das alte System: Konkurrentenschutz – Schutz der B2B-Ethik

Das 19. Jahrhundert ging von dem Leitbild aus, dass die guten Sitten des anständigen Kaufmanns zu schützen seien.<sup>4)</sup> Das Wettbewerbsrecht war in diesem Sinne das Deliktsrecht der anständigen Gewerbetreibenden. Dementsprechend verweist Art. 10 bis Abs. 2 PVÜ auf das Verbot von Wettbewerbshandlungen, die den „anständigen Gepflogenheiten im Gewerbe oder Handel zuwiderlaufen. Das UWG von 1896 sah einen Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht vor.<sup>5)</sup> Dementsprechend betonte schon Baumbach, dass das Lauterkeitsrecht Konkurrentenschutzrecht sei und auf keinen Fall auch das Publikum schütze.<sup>6)</sup> Die Rede vom Schutz der Allgemeinheit kam erst in den 30iger Jahren auf und betonte sehr stark die Institution des Wettbewerbs als solcher.<sup>7)</sup> Das Wort „zugleich“ in § 1 S. 2 des UWG macht allerdings deutlich, dass es im UWG nicht um allgemeine Schutzgüter geht. Vielmehr wird das allgemeine Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb nur insofern geschützt, als „zugleich“ auch Interessen der Mitbewerber oder der Verbraucher berührt sind.<sup>8)</sup>

Diese Schutzzwecktrias findet sich auch in frühen EU-Dokumenten wieder. Die Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG aus dem Jahre 1984 skizziert in Art. 1 den Zweck, die Verbraucher, Gewerbetreibenden und die Allgemeinheit zu schützen. Ähnlich sah die Richtlinie 97/55/EG von 1997 im Bereich der vergleichenden Werbung vor, dass die Mitgliedsstaaten im Interesse aller Marktbeteiligten, der Verbraucher, der Mitbewerber und der Allgemeinheit für die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs zu sorgen haben (Art. 4). Bei diesem integrierten Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit wird nicht zwischen lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbschutz und Verbraucherschutz getrennt.<sup>9)</sup>

4) Siehe RGZ 48, 114, 125 – Anstandsgefühl des ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr. Ausführlich Hirtz, GRUR 1986, 110, 112 mit weit. Nachw.

5) Zitiert nach Fetzer § 1 Rdnr. 8: „Der Schutz des konsumierenden Publikums gegen Übervorteilung ist nicht der unmittelbare Zweck eines gegen den unlauteren Wettbewerb gerichteten Gesetzes, wenngleich Maßregeln, die in den gegenseitigen Beziehungen der Gewerbetreibenden Treu und Glauben zu befestigen bestimmt sind, mittelbar auch dem Interesse ihrer Abnehmer entgegenkommen werden“.

6) Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage Berlin 1929, S. 128. Zur Abgrenzung zum heutigen UWG Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002 Einführung Rdnrn. 5, 6 und 23.

7) Siehe dazu Lobe, GRUR 1931, 215 ff.; Ulmer, GRUR 1937, 769, 772.

8) Hierzu auch Sack, Festschrift von Gamm 1990, 161 ff.

9) siehe dazu Henning-Bodewig, GRUR Int. 2002, 393.

1) Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster. Der folgende Beitrag gibt im Kern den Vortrag wieder, den der Verfasser bei der Jahrestagung 2009 der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs gehalten hat. Die Belege in den Fußnoten beschränken sich auf das zum Verständnis des Textes notwendige Quellenmaterial.

2) Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, Amtsblatt L149/22 vom 11. Juni 2005; abgedruckt bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm, S. 1405; nachfolgend mit UGP Richtlinie bezeichnet.

3) Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 23. 12. 2008 (BGBl I, 2949). Dazu Köhler, WRP 2009, 109; Lettl, GRUR-RR 2009, 41.

