

Deutsche Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Hohenstaufenring 30-32 • 50674 Köln

Sitz Berlin
Hauptgeschäftsstelle Köln

Bundesministerium der Justiz
Herrn Ministerialdirektor
Dr. Elmar Hucko
Mohrenstraße 37

50674 Köln, den **22.11.2002**
Hohenstaufenring 30-32
Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
e-mail: office@grur.de
www.grur.de

10117 Berlin

Unser Zeichen:
(Bei der Antwort bitte angeben)

ARBEITSGRUPPE UNLAUTERER WETTBEWERB
HIER: **STELLUNGNAHME DER DEUTSCHEN VEREINIGUNG ZUM ENTWURF FÜR EINE EUROPÄISCHE RICHTLINIE UND**
EIN DEUTSCHES GESETZ GEGEN UNLAUTEREN WETTBEWERB
VON KÖHLER/BORNKAMM/HENNING-BODEWIG

Sehr geehrter Herr Dr. Hucko,

wie Sie wissen, ist die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. eine wissenschaftliche Vereinigung der auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, des Urheberrechts und des Wettbewerbsrechts tätigen Wissenschaftler und Praktiker. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Frage des geistigen Eigentums und des Lauterkeitsrechts.

Der aus den Erörterungen in der Arbeitsgruppe UWG des Bundesministeriums der Justiz hervorgegangene Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig berücksichtigte in seiner im November 2002 vorgelegten Gestalt bereits eine Reihe unserer im Vorfeld unterbreiteten Anregungen. Wir haben den Entwurf in der Fassung vom 11.11.2002 ("Version 28F") auf der letzten Arbeitssitzung in unserem Fachausschuss für Marken- und

Wettbewerbsrecht erörtert. Der Entwurf ist von den Autoren unter Berücksichtigung der Ergebnisse auch dieser Sitzung fortgeschrieben worden und steht nunmehr in WRP 2002, 1317 ff. zur Veröffentlichung an. Wir nehmen zu dem Entwurf in seiner nunmehr zur Veröffentlichung gelangenden Fassung wie folgt Stellung:

I. Zielsetzung und Konzeption des Richtlinien- und Gesetzesentwurfs

1. Wir haben uns wiederholt und zuletzt in unseren Stellungnahmen zum "Grünbuch zum Verbraucherschutz in der europäischen Union" sowie zum Vorschlag für eine "Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt" (GRUR 2002, 408 ff.) dafür ausgesprochen, das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Europa unter Einbeziehung der bisher schon vorhandenen Regelungen umfassend zu harmonisieren. Der Entwurf von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig entspricht diesem Anliegen. Er wahrt zutreffend den freiheitlichen Ansatz, den Marktbeteiligten und den von ihnen gebildeten Verbänden – und nicht etwa staatlichen Behörden – die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs zu überlassen.
2. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs als Instrument zur Steuerung und Kontrolle des unternehmerischen Marktverhaltens, das zugleich die Interessen der Mitbewerber als auch der Verbraucher berührt, sollte nicht künstlich in Regelungen aufgespalten werden, die allein den Verbraucherschutz oder allein den Mitbewerberschutz in den Blick nehmen. Unterschiedliche Zuständigkeiten in der Kommission, die etwa im Rahmen des von der GD Sanco erarbeiteten "Grünbuch" dazu führen, die dort diskutierten umfassenden lauterkeitsrechtlichen Regelungen lediglich als Verbraucherschutzrecht zu konzipieren, bilden keinen sachgerechten Anknüpfungspunkt für eine sinnvolle Regelung einer einheitlichen Rechtsmaterie. Wir unterstützen demgemäß auch das Konzept des Entwurfs, durch die Richtlinie bzw. das Gesetz einen umfassenden Schutz vor unlauteren Wettbewerbshandlungen zu gewährleisten, unabhängig davon, ob in erster Linie Verbraucher- oder Mitbewerberinteressen oder die Allgemeinheit als solche betroffen sind.

3. Mit dem Entwurf ist der Bundesregierung ein hervorragendes Mittel an die Hand gegeben, der Kommission im Rahmen der Diskussion um das "Grünbuch" und der geplanten "VO Verkaufsförderung" einen positiven Vorschlag für eine umfassende Regelung des Lauterkeitsrechts zu unterbreiten. Gerade weil der Richtlinienentwurf dem Recht der allermeisten Mitgliedstaaten entspricht, sollte es möglich sein, auch die Kommission für die Forderung nach einem einheitlichen europäischen Lauterkeitsrecht zu gewinnen. Eine Harmonisierung sollte dabei auf der Grundlage einer Rahmen-Richtlinie erfolgen, die das bestehende Richtlinienrecht aufnehmen und ohne weiteres in das nationale Lauterkeitsrecht integriert werden könnte. Vor diesem Hintergrund ist es richtig, dem Richtlinienentwurf nach Terminologie, Aufbau und seinen materiellen Regelungen am bestehenden und geplanten Gemeinschaftsrecht (RiLi über irreführende und vergleichende Werbung, RiLi über den elektronischen Geschäftsverkehr, der geplanten "VO Verkaufsförderung" sowie dem Grünbuch) zu orientieren. Zur Förderung der Akzeptanz des Richtlinienentwurfs ist es auch zweckmäßig, ihn auf das materielle Recht zu beschränken und auf Regelungen hinsichtlich der Sanktionen sowie des Verfahrens zu verzichten.

4. Das deutsche Lauterkeitsrecht in seiner ihm durch die jüngere und jüngste Rechtsprechung verliehenen liberalisierten Gestalt (etwa hinsichtlich der Auswirkungen des Wegfalls von ZugabeVO und RabattG im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG, des Verbraucherleitbildes, der Rechtsprechung zu Vertriebsbindungssystemen, des Missbrauchs der Klagebefugnis u.ä.) erscheint zwar – abgesehen vom Bereich des Sonderveranstaltungs- und Räumungsverkaufsrechts – nicht grundsätzlich reformbedürftig. Mit Blick auf den vom Entwurf erstrebten, von uns begrüßten Gleichlauf von deutschem und europäischem Lauterkeitsrecht erscheint es jedoch zweckmäßig, von einer Reform nur einzelner Bereiche (etwa des Sonderveranstaltungs- und Räumungsverkaufsrechts) abzusehen und das deutsche UWG im Vorgriff auf die erwünschte europäische Harmonisierung insgesamt zu modernisieren. Ein inhaltlich und strukturell europäischen Standards entsprechendes deutsches Lauterkeitsrecht würde die Chancen für die Schaffung eines entsprechenden europäischen Lauterkeitsrechts entscheidend verbessern und könnte als ein für den EU-Binnenmarkt insgesamt geeignetes Referenzmodell eines modernen Lauterkeitsrechts dienen. Sofern die Kommission für die Schaffung eines einheitlichen, sowohl Mitbewerber-

als auch Verbraucherinteressen erfassenden Lauterkeitsrechts nicht gewonnen werden könnte, besteht zwar die nicht von der Hand zu weisende Gefahr, in einigen Jahren aufgrund abweichender EG-rechtlicher Vorgaben erneut eine Reform des UWG in Angriff nehmen zu müssen. Angesichts der beschriebenen Chancen unterstützen wir aber nach einer Abwägung des Für und Wider grundsätzlich auch den das deutsche UWG betreffenden Gesetzesreformvorschlag und das Ziel, ein künftiges deutsches UWG nach Struktur und Inhalt an einem für konsensfähig erachteten europäischen Lauterkeitsrecht auszurichten.

