

Befugnisse des Bundeskartellamts im UWG?



Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig

Eines der wichtigsten Themen des heutigen Lauterkeitsrechts ist die Rechtsdurchsetzung. Das europäische Recht hat sich hieraus bislang weitgehend herausgehalten (Art 11 UGP-RL). Dem traditionell zivilrechtlich durchgesetzten UWG wird im europäischen Vergleich jedoch, zumindest unterschwellig, immer wieder sowohl ein *over-enforcement* (die vielen Klagen!) als auch ein *under-enforcement* (keine Aktivlegitimation des einzelnen Verbrauchers!) vorgeworfen. Dass diese Einschätzung mitunter Äpfel mit Birnen vergleicht, sei hier nicht thematisiert (dazu *Henning-Bodewig*, *Enforcement im deutschen und europäischen Lauterkeitsrecht*, WRP 2015, 667). Richtig ist jedoch, dass ein zivilrechtlicher Ansatz dort Sanktionsdefizite haben kann, wo – aus welchen Gründen auch immer – weder Mitbewerber noch Verbände klagen, diffizile Ermittlungen oder Wertungen Kläger wie Gerichte überfordern oder durch unlauteren Wettbewerb massenhaft entstandene Verbraucherschäden ungeahndet bleiben.

Um zumindest letzterem zu begegnen, hat man 2004 in § 10 UWG einen Anspruch auf Gewinnabschöpfung eingeführt, der kartellrechtliche Züge aufweist, jedoch als zivilrechtlicher Anspruch *sui generis* ausgestaltet ist. Bislang gibt es hierzu nur eine verschwindend geringe Zahl von Urteilen. Den in erster Linie aktivlegitimierten Verbraucherverbänden ist zwar vor kurzem ein beachtlicher Coup gelungen: im Wege des Vergleichs wurden von zwei Telekommunikationsanbietern 12,5 Millionen Euro (für den Bundeshaushalt) erstritten. Von einem Flop lässt sich bei § 10 UWG daher nicht sprechen, von einem Erfolg allerdings auch nicht.

Wie die VO (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz zeigt, favorisiert die Kommission zumindest beim Verbraucherschutz das „Behördenmodell“. Vor diesem Hintergrund muss die im Vorfeld der geplanten 9. GWB-Novelle geführte Diskussion, das Bundeskartellamt zu einer Art Verbraucherschutzbehörde auszubauen, aufhorchen lassen. Gewiss, bislang ist nur relativ vage von Befugnissen beim digitalen Verbraucherschutz die Rede. Man fragt sich allerdings, wie das konkret gehen soll. Zum einen sind geschäftliche Handlungen heute zumeist sowohl online als auch offline zu finden. Zum anderen befindet man sich beim Schutz des Verbrauchers vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, egal, ob on- oder offline, unweigerlich (auch) auf dem Gebiet des UWG. Und im UWG ist wiederum – eine Folge des sog. integrierten Ansatzes – der Schutz des Verbrauchers in der Regel mit dem des (nicht selten genauso schutzbedürftigen) Unternehmers verbunden.

Wer also von behördlichen Befugnissen im Verbraucherschutz spricht, muss sich darüber im Klaren sein, dass er auch in das fein austarierete Sanktionssystem des UWG eingreift und zwar sowohl im Bereich B2C als auch B2B.

Nun sind derartige Befugnisse im UWG keine „heilige Kuh“ – das zeigt § 20 UWG, der der Bundesnetzagentur bei der unerlaubten Telefonwerbung die Verhängung von Bußgeldern erlaubt. Und zweifellos ist es verlockend zu sehen, wie Behörden spektakuläre Fälle, die Mitbewerber und auch Verbände vor schwierige Ermittlungs- und Nachweisaufgaben stellen, bewältigen können. So hat in den USA etwa die Federal Trade Commission die „Clean Diesel“-Werbung von VW als irreführend angegriffen und in Italien hat die Autorita Garante della concorrenza e del mercato gegen VW ein Bußgeld in Höhe von 5 Millionen Euro verhängt (und zwar auf der Grundlage von Irreführungsvorschriften im Codice del Consumo, die fast wörtlich der Richtlinie 2009/29/EG entnommen sind). Beides sind Kartellbehörden, deren Befugnisse bei massenhaften Schädigungen von Verbrauchern durch unlauteren Wettbewerb erweitert wurden.

Es lässt sich auch nicht leugnen, dass sich das zunehmend funktional angelegte UWG nicht nur beim Verbraucherschutz mit dem GWB überschneidet. Gleichwohl ist der Normzweck beider Rechtsgebiete ein anderer und das jeweilige *enforcement* darauf abgestimmt. Das weitgehend in die Dispositionsbefugnis der Marktteilnehmer gestellte Sanktionssystem des UWG baut z. B. auf (schnellen) Einzelfallentscheidungen mit relativ beschränkter Marktauswirkung auf. Eine Umfunktionierung des Bundeskartellamts in eine schlagkräftige „Super-Verbraucherschutzbehörde“ könnte daher die Kohärenz sowohl im UWG als auch im GWB (vgl. *Ackermann*, *Kartellrecht und Verbraucherschutz*, NZKart 2016, 397) empfindlich stören und zu einem nicht interessengerechten Paradigmenwechsel führen.

Das heißt nicht, dass im UWG keinerlei Bedürfnis für ein *public enforcement* bestünde. In bestimmten engen Bereichen könnte es durchaus sinnvoll sein, das Sanktionsarsenal des UWG durch behördliche Befugnisse zu unterfüttern (*Podszun*, *Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle*, WUW 1227459, online abrufbar, schlägt z. B. eine *amicus curiae*-Stellung des Bundeskartellamts vor; zu denken wäre auch an eine zusätzliche Aktivlegitimation bei § 10 UWG). Eine Ermittlung möglicher Synergieeffekte erfordert aber eine eingehende Überprüfung des Sanktionssystems beider Rechtsgebiete, für die man sich Zeit nehmen sollte.

Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig, München