## 2. Umkehrung. Verbraucherschutz statt Mitbewerberschutz

Vergleicht man diesen Satz mit Erwägungsgrund 8 der UGP-Richtlinie, zeigt sich, dass sich das Verhältnis von Verbraucherschutz und Mitbewerberschutz inzwischen deutlich verschoben hat. Nach Erwägungsgrund 8 der Richtlinie schützt diese „unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“.

Die Richtlinie symbolisiert somit den vorläufigen Endpunkt einer Entwicklung hin zum lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzrecht.<sup>10)</sup> Diese Entwicklung dürfte wohl in Großbritannien ihren Ausgang genommen haben. Dort wurde immer schon die Notwendigkeit eines lauterkeitsrechtlichen Schutzes zwischen Unternehmern abgelehnt. Die Briten sorgten auch bei der Europäischen Kommission dafür, dass eine EU-weite Etablierung entsprechender Schutzsysteme im B2B-Bereich nicht forciert wurde. Und so geben die jüngsten Richtlinien aus Brüssel eigentlich nur eine sich abzeichnende Linie wieder, wonach Mitbewerberschutz als Zielperspektive des Lauterkeitsrechts ausscheidet. Ein solcher Konkurrentenschutz wird im Kern als latente Gefahr für die Etablierung eines Binnenmarktes gesehen. Lauterkeitsrecht soll den Bereich B2C absichern, auch wenn nicht erkannt wird, dass damit auch bestimmte Geschäftspraktiken im B2B-Bereich untersagt und der Wettbewerb als Institution geschützt wird.

Am deutlichsten zeigt sich dieser Trend bei den Versuchen der Kommission, Regeln für die Verkaufsförderung im Binnenmarkt zu schaffen. Der letzte Vorschlag für eine entsprechende Verordnung<sup>11)</sup> sah vor, Regeln zur Etablierung verkaufsfördernder Aktionen in der Gemeinschaft zu etablieren. Doch dabei ging es nicht darum, ein europäisches Lauterkeitsrecht zu errichten, sondern solche Aktionen selbst in der Gemeinschaft zu stimulieren. Denn – so Erwägungsgrund 4 – diese für das Wachstum notwendigen Aktionen seien durch rechtliche Hemmnisse stark eingeschränkt. Die verhältnismäßig eng gefassten nationalen Vorschriften über die Verkaufsförderung führten zu Hindernissen auf dem Binnenmarkt, die zahlreiche Wirtschaftsbereiche beeinträchtigten. Dementsprechend sieht Art. 1 als Ziel der Verordnung vor, dass die Nutzung und kommerzielle Kommunikation verkaufsfördernder Aktionen geregelt werden solle, „um ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten“. Bei diesem Ansatz blieb es; denn das entsprechende Vorhaben wurde nie realisiert. Stattdessen brachte die Kommission ihre Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf den Markt. Diese war von vornherein nur darauf gerichtet, den Bereich Business to Consumer zu regeln.

10) Befürchtungen, dass der Verbraucherschutz zu Lasten des Schutzes der Mitbewerber überbetont wird, gab es schon Ende der 60er Jahre; siehe *Samwer*, GRUR 1969, 328 f.

11) Amtsblatt C75 E/ 11 vom 26. März 2002.