II. Aufbau und Regelungstechnik des Richtlinien- und Gesetzesentwurfs

1. Der Richtlinien- und Gesetzesentwurf (künftig auch allein "Entwurf") enthält zunächst (in Art. 1 bzw. § 1) eine Bestimmung über den Zweck der Richtlinie oder des Gesetzes, schließt daran einen umfassenden Definitionskatalog an und enthält alsdann ein allgemeines Verbot unlauteren Wettbewerbs (Art. 3 bzw. § 3). Daran schließen sich Beispiele unlauteren Wettbewerbs gegenüber der Marktgegenseite, insbesondere den Verbrauchern (Art. 4 bzw. § 4) sowie Beispiele unlauteren Wettbewerbs gegenüber den Mitbewerbern (Art. 5 bzw. § 5) und weitere Regelungen an. Ein derartiger Aufbau, der für ein deutsches Gesetz zunächst ungewöhnlich erscheint, entspricht der europäischen Praxis (etwa der Markenrechtsrichtlinie und der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung usw.) und ist damit für einen Richtlinien-Vorschlag zwingend. Mit Blick auf den erstrebten Gleichlauf zwischen europäischem und deutschem Recht befürworten wir auch einen solchen Aufbau in einem neuen deutschen UWG.
2. Entsprechend unseren Stellungnahmen zum "Grünbuch" sowie zur "VO Verkaufsförderung" halten wir es für richtig, an einer Generalklausel festzuhalten. Allein eine Generalklausel ermöglicht es, flexibel auf neue wettbewerbliche Verhaltensweisen zu reagieren und einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Im übrigen beruht auch das Unlauterkeitsrecht in den allermeisten Mitgliedstaaten der EU – wie die Kommission im "Grünbuch" zutreffend dargelegt hat – auf einer Generalklausel. Die weitere Konkretisierung und Präzisierung der Generalklausel durch - den Charakter von Spezialtatbeständen annehmenden – Beispiels-

kataloge, wie dies in dem Richtlinien- und Gesetzesvorschlag erfolgt, erscheint zweckmäßig, um den Regelungsgehalt der Generalklausel – insbesondere für die europäische Diskussion – zu verdeutlichen. Der Entwurf entspricht damit in seiner Struktur den von uns im Grundsatz unterstützten Vorschlägen von Fezer (WRP 2001, 989/999) und Schrickler/Henning-Bodewig (WRP 2001, 1369 ff.) in ihren Gutachten für die Arbeitsgruppe.

3. Der Entwurf enthält nicht mehr die strafrechtlichen Vorschriften (§§ 4, 6 c, 15, 17, 18, 20, 20 a, 22, 23 Abs. 1 UWG). Die Straftatbestände der progressiven Kundenwerbung, über den Schutz von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen sowie die Verwertung anvertrauter Vorlagen (§§ 6 c, 17, 18 UWG) sollen als zivilrechtliche Regelungen erhalten werden (vgl. etwa Art. 4 Nr. 8 sowie Art. 5 Nr. 5 und 6 des Entwurfs). Tatsächlich hat der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, der auch durch Art. 39 TRIPs-Abkommen eine erhebliche Aufwertung erfahren hat, sowie der Schutz von betrieblichen Vorlagen eine eminente praktische Bedeutung; gleiches dürfte für die zivilrechtlichen Abwehrmöglichkeiten einer bislang auch strafbaren progressiven Kundenwerbung gelten. Es bestehen keine Bedenken dagegen, die strafrechtlichen Bestimmungen in das Kernstrafrecht des StGB auszulagern. Auf alle Fälle zu gewährleisten ist jedoch, dass der zivil- und strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Sache nach in vollem Umfang erhalten bleibt.
4. Das Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 13 a UWG ist in der Praxis bedeutungslos. Die Regelung sollte nicht mehr in ein neues deutsches UWG übernommen werden. Zweifelhafte erscheint dagegen die mangelnde Übernahme der §§ 23 a und 23 b UWG, die nach unseren Erfahrungen in erster Linie von Verbrauchervereinigungen in Anspruch genommen wurden.
5. Die mangelnde Übernahme der Regelungen der §§ 6, 6a, 6 b, 7 und 8 UWG ist differenzierter zu sehen. Während eine starke Auffassung mit Fezer dafür plädiert, die §§ 6, 6a, 6 b und 7 UWG vollständig entfallen zu lassen, gilt dies jedenfalls nicht für die Regelung des § 8 UWG. Es sind nach wie vor Missbräuche auf dem Gebiet des Räumungsverkaufswesens festzustellen. Es ist zweifelhaft, ob die in § 7 Abs. 2-4

des Entwurfs enthaltenen Regelungen geeignet sind, diese Missbräuche umfassend und wirksam einzudämmen.

6. Aus unserer Sicht bestehen keine Bedenken, die Regelung des § 27 UWG in das GVG zu integrieren.

III. Zu den Bestimmungen des Richtlinien- und Gesetzesentwurfs im einzelnen

Die nachfolgenden, auf den Richtlinienentwurf bezogenen Bemerkungen beziehen sich in gleicher Weise auf den wortgleichen Gesetzesentwurf:

1. Normzweckklausel

Der Normzweckklausel kommt die Aufgabe zu, den Richtlinien- und Gesetzeszweck zu konkretisieren und zu umreißen. Für das deutsche UWG ist anerkannt, dass dieses dem Schutz der Wettbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit dient ("Schutzzweck-trias", vgl. Baumbach/Hefermehl, WettbR, 22. Aufl. Einleitung UWG Rn. 50; Köhler/Piper UWG, 3. Aufl. Einf. Rn. 24).

