



Martin Drews

Die Erheblichkeitsschwelle
des § 3 UWG



PETER LANG

Einleitung

A. Problemstellung

Mit der Novellierung des Lauterkeitsrechts im Juli 2004 wurde das UWG aus dem Jahre 1909, das annähernd 100 Jahre Bestand hatte, grundlegend reformiert. Insbesondere wurde die frühere Generalklausel des § 1 UWG a.F. nicht nur räumlich in den § 3 UWG verschoben, sondern auch um eine bis dahin unbekannte Erheblichkeitsschwelle ergänzt. Wettbewerbshandlungen sind seitdem nicht bereits dann unzulässig, wenn sie nur unlauter sind. Voraussetzung ist darüber hinaus, dass sie

„geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen“.

Die Einführung einer Erheblichkeitsgrenze wurde bereits in der durch das Bundesministerium der Justiz Mitte der 90er Jahre eingerichteten Arbeitsgruppe „Überprüfung des Wettbewerbsrechts“¹ diskutiert. Es wurde herausgestellt, dass nicht jede unlautere Handlung das lauterkeitsrechtliche Instrumentarium auslösen sollte. Vielmehr sollten unlautere Verhaltensweisen von einer gewissen wettbewerblichen Erheblichkeit sein, um die lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit zu begründen. Dies wurde von dem im Auftrag des Justizministeriums erstellten Gutachten *Fezers*² zur Modernisierung des Lauterkeitsrechts aufgegriffen, welches sich für die Einführung einer „Spürbarkeitsgrenze“ aussprach. Die schließlich im UWG-2004 normierte Fassung der Erheblichkeitsschwelle geht erkennbar auf das im Auftrag der Bundesregierung von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*³ erstellte Gutachten zur Reformierung des Lauterkeitsrechts zurück.

Ausweislich der Regierungsbegründung⁴ dient als Vorbild für die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG die im früheren Recht normierte Einschränkung der Klagebefugnis von nicht unmittelbar betroffenen Mitbewerbern und Wirtschafts-

1 Vgl. *Fezer*, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 36. (abrufbar unter http://www.bmj.de/enid/3a7d5535b0e451b09e12f374e0897f5c,0/Handels-_u_Wirtschaftsrecht/UWG_4g.html) = WRP 2001, 989.

2 *Fezer*, aaO, S. 38.

3 *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317, 1318.

4 Vgl. Reg.-Begr. BT-Drucks 15/1487, S. 17.

verbänden gemäß § 13 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 UWG a.F. So überrascht es auch nicht, dass die Regierungsbegründung als Auslegungshilfe für die Erheblichkeitsschwelle die frühere höchstrichterliche Formel zur Bestimmung des Wesentlichkeitserfordernisses des § 13 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 UWG a.F. benennt⁵. Die Feststellung, ob eine unlautere Handlung geeignet ist, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zum Nachteil der Marktteilnehmer zu beeinträchtigen, setze dementsprechend

„eine nach subjektiven und objektiven Momenten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffende Wertung voraus. In diese Wertung sind neben der Art und Schwere des Verstoßes die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie der Schutzzweck des Lauterkeitsrechts einzubeziehen. Eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung kann demnach auch bei Verstößen mit nur geringen Auswirkungen für den Marktteilnehmer im Einzelfall vorliegen, wenn durch das Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen ist oder eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr besteht“⁶.

Diese Formel wird auch seit Einführung der Erheblichkeitsschwelle von der überwiegenden Rechtsprechung⁷ und einem großen Teil der Literatur⁸ bei der Auslegung und Anwendung der Erheblichkeitsschwelle genutzt. Hier setzt die hiesige Untersuchung an. Denn so verbreitet diese Formel ist, so wirft sie doch zahlreiche Fragen auf.

Elementar ist hierbei bereits die Eingrenzung des Schutzzwecks als bestimmender Auslegungsmaßstab. Trotz seiner ausdrücklichen Normierung in § 1 UWG ist seine Reichweite noch nicht abschließend geklärt. Schützt das Lauterkeitsrecht auch sog. „ethische“ Allgemein- oder Individualinteressen, wie etwa die Volksgesundheit oder die Privatsphäre des Einzelnen? Überschreitet ein Eingriff in solche elementare Interessen per-se die Erheblichkeitsschwelle? Oder ist das Lauterkeitsrecht rein wettbewerbsfunktional ausgerichtet, so dass auch die Erheblichkeitsschwelle allein unter wettbewerbsfunktionalen Prämissen überschritten werden kann?

Unklar ist darüber hinaus, ob es stets der Feststellung tatsächlicher Auswirkungen auf den Wettbewerbsprozess bedarf, um ein lauterkeitsrechtliches Unzu-

5 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 5.10.2000 – I ZR 210/98 = GRUR 2001, 258, 259 = WRP 2001, 146 – Immobilienpreisangaben.