## 3. Vom Sonderprivatrecht für Kaufleute zum Sonderhandelsrecht für Verbraucher

Bekanntermaßen hat der EuGH das Lauterkeitsrecht auf ein neues Verbraucherleitbild hin geeicht. Es gilt nun das Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers. Alle legislativen Akte aus Brüssel sind seitdem darauf ausgerichtet, den Verbraucher auf dieses Niveau zu bringen, indem man Informations- und Transparenzpflichten einführt.<sup>12)</sup> Unbewusst wird damit der Fokus verändert – vom HGB als Sonderprivatrecht für Kaufleute zum BGB als Sonderhandelsrecht für Verbraucher. Der Verbraucher soll dem Leitbild des Kaufmanns entsprechen, soll eigenverantwortlich und mündig über seine Entscheidungen reflektieren. Macht man Konsumenten zu Kaufleuten, soll das Lauterkeitsrecht ebenso wie das sonstige Verbraucherschutzrecht seinen Schutzzweck erfüllt haben. Doch zu Recht mehrten sich in der Forschung Stimmen, die vor diesem Leitbild warnen. Die allgemeine Informations-Hypertrophie<sup>13)</sup> sorgt nicht dafür, dass Verbraucher besser informiert wären. Vielmehr drohen sie in der Flut der Informationen unterzugehen. Verkannt wird, dass das wirtschaftswissenschaftliche Leitbild der vollständigen Information nur eine Prämisse, eine Ceteris-Paribus-Unterstellung ist, die sich wenig zu konkreten Lenkungsmaßnahmen eignet. Strukturelle Probleme bei Vertrags- und Verhandlungs-imparitäten löst man nicht dadurch, dass die Verbraucher alle nötigen Informationen erhalten und man unterstellt, dass sie diese auch korrekt verarbeiten können.<sup>14)</sup>

## 4. B2B in der UGP-Richtlinie

Die Richtlinie regelt nur den Bereich B2C, also das Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.<sup>15)</sup> Besonders betont wird dieser Zusammenhang in Erwägungsgrund 8, wonach die Richtlinie unmittelbar nur die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützt. Hiernach soll es aber nicht schädlich sein, wenn damit mittelbar auch ein Schutz des Verhältnisses zwischen Gewerbetreibenden verbunden ist.<sup>16)</sup> Die Richtlinie regelt jedoch nicht solche Geschäftspraktiken, die ausschließlich nachteilig für Mitbewerber und gewerbliche Kunden sind.<sup>17)</sup> Die Abgrenzung erscheint auf den ersten Blick zwar klar zu sein, im Einzelfall ergeben sich jedoch in bestimmten Konstellationen erhebliche Auslegungsschwierigkeiten für die praktische Anwendung. Es gibt nämlich eine ganze Reihe von Geschäftspraktiken, deren Charakter nicht eindeutig zuzuordnen ist. Bei objektiv neutralen Geschäften etwa ist der

12) Zum Leitbild siehe auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, 121 ff. und *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 451 ff.

13) Dazu schon sehr früh *Simittis*, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, 1970. Die Gefahr der Informationsüberflutung wurde auch schon bei der UGL-Richtlinie konstatiert; siehe die GRUR-Stellungnahme in GRUR 2004, 215, 217.

14) In diese Richtung auch die Kritik von *Apostolopoulos*, GRUR Int. 2005, 292, 298.

15) Dazu *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2004, 183; *Gamerith*, WRP 2005, 391, 412 f.; *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1033 ff.

16) So sagt es Erwägungsgrund 6; vgl. auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, UGP-RL Anh I, Einführung Rn. 8.

17) Zur umstrittenen Möglichkeit einer Ausdehnung der richtlinienkonformen Auslegung auf den B2B-Bereich vgl. *Gamerith*, WRP 2005, 391, 409 und *Veelken*, WRP 2004, 1, 11f.

## 7. Annex und B2B

Nach dieser terminologischen Klärung stellt sich als nächstes die Frage, wie sich nun der Annex für den Bereich B2B auswirkt. In der Tat lässt sich eben nicht ausschließen, dass die Wertung des Annexes im Einzelfall in § 3 Abs. 1 einfließen.<sup>22)</sup> Der Annex enthält keine faktische „Lauterkeitsvermutung“ für alle nicht in der „Schwarzen Liste“ enthaltenen Sachverhalte.<sup>23)</sup> Vielmehr muss unter Einbeziehung der Wertungen der §§ 5, 5a UWG geprüft werden, ob eine Regelung des Annexes nicht auch im B2B-Bereich einen sanktionswürdigen Unrechtsgehalt widerspiegelt.