- a) Es bestehen aus unserer Sicht keine Bedenken dagegen, diese Schutzzwecke - unter Einbeziehung des Verbraucherschutzes - in einer Normzweckklausel auch ausdrücklich zu nennen. Der Mitbewerber sollte an erster Stelle genannt werden, zumal einzelnen Verbrauchern keine eigenständige Klagebefugnis eingeräumt werden soll. Die Verwendung des in Europa gebräuchlichen Begriffs der "Unlauterkeit" erscheint vorzugswürdig gegenüber der antiquiert anmutenden und in Europa ungebräuchlichen "gute Sitten"-Formel.
- b) Die Normzweckklausel stellt in Satz 1 auf den Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb ab. Die Klausel erfasst damit zutreffend alle Marktbeteiligten. Soweit es in Satz 2 jedoch heißt, dass das Gesetz "damit" auch das Interesse der Allgemeinheit an einen unverfälschten Wettbewerb schütze, könnte daraus gefolgert werden, dass ein Schutz der "Allgemeinheit" lediglich reflexartig als Folge einer Ver-

braucher- oder Marktteilnehmer beeinträchtigenden Handlung gewährt werden könne. Das UWG dient aber auch dem Institutionenschutz (Fallgruppen der "Marktstörung", Schutz der Presse als Institution durch besondere Regeln bei der Umsonstlieferung von Presseerzeugnissen oder Schutz des "Wettbewerbs in seinem Bestand" bei Massenverteilung von Originalware u.ä.). Die Anwendungsbereiche des UWG und des GWB, das beispielsweise auch Ansprüche wegen individueller Marktbeeinträchtigungen etwa durch Diskriminierung gewährt, überschneiden sich. Die von einer konkreten Mitbewerber- oder Verbraucherbeeinträchtigung unabhängige Anerkennung des "Allgemeininteresses" als Schutzgut erlaubt auch einen unmittelbaren Rekurs auf überindividuelle Rechtsgüter und insbesondere die Wertordnung des Grundgesetzes (z. B. bei menschenverachtender, geschlechtsdiskriminierender oder die Religionsfreiheit missachtender Werbung). Das sollte erhalten bleiben.

- c) Dass das Marktverhalten auch nicht das Allgemeininteresse und damit überindividuelle Rechtsgüter beeinträchtigen darf, könnte dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass man in § 1 Satz 2 das Wort "damit" durch das Wort "zugleich" ersetzt. Es könnte aber auch daran gedacht werden, die Normzweckklausel in Anlehnung an die in früheren Textfassungen des Entwurfs noch vorgesehene Alternativformulierung wie folgt zu fassen:

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Lauterkeit im Wettbewerb im Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit.

Der Begriff der Allgemeinheit umfasst dabei auch "sonstige Marktteilnehmer", ohne eine individuelle Betroffenheit derartiger Marktteilnehmer zu verlangen.

2. Definitionen

Ein in den Richtlinien- und Gesetzestext integrierter, den eigentlichen Verbotsbestimmungen vorangestellter Definitionskatalog entspricht der Regelungstechnik im europäischen Recht und wird grundsätzlich befürwortet. Zu den Definitionsbestimmungen im Einzelnen:

- a) Das Erfordernis einer "Wettbewerbshandlung" (Art. 2 Nr. 1) grenzt das Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktsrecht vom allgemeinen Zivilrecht ab. Diese von uns befürwortete Abgrenzung wird durch die vorgeschlagene Definition der Wettbewerbshandlung, die auf die Absatz- oder Bezugsförderung zugunsten eines eigenen oder fremden Unternehmens abstellt, gewährleistet. Der im Entwurf vorgeschlagenen Definition der "Wettbewerbshandlung" ist ein Handeln "im geschäftlichen Verkehr" immanent, so dass auch weiterhin rein private oder rein amtliche Betätigungen sowie die Tätigkeit von politischen, sozialen oder sportlichen Vereinigungen ohne Erwerbszweck nicht dem Anwendungsbereich des UWG unterfallen. Es sollte nicht abgestellt werden auf "jede Handlung, die im geschäftlichen Verkehr den Wettbewerb beeinflusst" (so ein Vorschlag aus der Arbeitsgruppe). Mit einer derartigen Formulierung wäre eine Abgrenzung nicht gewährleistet, da etwa die außerhalb Absatzförderungszwecken stehende Tätigkeit der Medien innerhalb ihres Funktionsbereichs sowie die Tätigkeiten von Verbraucherschutzverbänden, Stiftung Warentest, Parteien usw. geeignet sein können, den Wettbewerb zu beeinflussen, ohne dass derartige Handlungen lauterkeitsrechtlichen Maßstäben unterliegen sollen. Das im gegenwärtigen Recht aus dem Merkmal "Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs" abgeleitete "Wettbewerbsverhältnis" wird dagegen nicht mehr gefordert. Wir hatten uns bereits früher dafür ausgesprochen, auf das Erfordernis eines derartigen "Wettbewerbsverhältnisses" zu verzichten.
- b) Als "unlautere Wettbewerbshandlung" (Art. 2 Nr. 2) wird jede Wettbewerbshandlung angesehen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderläuft. Auch wenn diese Definition nicht sehr modern anmutet, erscheint sie "europakompatibel", weil sie nicht nur Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ entspricht, sondern etwa auch aus dem europäischen Recht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Markenrichtlinie) vertraut ist (und überdies noch Handwerk und selbständige berufliche Tätigkeit erfasst, die ebenfalls dem Unlauterkeitsrecht unterfallen sollen).
- c) Die Definition des "Verbrauchers" (Art. 2 Nr. 3) entspricht der Legaldefinition in § 13 BGB mit der zutreffenden Erweiterung, dass auch die lediglich als Partner

eines Rechtsgeschäfts in Betracht kommenden Personen in den Verbraucherbegriff mit einzuschließen sind.

- d) Die "Mitbewerber"-Definition (Art. 2 Nr. 4) ist zutreffend und nicht weiter zu kommentieren. Zumindest in der Begründung wäre jedoch klarzustellen, dass die Definition der Mitbewerber auch Anbieter auf verschiedenen Handelsstufen erfasst. Aufgrund der vom Entwurf vorgesehenen Einschränkung der Klagebefugnis auf "Mitbewerber" (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 1) könnten ansonsten unlautere Wettbewerbshandlungen von in vor- oder nachgelagerten Handelsstufen tätigen Unternehmen nicht mehr unterbunden werden. Außerdem sollte klargestellt werden, dass unter den Begriff des "Mitbewerbers" auch derjenige fallen kann, der erst mit einer unlauteren Wettbewerbshandlung in einen Wettbewerb zu einem Unternehmen tritt. Auch ein Rechtsschutz gegenüber solchen, ein Wettbewerbsverhältnis erst durch eine unlautere Wettbewerbshandlung begründenden Unternehmen sollte nicht ausgeschlossen sein.
- e) Die Definition der "Marktteilnehmer" (Art. 2 Nr. 5) erfasst Verbraucher, Mitbewerber sowie alle weiteren Unternehmer, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren- oder Dienstleistungen auf einem Markt tätig sind. Die Definitionsbestimmung erfasst damit zutreffend alle auf dem Markt tätigen Akteure.
- f) Die Legaldefinition des Begriffs der "Werbung" (Art. 2 Nr. 6) entspricht der Definition der Irreführungsrichtlinie (dort Art. 2 Nr. 1). In der Begründung könnte klargestellt werden, dass mit dieser Definition der Werbung auch etwa die reine Aufmerksamkeitswerbung erfasst ist.
- g) Die Definition der "vergleichenden Werbung" (Art. 2 Nr. 7) geht über die Legaldefinition in der Richtlinie „vergleichende Werbung“ hinaus, indem sie auch die "persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse" von Mitbewerbern mit einbezieht. Wir befürworten diese Erstreckung.