6 Reg.-Begr. BT-Drucks 15/1487, S. 17.

7 BGH Urt. v. 28.06.2007 – Az. I ZR 153/04 = GRUR 2008, 186, 188 = WRP 2008, 220, 223 (Tz. 25) – Telefonaktion; KG, GRUR-RR 2007, 326, 327; KG, GRUR-RR 2005, 357, 358 – Außer-Haus-Verkauf eines Imbissstands; OLG Jena, GRUR 2006, 246 – Kaffeepreisauszeichnung; OLG Koblenz, GRUR-RR 2007, 23, 24 – Grundpreisangabe.

8 *Piper/Ohly*, § 3 Rn. 82; *Gloy/Loschelder/Hasselblatt*, § 44 Rn. 79; *Heermann*, GRUR 2004, 94, 96; *Berlit* WRP 2003, 563, 564 f.; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 5-IV (S. 86 f.); auch *jurisPK-UWG/Ullmann*, § 3 Rn. 37.

lässigkeitsurteil zu begründen? Hiergegen könnte der Gesichtspunkt der Praktikabilität des Lauterkeitsrechts sprechen.

Was macht die „Art und Schwere“ einer nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil der Marktteilnehmer aus? Bezieht sie sich auf die Nachteile für die Marktteilnehmer, auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder auf beides zugleich? Besteht eine Wechselbeziehung zwischen den Nachteilen für die Marktteilnehmer und der Beeinträchtigung des Wettbewerbs?

Auch das Verhältnis zwischen Unlauterkeit und der Erheblichkeitsschwelle wirft zahlreiche Fragen auf. Stellt die Erheblichkeitsschwelle ein rein „quantitatives“ Maß auf, das an die Unlauterkeit angelegt wird, oder stellt sie darüber hinausgehende neue Anforderungen an die „Qualität“ der in Rede stehenden Wettbewerbshandlung?⁹ Stehen Unlauterkeit und Erheblichkeit in einer Wechselbeziehung zueinander oder stellen sie zwei voneinander zu trennende Tatbestandsmerkmale mit gänzlich unterschiedlichem Regelungsgehalt dar?

Diese Fragenkreise werden schließlich durch die europäische Entwicklung des Lauterkeitsrechts erweitert. Hervorzuheben sei an diese Stelle insoweit bereits die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern vom 11. Mai 2005¹⁰ (UGP-Richtlinie). Diese Richtlinie verlangt eine Vollharmonisierung und ist daher für das Lauterkeitsrecht der Mitgliedsstaaten bestimmend¹¹. Die Richtlinie beschränkt sich zwar auf das sog. B2C-Verhältnis (business to consumer) und überlagert daher nur einen Teilbereich des deutschen Lauterkeitsrechts, das neben dem B2C auch das B2B-Verhältnis (business to business) erfasst. Jedoch beabsichtigt der deutsche Gesetzgeber eine zu begrüßende weitestgehend einheitliche Anpassung des deutschen Lauterkeitsrechts, um eine unnatürliche Aufspaltung des Lauterkeitsrechts zu vermeiden¹². Die Grundsätze der UGP-Richtlinie

9 Der häufig verwendete Begriff „Bagatellklausel“ als Synonym für die Erheblichkeitsschwelle deutet darauf hin, dass eine Rechtsverletzung offenbar bereits vorliegt, diese aber wegen ihrer Geringfügigkeit die Inanspruchnahme der lauterkeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten nicht rechtfertigt („De minimis non curat praetor“). Aufgrund dieser inhaltlichen Vorbelastung wird der Begriff „Bagatellklausel“ in dieser Untersuchung vermieden und ausschließlich der an den Wortlaut angelehnte und daher „neutrale“ Begriff der „Erheblichkeitsschwelle“ genutzt; vgl. hierzu auch *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1318.

10 Rl. 2005/29/EG, ABl. EU 2005 L 149/22.

11 *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1320; *Steinbeck*, WRP 2006, 632; ausführlich zur Bedeutung der Vollharmonisierung: *Sosnitza*, WRP 2006, 1, 2 ff.

12 Diese Aufspaltung wird auch vom überwiegenden deutschen Schrifttum abgelehnt: *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1316; *Henning-Bodewig/Schricker*, GRUR Int., 2002, 319, 320; *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317, 1324; GRUR-Stellungnahme, GRUR 2002, 408, 410; *Veelken*, WRP 2004, 1, 6f.;