Eine Reihe von Fallgruppen im Annex können von vornherein keine größere Bedeutung im B2B-Bereich entfalten. Dies gilt insbesondere für die Fallgruppen, die eindeutig auf natürliche Personen/Verbraucher zugeschnitten sind. So spricht z.B. Nr. 12 von der Sicherheit der Familie.<sup>24)</sup> Nr. 28 erwähnt die Schutzbedürftigkeit von Kindern.<sup>25)</sup> Nr. 16, 17 und 20 beziehen sich auf Glücksspiele, ein Thema, das im Bereich B2B keine größere Bedeutung haben dürfte. Nr. 18 erwähnt das Problem der Krankheit, das keinen B2B-Bezug hat. Auch die meisten Fallgruppen des aggressiven Verhaltens beziehen sich auf Verbraucher (Nr. 25–26, 28–30).

Andere Fallgruppen wiederum sind so formuliert, dass sie eigentlich im Kern zentral nur den B2B-Bereich umfassen. So sind falsche Angaben über die Verkehrsfähigkeit einer Ware eher ein Handelsthema (Nr. 9). Dementsprechend ist die fehlende Verkehrsfähigkeit auch im allgemeinen Teil des UWG geregelt, nämlich in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, wo auf die wesentlichen Merkmale der Ware und die Verwendungsmöglichkeiten als Gegenstand einer Irreführung eingegangen wird. Dafür spricht auch, dass Probleme etwa mit der fehlenden Erschöpfung des Verbreitungsrechts durchaus unter diese Fallgruppe subsumiert werden können.<sup>26)</sup> Ähnliches gilt für die Fallgruppe Nr. 21 und den falschen Vorstellungen über den Umsonst-Charakter einer Ware/Dienstleistung. Diese findet sich auch in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 wieder, wo auf die Irreführung in Bezug auf Preisvorteile eingegangen wird. Das Trennungsgebot ist von vornherein eher eine Thematik, die mit dem Mitbewerberschutz zu tun hat (Nr. 11); sie ist daher auch schon in § 4 Nr. 3 geregelt sowie in § 4 Nr. 11 in Verbindung mit § 7 RStV.<sup>27)</sup>

Falsch einsortiert wurde in den Annex die falsche Behandlung von Kundenbeschwerden in der Versicherungsbranche nach Nr. 27. Diese Fallgruppe ist besonders rätselhaft, weil sie nur Bezug nimmt auf die Versicherungsbranche.<sup>28)</sup> Der falsche Um-

gang mit Kundenbeschwerden ist aber generell ein Thema für die Gesamtwirtschaft und wird daher sicherlich über den engen Bereich der Versicherungswirtschaft hinaus auch für andere Verbraucherschutzbezogene Branchen zum Tragen kommen, dann über § 5 a. § 5 a Abs. 3 Nr. 4 sieht nämlich für den Verbraucherschutzbereich auch eine Irreführung bei einer unterlassenen Aufklärung im Hinblick auf Verfahren zum Umgang mit Beschwerden vor, soweit die Verfahren von Erfordernissen der fachlichen Sorgfalt abweichen. Diese sprachlich nicht klar konzipierte Regelung umfasst daher den Bereich schlechter Beschwerdesysteme, über die Verbraucher vorab klar zu informieren ist. Hinzu kommt dann aber noch für den Bereich B2B § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, der irreführende Informationen über Kundendienst und Beschwerdeverfahren sanktioniert. Wenn der Unternehmer einen Kundendienst oder ein Beschwerdeverfahren hat, suggeriert er damit auch, dass dieses Verfahren effektiv arbeitet. Würden entsprechende Beschwerden systematisch nicht richtig bearbeitet, wäre dies somit auch ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG. Dabei unterscheidet § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 zwischen B2B und B2C. Dazu passt, dass die Richtlinie und das neue UWG ausdrücklich auch Geschäftshandlungen sanktionieren, die nach Abschluss eines produktbezogenen Handelsgeschäfts geschehen (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie).