- h) Die Definition der "irreführenden Werbung" (Art. 2 Nr. 8) entspricht der Definition in der Irreführungsrichtlinie. Zutreffend kann nach dieser Definition bereits eine Werbung als irreführend angesehen werden, wenn sie aufgrund der ihr innewohnenden Täuschungseignung eine Anlockwirkung entfalten kann, ohne dass es auf den Fortbestand der Irreführung zum Zeitpunkt des Kaufabschlusses ankommt.

3. Generalklausel

Die Generalklausel in Art. 3 (bzw. § 3) mit ihrem allgemeinen Verbot unlauteren Wettbewerbs stellt die zentrale Bestimmung des Richtlinien- und Gesetzesvorschlags dar. Die Vorschrift verlangt

- eine unlautere Wettbewerbshandlung,
 - die zum Nachteil von Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern
 - geeignet sein muss, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen.
-
- a) Die einer Generalklausel notwendig innewohnende Unbestimmtheit ist durch die sie konkretisierenden nachfolgenden Beispielskataloge abgemildert. Mit der Begründung des Entwurfs ist auch zu erwarten, dass der EuGH die Bestimmung für die Rechtsanwendungspraxis - in Anknüpfung auch an die jahrzehntelange Rechtsprechungstradition in den Mitgliedstaaten - hinreichend deutlich konturiert. Ebenso wie bei der Normzweckklausel wäre jedoch zu erwägen, die Wettbewerbsverfälschung als Folge einer unlauteren Wettbewerbshandlung nicht lediglich auf die Marktteilnehmer, sondern auch auf die Interessen der Allgemeinheit bezogen zu sehen. Die Argumentation zur Normzweckklausel gilt entsprechend.
 - b) Die Generalklausel stellt abweichend von früheren Entwurfsfassungen nicht mehr auf eine "spürbare Beeinträchtigung" des Wettbewerbs, sondern nunmehr darauf ab, dass eine unlautere Wettbewerbshandlung geeignet sein muss, den Wettbewerb "nicht unerheblich zu verfälschen". Sofern mit der

Klausel lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass gänzlich unerhebliche Bagatellfälle von der Verfolgung ausgenommen sein sollen, begegnet dies keinen sachlichen Bedenken. Aus unserer Sicht sind jedoch Bagatellfälle schon nicht zur "Verfälschung" des Wettbewerbs geeignet, so dass es eines weiteren "Schwere-Kriteriums" ("nicht unerheblich") nicht bedarf. Das "Schwere-Kriterium" könnte Anlass zu Fehlinterpretationen sein und könnte etwa die Verfolgbarkeit von nicht einen gesamten "Wettbewerb", sondern lediglich einzelne Mitbewerber berührenden Wettbewerbsverstößen unmöglich machen. Das würde von uns allerdings aus folgenden Gründen nicht befürwortet:

- (1) Das Lauterkeitsrecht soll typischerweise auch einzelne Wettbewerbshandlungen erfassen und sanktionieren, die für sich gesehen ein umfassenderes "Wettbewerbsgeschehen" (vgl. "die Erläuterungen" des Entwurfs zu Ziff. 7) nicht beeinträchtigen können. An dieser individualrechtlichen Konzeption des Lauterkeitsrechts sollte nicht gerüttelt werden.
- (2) Auch weil der Richtlinien- und Gesetzesvorschlag nur "abstrakt" betroffenen Mitbewerbern - anders als nach geltendem Recht - keine unmittelbare Klagebefugnis mehr einräumt und nur noch unmittelbare Mitbewerber (und Verbände) klageberechtigt sein sollen, bedarf es einer "Spürbarkeitsklausel", die nicht nur gänzliche Bagatellfälle ausscheidet, nicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Eignung zur "nicht nur unerheblichen Verfälschung des Wettbewerbs" nicht schon bei einer nur individuellen Betroffenheit von einzelnen Marktteilnehmern angenommen werden könnte. Für unmittelbar betroffene Mitbewerber muss es aber möglich sein, unlautere Wettbewerbshandlungen unterbinden zu können, ohne über ihre eigene Betroffenheit hinaus noch zusätzlich eine "nicht nur unerhebliche Verfälschung des Wettbewerbs" insgesamt darlegen zu müssen.

(3) Gegen eine Spürbarkeitsschwelle spricht auch, dass der Vorschlag - wie auch schon das bisherige Recht - einzelnen Marktteilnehmern immaterialgüterrechtsähnliche Positionen (Leistungsschutz) verleiht, deren Durchsetzbarkeit nicht von der Verfälschung eines "Wettbewerbsgeschehens" (vgl. "Erläuterungen" Ziff. 7) insgesamt abhängig gemacht werden sollte. Eine Spürbarkeitsschwelle hätte möglicherweise auch die unerwünschte Folge, den relevanten Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgrenzen zu müssen.

c) Es könnte sich deshalb empfehlen, die Generalklausel vor diesem Hintergrund etwa wie folgt zu formulieren:

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der Allgemeinheit zu verfälschen, sind verboten.

Die neuere Rechtsprechung zu den materiellen Verbotstatbeständen (etwa zu § 1 UWG in den Fällen des Vorsprungs durch Rechtsbruch, die Betonung des neuen Verbraucherleitbildes oder des Merkmals der Relevanz bei § 3 UWG) kann ohnehin so verstanden werden, dass für das Wettbewerbsgeschehen unerhebliche "Bagatellen" schon auf der Ebene des materiellen Rechts nicht mehr als unlauter angesehen werden.

d) Es sollte jedenfalls in der Begründung des Entwurfs noch deutlicher als bislang darauf hingewiesen werden, dass die Eignung zu einer nicht unerheblichen Verfälschung des Wettbewerbs auch dann angenommen werden kann, wenn nur einzelne Mitbewerber oder Verbraucher von einer unlauteren Wettbewerbshandlung betroffen sind und eine "Verfälschung des Wettbewerbs" keine Störung eines von den Interessen einzelner Wettbewerber losgelösten "Wettbewerbsgeschehens" verlangt.

4. Die Beispielskataloge des Art. 4 und Art. 5 konkretisieren die Generalklausel, ohne deren Anwendbarkeit in anderen als den in den Beispielskatalogen aufgeführten

Fällen auszuschließen. Dies wird durch die Einleitung (unlauter handelt "... insbesondere, wer ...") jeweils klargestellt.