dürften daher zukünftig jedenfalls mittelbar allgemein für das gesamte Lauterkeitsrecht gelten. Insbesondere ist also auch die Generalklausel und mit ihr die Erheblichkeitsschwelle in all ihren Facetten auf Richtlinienkonformität zu durchleuchten. Ein ausdrückliches Pendant zur Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG enthält die UGP-Richtlinie nicht. Gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Art. 1 lit. e) UGP-Richtlinie ist jedoch Voraussetzung der Unlauterkeit i.S.d. Richtlinie, dass eine Geschäftspraxis geeignet ist, 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. Ob diese „Spürbarkeitsschwelle“ der UGP-Richtlinie der Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG entspricht, bildet damit einen weiteren wesentlichen Fragenkreis. Diesen hat jüngst das Bundeskabinett mit frischem Wind gefüllt. Nachdem der deutsche Gesetzgeber die Umsetzungsfrist der UGP-Richtlinie bis zum 12. Juni 2007 nicht gewahrt hatte und lange Zeit lediglich der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 27. Juli 2007¹³ vorlag, hat die Bundesregierung zwischenzeitlich am 21. Mai 2008 einen Kabinettsentwurf¹⁴ verabschiedet und dem Bundesrat vorgelegt. Im Unterschied zum vorbezeichneten Referentenentwurf, der nur eine Minimalanpassung des UWG anstrebte und daher insbesondere an dem bisherigen Wortlaut der Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG festhielt, wird die Erheblichkeitsschwelle im Kabinettsentwurf jedenfalls im Wortlaut entscheidend abgeändert. Zukünftig sollen unlautere Handlungen gemäß § 3 Abs. 1 UWG-E dann unzulässig sein,

„wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen“.

Die Fragen, inwieweit sich durch diese bevorstehende Änderung Unterschiede zu der jetzigen Fassung der Erheblichkeitsschwelle ergeben und inwieweit Änderungen aufgrund der UGP-Richtlinie überhaupt notwendig sind, werden daher weitere wesentliche Ansatzpunkte der hiesigen Untersuchung sein. Nicht verschwiegen sei an dieser Stelle, dass der Bundesrat bereits in seiner Sitzung am 04. Juli 2008 zum Kabinettsentwurf Stellung genommen und diesen im Wesentlichen abgelehnt hat¹⁵. Der Bundesrat weist darauf hin, dass eine Mindestanpas-

Köhler, GRUR 2005, 793, 794; *Gamerith*, WRP 2003, 143, 162; auf europäischer Ebene ist diese abzulehnende Aufspaltung ohnehin allein der rein formellen Kompetenzverteilung geschuldet.

13 Abrufbar unter „http://www.grur.de/cms/upload/pdf/aktuelles/2007-08-17_07-07-27_Referentenentwurf_endg.pdf“.

14 Gesetzentwurf der BReg., BR-Drucks 345/08, S. 1 ff.

15 Vgl. BR-Drucks 345/08(B), S. 1 ff.

sung, wie sie noch der Referentenentwurf vom 27. Juli 2007 vorsah, bevorzugt werde. Ob und inwieweit sich die Bundesregierung aufgrund dieser Kritik zur Änderung veranlasst sieht, bleibt abzuwarten. Die hiesige Arbeit kann daher im Hinblick auf die Untersuchung der Erheblichkeitsschwelle des UWG-E nur von prognostischer Natur sein.

B. Gang der Untersuchung

Vor dem Hintergrund dieser Vorüberlegungen gliedert sich die Arbeit in sechs Teile. In Teil 1 soll als Ausgangspunkt der Schutzzweck des Lauterkeitsrechts erörtert werden. Er bildet die bestimmende Maxime für das gesamte Lauterkeitsrecht und ist für die Untersuchung der Erheblichkeitsschwelle der wesentliche Maßstab, so dass seine Untersuchung voranzustellen ist. Im Anschluss werden im zweiten Teil die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG untersucht. Zugleich wird jeweils ein Ausblick auf die künftige Fassung der Erheblichkeitsschwelle des § 3 Abs. 1 UWG-E vorgenommen und ein Vergleich mit der derzeit geltenden Rechtslage angestellt. Auf Basis der Ergebnisse dieser tatbestandsbezogenen Untersuchung werden im dritten Teil konkrete Kriterien für die Bestimmung der Erheblichkeit aufzustellen sein. Der vierte Teil wird das Verhältnis der Fallgruppentatbestände zur Erheblichkeitsschwelle, insbesondere die Frage einer etwaigen Tatbestandsimmanenz und eine etwaige Deckungsgleichheit einzelner Kriterien beleuchten. Zugleich werden fallgruppenspezifische gemeinschaftsrechtliche Implikationen jenseits der UGP-Richtlinie betrachtet, soweit sie für das Verhältnis zwischen einzelnen Fallgruppentatbeständen und der Erheblichkeitsschwelle Bedeutung haben. Schließlich wird auf das Verhältnis der Erheblichkeitsschwelle zu den Tatbeständen des Anhangs I zur UGP-Richtlinie, die sog. Blacklist, eingegangen. Diese wird aller Voraussicht nach als Anhang zum UWG-E umgesetzt werden¹⁶. Der fünfte Teil wird sich der Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die herausgearbeiteten Beurteilungskriterien widmen. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse.

¹⁶ Vgl. BR-Drucks 345/08, S. 8 ff., 42 f.