Unmittelbaren Wettbewerberbezug hat auch die Fallgruppe der Nr. 13, die schon sprachlich in keinsten Weise auf Verbraucher bezogen ist. Es geht um den Schutz gegen Look-a-like-Produkte, die so gestaltet sind, dass über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung getäuscht wird, sind nicht nur ein Thema für den Verbraucherschutz, sondern gerade ein Thema auch für den Bereich B2B.<sup>29)</sup> Deshalb erwähnt § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 auch Recht des geistigen Eigentums. Würde jemand ein Produkt schaffen, das so aussieht wie das des Konkurrenten, würde darin auch eine konkludente zur Täuschung geeignete Angabe liegen. Insofern erweist sich die Sperre der Nr. 13, nämlich der Hinweis auf die Täuschungsabsicht, als zu scharf. Über § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ließen sich auch bei fehlender Täuschungsabsicht Look-a-likes verbieten. Im Kern macht die Regelung zu den Look-a-likes nur klar, dass zwischen Verbraucherschutz und Mitbewerberschutz kaum unterschieden werden kann. Einen Angriff auf Produkte und Marken eines Mitbewerbers trifft niemals nur den Mitbewerber selbst, sondern auch den Verbraucher.

## 8. Besonderheiten bei der AGB-Gestaltung: Nr. 10 des Annexes

In diesem Zusammenhang sei ein kleiner Exkurs zu Nr. 10 des Annexes gestattet. Hiernach ist es verboten, gesetzliche Rechte als Besonderheit des Angebots zu präsentieren. Der deutsche UWG-Text ist hier missverständlich. Sanktioniert wird „die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar“. Die deutsche Regelung ist – anders als

22) So schon Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 3 UWG Rdnr. 29.

23) So auch Scherer, NJW 2009, 324, 331.

24) Auch Scherer, NJW 2009, 324, 328 bezieht die Regelung auf die persönliche Sicherheit.

25) Zum Streit über das „richtige“ Alter für die Kindereigenschaft Hoeren, BB 2008, 1182, 1191; Köhler, WRP 2008, 700, 703; ders., NJW 2008, 3032, 3033; Mankowski, WRP 2007, 1398, 1404; Scherer, WRP 2008, 430, 432; Sosnitzer, WRP 2008, 1014, 1026; Steinbeck, WRP 2008, 865, 868.

26) Zu eng Scherer, NJW 2009, 324, 327, die die Regelung nur auf fehlende Betriebserlaubnisse für technische Geräte beziehen will.

27) Ausführlich dazu demnächst Hoeren, in: Fezer, UWG, 2. Aufl. 2009.

28) Die Ursprünge dieser Regelung sind nicht mehr rekonstruierbar; die Fallgruppe erinnert an den Coppola-Film „Rainmaker“ mit Matt Damon.

29) Dazu auch Sosnitzer, WRP 2008, 1014, 1023. Ausführlich zu der Abgrenzung anderer Schutzinstrumente Köhler, GRUR 2009, 445 ff.