- a) Die in den Beispielskatalogen erfassten "typischen Unlauterkeitshandlungen" sind den anerkannten Fallgruppen zu §§ 1, 3 UWG entnommen. Die "vertypten Unlauterkeitstatbestände" in den Beispielskatalogen enthalten ihrerseits eine Reihe von auslegungsbedürftigen, die Flexibilität für unterschiedliche Einzelfälle wahrenen Rechtsbegriffe ("in unzumutbarer Weise belästigt" o.ä.). Das erscheint sachgerecht, weil auch die Beispielsfälle Ausprägungen der Generalklausel sind und über diese Rechtsbegriffe eine flexible Beurteilung je nach den Gegebenheiten des Einzelfalls ermöglicht wird.
 - b) Im Rahmen einer Begründung zu Richtlinie und Gesetz sollte klargestellt werden, dass die aus nachvollziehbaren systematischen Gründen erfolgte Trennung zwischen unlauteren Wettbewerbshandlungen gegenüber Verbrauchern und solchen gegenüber Mitbewerbern lediglich eine Systematisierung nach dem Beeinträchtigungsschwerpunkt darstellt. Selbstverständlich verfälscht eine irreführende Werbung den Wettbewerb und beeinträchtigt zugleich die Mitbewerber. Umgekehrt berührt das in erster Linie Mitbewerber schädigende Verhalten regelmäßig auch die Interessen der Verbraucher. Die Reihenfolge der einzelnen Unlauterkeitstatbestände könnte auch stärker als bislang nach ihrem Gewicht gegliedert werden (beispielsweise käme in Art. 4 die Abfolge Nrn. 6, 5, 4, 1, 2, 3, 7, 8 und 9 in Betracht).
5. Die Katalogbeispiele des Art. 4, die soweit ersichtlich insbesondere alle Formen des "Kundenfangs" abdecken, sind nicht allesamt zu kommentieren. Zu bemerken ist jedoch folgendes:
- a) Wir begrüßen es, dass der Tatbestand der "Ausnutzung der Unerfahrenheit" auf einzelne Verbraucherkreise, insbesondere auf Kinder und Jugendliche konkretisiert wurde.

- b) Die in Art. 4 Nr. 4 vorgesehene Regelung, wonach es unlauter ist, bei einer Werbung gegenüber Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern Informationen nicht zu erteilen, die gesetzlich vorgeschrieben oder für die Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer unerlässlich sind, erscheint in hohem Maße problematisch.
- (1) Es erscheint von vornherein fragwürdig, im Verhältnis zu den "sonstigen Marktteilnehmern" ("B2B"-Bereich) Informationspflichten zu schaffen, die über die sich aus dem Irreführungsverbot hinausgehenden Anforderungen hinausreichen oder die Verletzungen von Informationspflichten auch dann wettbewerbsrechtlich zu sanktionieren, wenn die Voraussetzungen des Rechtsbruchs (Art. 5 Nr. 4 des Entwurfs) nicht gegeben sind. Es könnte sich deshalb empfehlen, die "sonstigen Marktbeteiligten" von vornherein aus dem Informationsverschaffungstatbestand herauszunehmen. Damit wären auch die "sonstigen Marktbeteiligten" nicht von vornherein schutzlos, weil selbstverständlich auch ihnen gegenüber nicht irreführend geworben werden darf (und die aus dem Irreführungsverbot abzuleitenden Informationspflichten erfüllt werden müssen) und die mangelnde Gewährung gesetzlicher Informationen über die Rechtsbruchsvorschriften sanktioniert werden kann. Die "sonstigen Marktteilnehmer", bei denen es sich um Unternehmen handelt, erscheinen aber auch von vornherein weniger schutzbedürftig als Verbraucher.
 - (2) Es erscheint überzogen, jedwede Verletzung einer gesetzlichen Informationspflicht als unlauter anzusehen. Da es sich bei den Katalogbeispielen in Art. 4 und Art. 5 um "vertypete Unlauterkeitstatbestände" handelt, wird eine Vermutung gelten können, dass die übrigen Voraussetzungen des Art. 3 ("nicht unerhebliche Verfälschung zum Nachteil ...") regelmäßig gegeben sind, sofern die Voraussetzungen eines der "Regelbeispiele" in Art. 4 (und Art. 5) vorliegen.
 - (3) Auch ist problematisch, jedwede Werbung gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern als unlauter anzusehen, wenn "für die Ent-

scheidung unerlässliche" Informationen nicht gegeben sind. Es erscheint fraglich, ob danach eine reine Aufmerksamkeitswerbung oder eine Werbung von Markenartikel-Unternehmen etwa ohne Preisangaben noch möglich wäre.

- (4) Endlich trägt die Regelung auch nicht dem Umstand Rechnung, dass der Umfang der gewährbaren und auch erwarteten Informationen je nach Werbemedium und Situation differiert und Verbraucher (und sonstige Marktteilnehmer) auch nicht erwarten, in jedem Medium zu jeder Situation in gleicher Weise mit Informationen versorgt zu werden. Aus unserer Sicht besteht kein derart weitreichendes Informations- und Aufklärungsinteresse von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern, bei jedweder Werbung mit den "für die Entscheidung" unerlässlichen Informationen (über-)versorgt zu werden. Gerade vor dem Hintergrund des Verbraucherleitbildes eines "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" bedarf es keiner "Informationsüberversorgung", die einerseits die Mündigkeit des Verbrauchers wieder in Zweifel zieht und andererseits auch die praktische Durchführung von Werbemaßnahmen – gerade auch für kleinere und mittlere Unternehmen – in erheblichem Maße beeinträchtigt.
- (5) Die Regelung in Art. 4 Ziff. 4 wäre deshalb gegebenenfalls zu streichen oder zumindest wie folgt zu fassen:

... in irreführender Weise Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern Informationen nicht erteilt, die zu ihren Gunsten gesetzlich vorgeschrieben oder für ihre Entscheidung unerlässlich sind.

- (6) Aus unserer Sicht wäre zumindest in der Begründung noch deutlicher als bisher klarzustellen, dass nicht jede Verletzung eine Informationsverpflichtung ohne Rücksicht auf deren Bedeutung und die Schwere des Verstoßes zugleich zur Unlauterkeit führt. Zugleich wäre darauf hinzuweisen,

dass die zu erbringenden Informationen je nach Art der Werbung und der Nähe zur Kaufentscheidung differieren können.

- c) Die in Art. 4 Nr. 5 geregelte "vergleichende Werbung" stellt wohl tatsächlich regelmäßig eine Wettbewerbshandlung mit Schwerpunkt gegenüber den Mitbewerbern dar. Es könnte erwogen werden, diese Regelung in den Beispielskatalog des Art. 5 zu verweisen.
- d) Wir halten es entsprechend einer früheren Textfassung des Entwurfs nach wie vor für richtig, dass die Teilnahme an einem Preisrätsel oder einem Gewinnspiel nicht von dem Erwerb einer Ware oder Dienstleistung abhängig gemacht werden darf. Eine solche Regelung wäre gegebenenfalls wiederherzustellen. In einer Begründung könnte allenfalls klargestellt werden, dass eine Information über die Durchführung eines Preisrätsels oder eines Gewinnspiels auf der Ware selbst unschädlich ist, sofern andere, effektiv nutzbare Teilnahmemöglichkeiten zur Verfügung stehen.