die Vorgabe der Richtlinie – nicht ausdrücklich auf Konsumentenrechte bezogen, sondern auf alle gesetzlichen Rechte (also auch Rücktrittsrechte nach § 346 BGB u.a.). Das der Theaterwelt entlehnte Wort „darstellen“ ist missglückt; Rechte stellen nie Besonderheiten eines Angebots dar. Auch das Wort „Angebot“ ist unpräzise. Es bezeichnet nicht nur das „Angebot“ im Sinne der §§ 145 ff. BGB, sondern sowohl die „*invitatio ad offerendum*“ als auch Marketingaktivitäten nach Vertragschluss. Letzteres ergibt sich aus der neuen Zielsetzung des UWG, das eben auch nachvertragliches Fehlverhalten verbieten will. Damit fallen potentiell auch allgemeine Geschäftsbedingungen unter Nr. 10 des Annexes, da sie im weiteren Sinne Bestandteil des Marketing- und Vertriebskonzeptes des Unternehmens sind. Insofern ist daher von vornherein hier nicht nur die schon früher bekannte und geahndete Werbung mit Selbstverständlichkeiten verboten. Je nach Einbindung der AGB kann sich aus Nr. 10 ein Verbot ergeben, in solchen Standardverträgen gesetzliche Rechte einfach nur zu wiederholen. Dieses würde nicht nur den B2C-Bereich umfassen, sondern hätte auch Auswirkungen auf die Gestaltung von B2B-Verträgen. Werden AGB zum Beispiel beim elektronischen Handel über das Internet zugänglich gemacht, sind sie auf jeden Fall Bestandteil des „Angebots“ im Sinne von Nr. 10. Sofern dann darin gesetzliche Rechte wie z. B. Gewährleistungsrechte ohne erläuternden Zusatz als vertraglich zugestandene Rechte präsentiert werden, liegt darin eine Irreführung, die es – auch im B2B-Bereich – zu untersagen gilt.

## 9. B2C und § 4 UWG

Weitere Interferenzen zwischen Konkurrentenschutz und Verbraucherschutz drohen in § 4 UWG. Zunächst einmal scheint dieser Unlauterkeitstatbestand keine Überschneidung mit der Richtlinie zu haben, da dort intern nur mitbewerberbezogene Regelungen enthalten sind. Dennoch fragt sich, ob der Gesetzgeber bzw. die Gerichte Geschäftspraktiken aus Gründen des Mitbewerberschutzes verbieten könnten, die im Verhältnis zum Verbraucher erlaubt sind. Insofern könnte das Argument des Mitbewerberschutzes den Vorrang der Richtlinie untergraben, wie schon Köhler vor einiger Zeit geprüft hat.<sup>30)</sup> Köhler hat auch schon gesehen, dass im Verhältnis zum Verbraucher das Verleiten zum Vertragsbruch als solches noch kein Unlauterkeitstatbestand auch im Sinne der Richtlinie wäre. Eine Grenze zur Unlauterkeit sei erst dann überschritten, wenn die Einwirkung auf die Entscheidung des Verbrauchers in irreführender oder aggressiver Weise erfolge. Diese Wertung gilt es dann auch zu beachten, wenn man in einem solchen Fall aus Gesichtspunkten des Mitbewerberschutzes ein Verbot verhängen wollte. § 4 Nr. 10 UWG bleibt nur dann uneingeschränkt anzuwenden, wenn das Verleiten zum Vertragsbruch primär in der Absicht erfolgt, den Mitbewerber zu schädigen oder vom Markt zu verdrängen. Die bisherige Rechtsprechung, wonach das Verleiten eines Kunden zum Vertragsbruch als gezielte Mitbewerberbehinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 anzusehen ist, ist auf jeden Fall aufzugeben.

## 10. Verhaltenskodices

Zu den zahlreichen Änderungen durch die Richtlinie<sup>31)</sup> zählt auch die Einbindung von Verhaltenskodices in das System des UWG. So findet sich in Art. 6 Abs. 2 lit. b ein Hinweis darauf, dass ein Verstoß gegen das UWG auch darin bestehen kann, auf die Einhaltung eines Verhaltenskodices als Unternehmer im Verhältnis zu Verbrauchern zu verweisen, obwohl dies nicht zutrifft. Im Regierungsentwurf findet sich ein entsprechender Passus im § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6. Das UWG wird künftig auch in 1:1-Umsetzung der Richtlinie einen Annex enthalten, der absolute Verbote von geschäftlichen Handlungen enthält. Nach Nummer 1 des Annexes ist es verboten, unwahre Angaben darüber zu machen, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodices zu gehören. Ferner fallen auch unter das Absolutverbot unwahre Angaben eines Unternehmers im Verhältnis zu Verbrauchern, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt. Mit dieser Regelung tragen Richtlinie und das neue UWG Vorgaben insbesondere aus Skandinavien, Großbritannien und den Niederlanden Rechnung, wo das Lauterkeitsrecht sehr stark durch Verhaltenskodices einzelner Wirtschaftsverbände gesteuert wird. Insofern klingt das neue UWG aber nicht spannend, da das deutsche Recht diese starke Bindung an Selbstregulierungsmodelle nicht kennt. Lediglich im Bereich des Jugendschutzes und bei stark kartellierten Wirtschaftszweigen (wie etwa Banken, Versicherungen oder der Presse) bestehen entsprechende Regelwerke. Zu denken wäre auch an den Verhaltenskodex für Online-Marketing, den die Internationale Liga für Wettbewerbsrecht 2000 verabschiedet hat.<sup>32)</sup>

Das Spannende des neuen UWG liegt meines Erachtens in der Definition des Verhaltenskodices.<sup>33)</sup> Nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 des Regierungsentwurfs umfasst ein Verhaltenskodex aller Vereinbarungen oder Vorschriften, auf die sich Unternehmer in Bezug auf einzelne geschäftliche Handlungen über Wirtschaftszweige verpflichtet haben und die sich nicht bereits aus Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften ergeben. Der Begriff ist daher weit gefasst.<sup>34)</sup> Er umfasst eben auch Vereinbarungen von Unternehmern mit etwa Lieferanten und Händlern. Insofern sind auch Vertriebsbindungssysteme ein Verhaltenskodex. Auch umfasst sind vertragliche Regelungen für einen selektiven Vertrieb, Fachhändlerbindungen oder F&E-Verträge. Es kommt für die Definition auch nicht darauf an, ob sich die Vereinbarungen auf das Verhalten von Verbrauchern auswirken. Jede B2B-Vereinbarung zwischen Unternehmern mit Bezug auf geschäftliche Handlungen oder Wirtschaftszweige fällt unter die Definition. Dass solche Vereinbarungen sich natürlich nach den Vorgaben des europäischen Kartellrechts richten und insbesondere die Vorgaben einzelner Gruppenfreistellungsverordnungen beachten, schließt die Anwendung der Definition nicht aus.<sup>35)</sup> Denn die entsprechenden Vereinbarungen selbst sind in solchen Fäl-

31) Dazu allgemein Hoeren, BB 2008, 1182 ff.

32) Veröffentlicht u.a. in MMR 2000, Heft 11, Seite XI.

33) Dazu schon Hoeren, in *Inseln der Vernunft. Liber Amicorum für Jochen Schneider*, Köln 2009, 107 ff.

34) Siehe dazu auch Dreyer, WRP 2007, 1294, 1295 ff.

35) In diese Richtung auch Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 5 Rdnr. 5.165.

30) Köhler, GRUR 2008, 841, 845 ff.

## Hoeren – Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich

len nicht bereits aus Gesetzesvorschriften vorgegeben. Auch die entsprechenden Freistellungsverordnungen lassen Spielraum für vertragliche Gestaltungen. Insofern spielt die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Regelwerkes nur eine Bedeutung als Vorfrage, schließt aber die Anwendung des UWG und seine Regelung zum Verhaltenskodex nicht aus.