6. Zu dem Beispielskatalog des Art. 5 bemerken wir folgendes:

- a) Das Verunglimpfungsverbot nach Art. 5 Nr. 1, das bislang lediglich auf "einen Mitbewerber" abstellt, könnte noch um die Worte "oder einer Gruppe von Mitbewerbern" ergänzt werden, um auch die Fälle pauschaler Herabsetzung mit zu erfassen.
- b) Wir stehen der gesetzlichen Verankerung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes grundsätzlich positiv gegenüber. Bei einer Gesamtkodifikation der anerkannten Unlauterkeitsfallgruppen erscheint es folgerichtig, den gewohnheitsrechtlich anerkannten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz als einer der bedeutungsvollen Fallgruppen der Generalklausel ebenfalls zu kodifizieren. Es erscheint ausreichend, dass der Entwurf abweichend von früheren Textfassungen lediglich noch auf eine "Nachahmung" abstellt. Da aber nur "schutzwürdige", nämlich wettbewerbslich eigenartige Waren oder Dienstleistungen einem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz zugänglich sein sollen,

könnte erwogen werden, im Einleitungssatz zu Art. 5 Ziff. 2 auch explizit von "schutzwürdigen" oder "besonderen" Waren oder Dienstleistungen zu sprechen. Zu erwägen wäre noch, die Fallgruppe der "systematischen Nachahmung" von Produkten oder Dienstleistungen eigens zu regeln. Der Entwurf sieht im übrigen entsprechend unseren Anregungen zu früheren Fassungen nicht mehr einen generellen "Amortisationsschutz" vor, berücksichtigt aber zutreffend mit der Regelung in Art. 5 Nr. 2.c), ob die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt worden sind.

- c) Die Regelung über die gezielte Mitbewerberbehinderung in Art. 4 Nr. 3 erscheint äußerst knapp. Es könnte erwogen werden, die Regelung noch durch weitere "insbesondere"-Beispiele zu verdeutlichen. Es ist offen, ob die Regelung die im Rahmen von Vertriebsbindungssystemen wichtig gewordene Fallgruppe des Entfernens geschäftlicher Kennzeichen, die Fälle der Absatz- und Nachfragebehinderung, unberechtigte Abmahnungen und Verwarnungen usw. (vgl. etwa die Auflistung von Fällen individueller Behinderung bei Köhler/Piper, aaO in der Übersicht vor § 1 Rn. 385) erfasst. Es bedürfte weiterer Diskussion, ob auch alle Fälle der "allgemeinen Marktbehinderung" (Köhler/Piper, aaO § 1 UWG Rn. 503 ff.) aufgegeben werden sollen. Das würde von uns nicht befürwortet.

- d) Die den Rechtsbruch betreffende Regelung in Art. 5 Nr. 4 stellt nunmehr darauf ab, ob die verletzte Vorschrift "zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktbeteiligten das Marktverhalten zu regeln". Entscheidend aus unserer Sicht sollte aber etwas weitergehend sein, ob die verletzte Norm gerade eine Bindung im Absatz- oder Nachfragewettbewerb schaffen und gerade dort rechtliche Wirkung zeitigen soll, ohne dass es darauf ankommen sollte, ob dies gerade dem Interesse der Marktbeteiligten dient. Keine Unterschiede zwischen den etwas abweichenden Auffassungen ergäben sich etwa bei Abgas-Immissionsvorschriften (vgl. BGH WRP 2000, 1116 ff. - Abgasimmissionen), die ihre Wirkung nicht gerade im Absatz- oder Nachfragewettbewerb entfalten sollen. Mit der von uns vorgeschlagenen Fassung könnten aber auch weiterhin

Rechtsverstöße gegen "besonders wichtige Gemeinschaftsgüter" (Rechtspflege, Gesundheit o.ä.), die oftmals auch nicht sekundär dazu dienen, "im Interesse der Marktbeteiligten" das Marktverhalten zu regeln, auf der Grundlage des UWG verfolgt werden. Zumindest in der Begründung könnte auch klargestellt werden, dass eine Regelung des "Marktverhaltens" auch in solchen Regelungen liegt, die den Marktzugang normieren. Ungeklärt erscheint weiterhin, ob durch die Regelungen in Art. 5 Ziff. 3 und Ziff. 4 auch die bisherigen Fallgruppen des Vertragsbruchs erfasst würden. Auch wenn die Rechtsprechung die bisher anerkannten Vertragsbruchstatbestände, insbesondere im Bereich vertikaler Vertriebsbindungen, eingeschränkt hat, würden wir es nicht befürworten, die verbliebenen Fallgruppen aufzugeben (zu den Fallgruppen des Vertragsbruchs: Köhler/Piper, aaO § 1 Rn. 889 ff.). Die Regelung bedürfte insoweit ggf. noch einer Änderung.

e) Auf die Bedeutung der Regelungen über den zivilrechtlichen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisschutz sowie den Vorlagenschutz haben wir bereits hingewiesen. Die Regelungen in Art. 5 Ziff. 5 und Ziff. 6 erscheinen überarbeitungsbedürftig, weil sie hinter dem nunmehr erreichten Rechtsstand zurückbleiben. Es wäre jedenfalls klarzustellen, dass die Betriebsspionage selbst, also das unbefugte Verschaffen oder Sichern von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, ebenfalls rechtswidrig ist (vgl. § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG). Als rechtswidrig wäre es auch anzusehen, wenn ein Dritter den Tatbestand der Betriebsspionage erfüllt und anschließend eine unbefugte Verwertung oder Mitteilung nachfolgt.

7. Die Regelung über die vergleichende Werbung in Art. 6 entspricht im wesentlichen (mit sprachlichen und redaktionellen Änderungen) dem Text der Richtlinie. Mit Blick darauf, dass der Entwurf nunmehr in Art. 2 Ziff. 7 in den Begriff der vergleichenden Werbung auch die "Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse von Mitbewerbern" einbezieht, ergibt sich die Frage, ob und inwieweit auch Art. 6 anzupassen ist. Es könnte jedenfalls in der Begründung klargestellt werden, dass sich eine auf die "Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse von Mitbewerbern" beziehende vergleichende Werbung an den Kriterien des Art. 6 Ziff. 2

zu messen ist. Es könnte aber auch daran gedacht werden, in der Begründung auszuführen, dass das Herabsetzungsverbot gemäß Art. 5 Ziff. 1 auch im Rahmen vergleichender Werbung gilt.