Dann wird allerdings das UWG künftig mit einem ganz neuen Ansatz zu tun haben. Nach dem alten UWG ist es nicht möglich, den Verstoß oder die Nichteinhaltung von selektiven Vertriebsbindungssystemen als UWG-Verstoß anzusehen.<sup>36)</sup> Das neue UWG macht Verstöße gegen solche vertraglichen Bindungen automatisch auch zu einem Verstoß gegen das UWG. Wirbt z.B. ein Händler damit, dass er Fachhändler oder Teil eines selektiven Vertriebssystems sei gegenüber Verbrauchern, kann er nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 UWG in Anspruch genommen werden, wenn er tatsächlich den Fachhändler – oder den sonstigen Vertriebsvertrag nicht einhält. Nach dem Annex Nr. 1 wäre er auf jeden Fall unabhängig von Wesentlichkeitsfragen in Anspruch zu nehmen, wenn er unwahr behauptet, Fachhändler oder Teilnehmer an einem selektiven Vertriebssystem zu sein. Dies wird gerade auch für den IT-Bereich von erheblicher Bedeutung sein, da es den IT-Herstellern erlaubt, entsprechende Vertriebsbindungen vertraglich mit ihren Händlern vorzusehen und darauf zu achten, dass diese Bindungen auch korrekt im B2C-Bereich verwendet werden.<sup>37)</sup> Aber auch für den B2B-Bereich kommt diese Regelung zur Anwendung. Anders als die Richtlinie selbst, hat sich nämlich das Ministerium und die Koalition im Regierungsentwurf für einen so genannten integrierten Ansatz entschieden, was § 5 UWG angeht. Im Rahmen von § 5 UWG wird nicht mehr unterschieden, ob eine Irreführung im Verhältnis B2B oder B2C vorgenommen wird. Insofern wäre auch im rein gewerblichen Bereich die Nichteinhaltung eines Vertriebsvertrages durchaus als irreführende geschäftliche Handlung ahndbar.

Allerdings weist § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 darauf, dass der Händler auf die entsprechende vertragliche Bindung hinweisen

muss. Der Begriff des Hinweises wird nicht näher konkretisiert. Man wird darunter wohl eine geschäftliche Handlung mit Außenwirkung verstehen müssen, die einen Marketingeffekt hat. Insofern kommt der Wettbewerbsverstoß nur zum Tragen, wenn der Händler in seiner Außenwerbung darauf verweist, Mitglied eines Vertriebssystems zu sein und trotzdem entsprechende Bindungen vertraglicher Art nicht einhält. Dabei reichen auch konkludente Handlungen aus, wie etwa die Verwendung von Fachhändlersiegeln oder der Vertrieb von Produkten, die der Geschäftsverkehr besonderen Händlergruppierungen zuweist.

Den Herstellern bleiben jedenfalls nach dem neuen UWG neue Möglichkeiten, gegen „Freerider“ vorzugehen, die marketingmäßig sich als Handelspartner eines Herstellers gerieren. Das ist neu und wird sicherlich in Zukunft für einige Diskussionen sorgen werden. Man kann auch davon ausgehen, dass die entsprechende Botschaft noch nicht in den Wirtschaftskreisen angekommen ist, wird doch über den Begriff des Verhaltenskodices in der Literatur zum neuen UWG kaum diskutiert.

## 11. Fazit

Seit der UGP-Richtlinie ist der Bereich des Verbraucherschutzes lauterkeitsrechtlich „total harmonisiert“. Die Richtlinie lässt insofern im Kern – abseits anderer Richtlinien – insbesondere nationalstaatliche Sondergänge nicht mehr zu. Insofern ist jede nationalstaatliche Entscheidungspraxis europarechtlich bei der richtlinienkonformen Auslegung auf den Prüfstand zu stellen.<sup>38)</sup> Dies gilt für den Bereich B2B erst einmal nicht; insofern sind B2B und B2C infolge der Richtlinie stark separierte Teilbereiche des Lauterkeitsrecht. Dennoch gibt es Überschneidungen und Interferenzen, wie die obige Ausführungen zu zeigen versuchen. Trotz dieser Overlaps werden im rein gewerblichen Bereich auch künftig erhebliche Regulierungsunterschiede in der EU bestehen. Diese führen zu Störungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs, die möglichst bald eine Harmonisierung auch des B2B-Werberechts notwendig erscheinen lassen.

36) Siehe dazu BGH, GRUR 2000, 724, 726 –Außenseiteranspruch II; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2003, 89.

37) Zu den Vertriebsvertragstypen *Schneider*, Praxis des EDV-Rechts, 3. Aufl. Köln 2003, D 327 ff.

38) Dazu auch *Köhler*, NJW 2008, 3032 ff.