8. Die Regelung in Art. 7 konkretisiert das Irreführungsverbot und enthält den Grundsatz, dass alle Bestandteile einer Werbung bei der Überprüfung ihrer Irreführungseignung zu berücksichtigen sind. Die Regelung entspricht in ihrer Gesamtheit der Irreführungsrichtlinie (dort Art. 3). Die in dem Beispielskatalog in Art. 7 Abs. 1 Nr. 1-3 im einzelnen angeführten Umstände, die vollständig erscheinen, schließen andere, nicht genannte Umstände nicht aus. Wir halten die Regelung insgesamt für sachgerecht.
9. Die in Art. 7 Abs. 2 vorgesehenen Irreführungs-Vermutungen erscheinen problematisch. Die Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 1, wonach es irreführend sein soll, mit einer Preissenkung zu werben, sofern der ursprüngliche Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist, erscheint entbehrlich, weil in diesen Fällen eine Irreführung tatsächlich gegeben ist. Sie braucht nicht vermutet zu werden. Sofern lediglich eine Beweislastregelung geschaffen werden soll, empfiehlt es sich, einfacher etwa wie folgt zu formulieren:

Wer mit einer Preissenkung wirbt, hat zu belegen, dass er den ursprünglichen Preis für eine angemessene Zeit gefordert hat.

Problematisch erscheint allerdings eine derartige Regelung bei Preissenkungen für eine Vielzahl von Waren, für Sortimentsteile oder gar für das gesamte Sortiment. In diesen Fällen kann es für den Werbenden mit unzumutbaren Schwierigkeiten verbunden sein, genaue zeitliche Angaben über den ursprünglichen Preis zu geben. Gegebenenfalls wäre in der Begründung darauf hinzuweisen, dass bei Preissenkungen für eine Vielzahl von Waren auf solche Schwierigkeiten angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

10. Die Räumungsverkaufsregelungen in Art. 8 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3, 4 enthalten nunmehr zutreffend auch ein Durchführungsverbot. Die Regelung würde sich im

übrigen darauf beschränken, eine Regulierung für einen "Räumungsverkauf wegen Geschäftsaufgabe" zu schaffen. Es erscheint jedenfalls nicht hinreichend klar, ob Räumungsverkäufe wegen anderer Räumungsverkaufsgründe (Umbau, Teilbetriebsaufgabe o.ä.) künftig generell zulässig sein sollen. Das wäre in der Begründung zu erläutern. Die Regelung in Art. 7 Abs. 4, wonach ein Durchführungsverbot bereits dann gegeben wäre, wenn für einen Räumungsverkauf "irgendwie" irreführend geworben wurde, erscheint überzogen. Die Regelung hätte zur Folge, dass etwa eine mit dem Räumungsverkauf an sich gar nicht in Zusammenhang stehende und sofort abgestellte Irreführung ein Durchführungsverbot begründen könnte. Das Durchführungsverbot sollte lediglich auf Irreführungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 gestützt werden können. Da Mitbewerber und Verbände regelmäßig auch keine Kenntnis über die Betriebsinterna des Räumungsverkäufers haben, ist im übrigen zu erwägen, an den Anzeige- und Nachprüfungsbefugnissen der IHKs festzuhalten. Es wäre auch zu erwägen, an dem Fortsetzungsverbot des § 8 Abs. 6 Nr. 2 UWG festzuhalten. Nähere Regelungen könnten außerhalb des UWG getroffen werden.

IV.

Die sanktions- und verfahrensrechtlichen Regelungen des Gesetzentwurfs

1. Eine Anspruchsberechtigung (als "unmittelbar Verletzter") kann nach dem Gesetzesentwurf nicht mehr unmittelbar aus den materiellen Verbotstatbeständen abgeleitet werden.

Jedwede Anspruchsberechtigung kann sich vielmehr nunmehr allein aus § 8 ergeben. Die systematische Trennung als solche erweckt keine Bedenken. Aus unserer Sicht ist die Regelung jedoch noch weiter zu präzisieren und modifizieren. Im Einzelnen:

- a) Die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 1 erweckt den Eindruck, dass ein Unterlassungsanspruch stets Wiederholungsfahr voraussetzt. Entscheidend ist aber lediglich eine Begehungsgefahr, die in Form der Erstbegehungsgefahr

oder der Wiederholungsgefahr vorliegen kann. Einfacher und etwas präziser könnten deshalb die Sätze 1 und 2 in § 8 Abs. 1 wie folgt gefasst werden:

Wer dem § 3 zuwider handelt, kann auf Beseitigung und auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht, wenn eine Zuwiderhandlung droht oder Wiederholungsgefahr vorliegt.

- b) Die Anspruchsberechtigung wird in Abkehr vom geltenden Recht gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 nicht mehr lediglich "abstrakt" betroffenen Mitbewerbern (die "Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben") zuerkannt, sondern lediglich noch "jedem Mitbewerber". Sofern die Definition des "Mitbewerbers" nicht erweitert wird, erweckt dies insoweit Bedenken, als dadurch nicht sicher gewährleistet erscheint, dass jedes von einer unlauteren Wettbewerbshandlung tatsächlich betroffene Unternehmen auch anspruchsberechtigt ist. Wie gerade die Ausweitung des "Wettbewerbsverhältnisses" nach gegenwärtigem Recht gezeigt hat, sind Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Unternehmen von einer unlauteren Wettbewerbshandlung betroffen ist, es jedoch schwerlich als "Mitbewerber" angesehen werden kann ("Blumen statt Onko Kaffee", "Wettbewerb im Stufenverhältnis"). Es ist jedoch unbedingt zu gewährleisten, dass auch tatsächlich jedes von einer unlauteren Wettbewerbshandlung betroffene Unternehmen auch Abwehr-(und gegebenenfalls Schadensersatz-)Ansprüche durchsetzen kann. Wir empfehlen zu formulieren, dass die Ansprüche "jedem Mitbewerber und jedem durch eine unlautere Wettbewerbshandlung nachteilig betroffenen Unternehmen" zustehen.

frei

- c) Es ist Skepsis angezeigt, ob die in der Vergangenheit bekämpften "Abmahnvereine" durch eine Eintragung in die Liste qualifizierter Verbände nach dem Unterlassungsklagegesetz dauerhaft und effektiv von einer unerwünschten, weil missbräuchlichen Rechtsverfolgung ausgeschlossen werden können. Unseren Erfahrungen nach hat sich die Regelung in § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG, die den Gerichten - abweichend von der nunmehr vorgesehenen, bindenden Eintragung – eine effektive Prüfungsmöglichkeit an

die Hand gibt, bewährt. Es bedarf sehr sorgfältiger Prüfung, ob daran nicht festgehalten werden sollte.

d) Wir begrüßen es, dass der Entwurf in seiner nunmehrigen Version an der Klagebefugnis der Industrie- und Handelskammern festhält und die Anspruchsberechtigung auf alle öffentlich-rechtlichen Kammern ausgedehnt wird. Insbesondere die IHKs und die sonstigen berufsstandsorganisierenden Kammern stellen Vereinigungen dar, die ihre Mitglieder geradezu idealtypisch repräsentieren.

2. Wir sprechen uns gegen den in § 9 Abs. 2 vorgesehenen "Mehrerlösabschöpfungsanspruch" aus. Dies gilt unabhängig davon, ob dieser Anspruch - wie zunächst vorgesehen - schon bei fahrlässigen Wettbewerbsrechtsverletzungen oder - wie nunmehr in § 9 Abs. 2 geregelt – nur bei einer planmäßigen Täuschung von Verbrauchern in bestimmten Fällen gewährt werden soll. Die auf dem Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreichbare sofortige Einstellung von verbraucherbeeinträchtigenden unlauteren Wettbewerbshandlungen ist aus unserer Sicht noch immer das beste und effektivste Mittel, um Verbraucherschäden zu vermeiden. Wo die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes etwa wegen einer fehlenden inländischen Niederlassung des Verletzers ausscheidet, wird auch ein Mehrerlösabschöpfungsanspruch nicht weiterhelfen.

a) Ein selbst abweichend von früheren Entwurfsfassungen auf besondere krasse Fälle von Wettbewerbsverletzungen beschränkter Mehrerlösabschöpfungsanspruch würde sich – entsprechend der geringen Bedeutung des Schadensersatzanspruchs etwa in Irreführungsfällen – praktisch nicht darlegen und beweisen lassen, zumal ein Mehrerlös nach dem Entwurf "auf Kosten der Verbraucher" erzielt worden sein muss. Die Verhältnisse liegen insoweit anders als im Kartellrecht, wo gegebenenfalls die sich durch kartellrechtswidrige Absprachen ergebenden Mehrerlöse relativ genau bestimmt werden können. Selbst im Kartellrecht werden aber Mehrerlösabschöpfungen praktisch nicht vorgenommen.

- b) Wir sprechen uns auch dagegen aus, dass die Höhe eines etwaigen Mehrerlöses vom Gericht geschätzt werden soll (so § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3). Jedwede Schätzung hätte zumindest zur Voraussetzung, dass irgendwie gesicherte Schätzungsgrundlagen vorliegen. Es ist zu prognostizieren, dass derartige Grundlagen nicht beigebracht werden können.
- c) Wir unterstützen und anerkennen die Tätigkeit von Verbraucherschutzverbänden, denen im Rahmen der Verfolgung von kollektiven Verbraucherinteressen eine wichtige Bedeutung zukommt. Die Verbraucherverbände sollten insbesondere in die Lage versetzt werden, noch effektiver als bislang unlautere Wettbewerbshandlungen unterbinden zu können. Wir sprechen uns jedoch dagegen aus, einen Mehrerlösabschöpfungsanspruch zugunsten von Verbraucherverbänden ("qualifizierten Einrichtungen" im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs) einzuführen. Wir befürchten insoweit, dass Beanstandungen – zumal angesichts der Unschärfe der einzelnen "mehrerlösabschöpfungsfähigen" Fallgruppen – aus dem letztendlich sachfremden Motiv erfolgen, gegebenenfalls den Mehrerlös abschöpfen zu können. Für die Frage einer etwaigen Anspruchsverfolgung sollte nach wie vor allein entscheidend sein, ob durch eine unlautere Wettbewerbshandlung die Interessen der Verbraucher tatsächlich erheblich beeinträchtigt werden. Es besteht die Gefahr, dass dieser allein die Klagebefugnis der Verbraucherverbände rechtfertigende Gedanke durch finanzielle Erwägungen überspielt wird. Es ist Aufgabe der Verbraucher und der Allgemeinheit, eine hinreichende finanzielle Ausstattung der Verbraucherverbände sicherzustellen.
- d) Die in dem Entwurf nunmehr vorgesehenen Tatbestände bedürften jedenfalls noch einer weiteren Konkretisierung und Einschränkung:
- (1) Es ist zweifelhaft, was unter einer absatzfördernden planmäßigen Täuschung "über den Wert einer Ware oder Dienstleistung" zu verstehen ist. Letztendlich ist jeder Kaufmann bestrebt, für seine Waren oder Dienstleistungen einen möglichst hohen Preis zu erlangen. Aus der Regelung könnte sich ergeben, dass künftig etwa ein "objektiver Wert" einer Ware

oder Dienstleistung im Vergleich zu dem geforderten Preis zu ermitteln wäre und im Falle einer systematischen "Wertüberschreitung" ein Mehrerlösabschöpfungsanspruch gegeben wäre. Der "Wert" einer Ware oder Dienstleistung ist im übrigen von einer Vielzahl von Faktoren abhängig, so dass eine objektive Wertermittlungsmöglichkeit regelmäßig gar nicht gegeben sein dürfte. Die mangelnde Mitteilung einer wertbeeinflussenden Information (etwa über die Eigenschaft als "Auslaufmodell" o.ä.) sollte ebenfalls nicht zu einem Mehrerlösabschöpfungsanspruch führen können. Die Regelung bedarf deshalb zumindest einer deutlichen Konkretisierung auf die von ihr zu erfassenden Fälle (Warenabsatz bei Kaffeefahrten?).

- (2) Die vorstehend angeführten Argumente gelten cum grano salis auch für die Mehrabschöpfungsmöglichkeit bei planmäßigen Täuschungen über "Verdienstmöglichkeiten oder Gewinnchancen" oder für den weiter geregelten Fall einer "Täuschung über das Bestehen einer Zahlungspflicht". Aus dem Tatbestandsmerkmal der Täuschung kann dabei wohl entnommen werden, dass es sich um jeweils nicht gegebene Verdienstmöglichkeiten, Gewinnchancen oder Zahlungspflichten handelt.
3. Wir befürworten es, den in § 9 Abs. 3 vorgesehenen Auskunftsanspruch zu erweitern und nicht lediglich zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs zu gewähren. Es könnte daran gedacht werden, in Anlehnung an § 19 Abs. 1 und 2 MarkenG – generell oder jedenfalls in bestimmten, immateriellgüterrechtsnahen Fällen - auch vorzusehen, dass der Verletzer gegebenenfalls auch Angaben über die Herkunft und den Vertriebsweg zu machen hat. Erwogen werden könnte ferner, dass in geeigneten Fällen auch im Unlauterkeitsrecht Auskunftsansprüche – in Anlehnung an die Regelung des § 19 Abs. 3 MarkenG – im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden können.
4. Der in § 9 Abs. 4 vorgesehene Auskunftsanspruch ist problematisch. Wir empfehlen, es bei einer Beweislastumkehr in den Fällen der Preissenkungswerbung zu belassen. Es erscheint nicht sachgerecht, dass künftig jedes mit einer Preissenkung werbende Unternehmen sich einer Vielzahl von begründeten Ansprüchen auf Auskunft

konfrontiert sehen müsste. Dies gilt in gleicher Weise für die in § 11 Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit, den Auskunftsanspruch bei einer Preissenkungs-Werbung im Wege der einstweiligen Verfügung geltend machen zu können. Wir halten deshalb insgesamt die Regelungen der § 9 Abs. 4 und § 11 Abs. 2 UWG für unzweckmäßig.

5. Die Regelung einer Abmahnungsverpflichtung als durch § 93 ZPO sanktionierte Obliegenheit ist sachgerecht.
6. Wir begrüßen es, dass der Entwurf in seiner nunmehrigen Fassung (in § 11 Abs. 3) an den bei den Industrie- und Handelskammern einzurichtenden Einigungsstellen festhält.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär