

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 **03.06.2003**
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)

Per Telefax: 030 / 20 25 – 95 25

STELLUNGNAHME DER DEUTSCHEN VEREINIGUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF EINES GESETZES GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

Sehr geehrter Herr Dr. Hucko,

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

Das Bundesministerium der Justiz hat im Zuge der von ihm geplanten Modernisierung des deutschen Lauterkeitsrechts einen Referentenentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorgelegt. Das Kabinett hat nunmehr am 07.05.2003 einen gegenüber dem RefE nicht wesentlich veränderten Regierungsentwurf (künftig: "RegE") verabschiedet. Der RegE konnte die für das Bundesministerium der Justiz erstellten Gutachten von Fezer ("Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts" in WRP 2001, 989 ff.) und

Schricker/Henning-Bodewig ("Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union" in WRP 2001, 1367 ff.) berücksichtigen und auf den von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig mit ihrem "Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform" (WRP 2002, 1317 ff.) geleisteten Vorarbeiten aufbauen.

Wir haben zu dem "Vorschlag" von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig in GRUR 2003, 127 ff. bereits eingehend Stellung genommen. Weil der nunmehr vorgelegte RegE auf diesem Vorschlag aufbaut und auch unsere diesbezügliche Stellungnahme verarbeitet hat, erlauben wir uns, vorab auf unsere dortigen Anmerkungen und Kritik zu verweisen. Das gilt insbesondere hinsichtlich Anlass, Zielsetzung und Konzeption des RegE. Über unsere mündlichen Stellungnahmen zu dem Referentenentwurf in verschiedenen Anhörungen hinaus nehmen wir nunmehr zu der RegE weiter wie folgt Stellung:

I. Inhaltliche Schwerpunkte

1. Wir halten es wegen der erstrebten "Europakompatibilität" für zweckmäßig, dem Gesetz eine Normzweckklausel voranzustellen, die einerseits Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer als vor unlauterem Wettbewerb zu schützende Subjekte benennt und andererseits ein überindividuelles Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb anerkennt. Das entspricht schon bisheriger Auffassung (Baumbach/Hefermehl, WettbewR, aaO, Einl. UWG, Rn. 81, 94, 52 und Allg. Rn. 87 f.)
2. Wir halten es für richtig, an einer Generalklausel festzuhalten, was wir bereits in unseren Stellungnahmen zum "Grünbuch" sowie zur "Verordnung Verkaufsförderung" (GRUR 2002, 408 ff.) sowie zu dem "Vorschlag" von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig (GRUR 2003, 127 ff.) zum Ausdruck gebracht haben.
3. Der RegE sieht vor, die bisherige Reglementierung der Sonderveranstaltungen sowie die Bestimmungen über Schlussverkäufe und Jubiläumsverkäufe ersatzlos zu streichen. Wir begrüßen die Abschaffung dieser Vorschriften, die keine echte

Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs erforderten und deren Legitimation seit der Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung fragwürdig erscheint. Allerdings ist die dazu gegebene Begründung (unter lit. A.IV.5) bedenklich, dass damit "die Preissenkung des gesamten Warenangebots unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Sortiment" zulässig werde. Tatsächlich liegt bislang noch keine höchstrichterliche Entscheidung darüber vor, ob unter dem Blickwinkel der Aufhebung des Rabattgesetzes das verbliebene Sonderveranstaltungsrecht nicht restriktiv dahingehend zu interpretieren ist, dass (die in der Begründung mit der angesprochenen "Preissenkung" gemeinten) Rabattreduzierungen ganzer Sortimentsteile oder des gesamten Warenangebots erlaubt sind. Dies könnte in der Begründung klar zum Ausdruck gebracht werden. Jedenfalls wäre die zitierte Passage auch deswegen zu ändern, weil die Zulässigkeit einer Rabattierung des gesamten Warenangebots nicht von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Sortiment abhängig ist. Weil zu erwarten ist, dass künftig Verkaufsveranstaltungen jedweder Art gang und gäbe werden, erscheint es auch zwangsläufig, den Begriff "Schlussverkauf" nicht als Kennzeichen für die nach geltendem Recht vorgesehenen Schlussverkaufszeiten zu reservieren, zumal, wie die Begründung zu Recht hervorhebt, diese sich von sonstigen Verkaufsveranstaltungen qualitativ nicht unterscheiden würden. Abweichend vom Referentenentwurf sind im RegE keine speziellen Regelungen für Räumungsverkäufe mehr vorgesehen. Diese unterliegen alsdann alleine noch dem allgemeinen Lauterkeitsrecht und insbesondere dem Verbot der Irreführung. Mit Blick auf die in der Vergangenheit festgestellten Missbräuche bei Räumungsverkäufen wegen Geschäftsaufgabe bleibt abzuwarten, ob sich die Deregulierung bewehrt. Zutreffend wird allerdings in der Begründung darauf hingewiesen, dass sich die Missbrauchsgefahren mit Blick auf die den Händlern durch den RegE eingeräumte Möglichkeit, durch legale Sonderveranstaltungen ihre Lager zu räumen, verringern dürften.

4. Eine echte Neuerung sieht der RegE mit dem in § 10 verankerten Anspruch auf Gewinnabschöpfung vor. Ein derartiger Anspruch, der gegebenenfalls neben etwaige Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern treten kann und soll, ist im deutschen Recht ohne Beispiel. Wir sind nicht der Auffassung, dass mit einem derartigen Anspruch "sichergestellt werden (könne), dass sich unlautere Werbung,

die den Verbraucher übervorteilt, nicht lohnt" (so aber die Begründung unter lit. A IV 3). Wir lehnen deshalb die Schaffung eines derartigen Anspruchs, der zudem einerseits inhaltlich zu vage und andererseits überkompliziert erscheint, ab (näheres siehe unten).

5. Der RegE behält der Sache nach die bisherigen strafrechtlichen Vorschriften der §§ 4, 6c, 17, 18, 20, 20a, 22 UWG bei. Mit der Beibehaltung des Regelungsstandorts der Vorschriften im UWG ist gewährleistet, dass die mit Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes vertraute Abteilung des Ministeriums für den lauterkeitsrechtlichen Strafrechtsschutz zuständig bleibt. Wir haben uns im übrigen stets dafür ausgesprochen, dass insbesondere der zivil- und strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ohne Abstriche erhalten bleibt. Der RegE trägt dem Rechnung.
6. Wir befürworten es, das Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 13a UWG, das in der Praxis bedeutungslos ist, nicht mehr in ein neues deutsches UWG zu übernehmen. Wir stimmen mit dem RegE auch darin überein, darauf zu verzichten, ein "allgemeines Vertragsauflösungsrecht des Abnehmers" einzufügen. Die Begründung des RegE verweist zutreffend darauf, dass zum jetzigen Zeitpunkt keine Fallkonstellationen erkennbar sind, in denen der Verbraucher gegen sein schutzwürdiges Interesse an der Erfüllung eines unlauter zustande gekommenen Vertrages festgehalten würde. Ein allgemeines wettbewerbsrechtliches Vertragsauflösungsrecht würde die Regelungen des BGB mit den dort vorgesehenen Voraussetzungen der Vertragsauflösung/Gewährleistung konterkarieren (vgl. Köhler, GRUR 2003, 265 ff.). Als wettbewerbsrechtliche Marktverhaltenskontrolle erscheint das von der Rechtsprechung entwickelte und in der Begründung genannte Durchsetzungsverbot (BGH GRUR 1994, 126 f. - Folgeverträge I; GRUR 1995, 358, 360 – Folgeverträge II; BGH WRP 2001, 1073 ff. - Gewinnzertifikat; vgl. auch v. Ungern-Sternberg, WRP 2000, 1057 und Baumbach/Hefermehl, aaO, § 1 UWG Rn. 913) ausreichend.

II. Zu den Bestimmungen des RegE im einzelnen

Zu § 1 - "Normzweckklausel"

1. Die Normzweckklausel umreißt und konkretisiert den Gesetzeszweck. Für das deutsche UWG war schon bislang anerkannt, dass dieses dem Schutz der Wettbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit dient ("Schutzzwecktrias"; vgl. Baumbach/Hefermehl, aaO, Einl. UWG Rn. 50; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. (2002), Einf. Rn. 24).
 - a) Es ist zu begrüßen, dass § 1 Satz 1 RegE die Mitbewerber an erster Stelle nennt. Damit ist zutreffend berücksichtigt, dass der primäre Zweck des UWG weiterhin - ungeachtet seines auch Verbraucher umfassenden sozialrechtlichen Verständnisses - darin liegt, unternehmerisches Marktverhalten zu regeln, zumal dem einzelnen Verbraucher nach wie vor und richtigerweise keine eigene Anspruchsberechtigung eingeräumt wird.
 - b) Die Regelung in § 1 Satz 2, wonach das Gesetz zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb schützt, stellt klar, dass ein Schutz der "Allgemeinheit" nicht lediglich reflexartig als Folge einer Verbraucher- oder Marktteilnehmer beeinträchtigenden Handlung gewährt werden kann und eine überindividuelle Wertung erlaubt ist. Zugleich ist damit sichergestellt, dass das UWG auch dem Institutionenschutz (Fallgruppen der "Marktstörung", Schutz der Presse als Institution durch besondere Regeln bei Umsonstlieferung von Presseerzeugnissen oder Schutz des "Wettbewerbs in seinem Bestand" bei Massenverteilung von Originalware u.ä.) dienen kann (Baumbach/Hefermehl, aaO Einl. UWG Rn. 80 f. und Allg. Rn. 86 ff.). Die 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).
 - c) Es bestehen keine Bedenken, den Begriff der "guten Sitten" durch den der "Unlauterkeit" zu ersetzen (vgl. unsere Stellungnahme in GRUR 2003, 127/128).

Die Begründung zu § 1 enthält im übrigen eine Definition des Begriffs der Unlauterkeit, worunter alle Handlungen verstanden werden, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwider laufen. Auch wenn diese Definition nicht sehr modern anmutet, erscheint sie "europakompatibel", weil sie nicht nur Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ entspricht, sondern auch aus dem europäischen Recht vertraut ist. Mit der Verweisung auf den "Anstand" verbürgt die nunmehrige Definition – ebenso wie die "gute Sitten"-Formel – einen ethischen Mindeststandard, was wir begrüßen.

Zu § 2 - "Definitionen"

Es erscheint zweckmäßig, der europäischen Regelungstechnik folgend in einem Definitionskatalog die besonders wichtigen Grundbegriffe des neuen Gesetzes "vor die Klammer zu ziehen" und dort zu definieren. Deswegen könnte auch der Begriff der "Unlauterkeit" entsprechend seiner grundlegenden Bedeutung für das gesamte Gesetz ebenfalls in § 2 definiert werden. Im einzelnen ist weiter folgendes zu bemerken:

1. Mit der in § 2 Nr. 1 vorgesehenen Definition der Wettbewerbshandlung wird das Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktsrecht vom allgemeinen Zivilrecht abgegrenzt. Die Begründung spricht zutreffend davon, dass der Begriff der Wettbewerbshandlung einen "Zentralbegriff" des UWG darstelle. Einer 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. Zutreffend hebt die Begründung auch hervor, dass der Begriff der "Wettbewerbshandlung" alle Erscheinungsformen wettbewerblicher Tätigkeit unabhängig von der "Zielrichtung" des Wettbewerbsverhaltens (Angebots- oder Nachfragewettbewerb) erfasst. Das entspricht geltendem Recht (vgl. etwa Baumbach/Hefermehl, aaO Einl. UWG Rn. 226 und § 1 Rn. 881, 888). Zutreffend ist nunmehr auch in der Begründung zu RegE nicht mehr davon die Rede, dass das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung auch ein "Wettbewerbsverhältnis" verlange.

2. Die "Mitbewerber"-Definition in § 2 Nr. 3 ist sachgerecht. Es erscheint auch ausreichend, dass nunmehr allein in der Begründung klargestellt wird, dass das ein die Mitbewerbereignschaft begründendes konkretes Wettbewerbsverhältnis auch etwa zwischen Unternehmen verschiedener Branchen und über die verschiedenen Marktstufen hinweg bestehen kann.
3. Der nunmehr in § 2 Abs. 2 vorgesehene Verweis auf den Verbraucher- und Unternehmensbegriff im Sinne der §§ 13 und 14 des BGB erscheint ausreichend, weil diese Definitionsnormen nur "entsprechend" gelten sollen und damit selbstverständlich ist, dass damit Verbraucher und Unternehmer als mögliche Partner eines Rechtsgeschäfts in Betracht kommen.
4. Der RegE greift nicht den Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig auf, auch die Begriffe der "unlauteren Wettbewerbshandlung", der "Werbung", der "vergleichenden Werbung" sowie der "irreführenden Werbung" zu definieren. Eine Definition dieser Begriffe könnte aber zum einen wegen ihrer Bedeutung für das gesamte Wettbewerbsrecht als auch mit Blick auf die gewünschte Anlehnung an europäisches Recht, insbesondere der Irreführungsrichtlinie, in der die zuletzt genannten Begriffe ebenfalls definiert sind, durchaus erwogen werden.

Zu § 3 – "Verbot unlauteren Wettbewerbs"

Die Generalklausel in § 3 mit ihrem allgemeinen Verbot unlauteren Wettbewerbs stellt die zentrale Bestimmung des RegE dar. Die Vorschrift verlangt

- eine unlautere Wettbewerbshandlung,
- die zum Nachteil von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern
- geeignet sein muss, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen.

Wir haben uns zu einer so formulierten Generalklausel bereits in unserer Stellungnahme zu dem "Vorschlag" von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig geäußert (GRUR 2003, 127/129). Darauf wird verwiesen. Ergänzend bleibt lediglich noch folgendes anzumerken:

1. Die Begründung weist zutreffend darauf hin, dass allein eine Generalklausel es ermöglicht, flexibel auf neue wettbewerbliche Verhaltensweisen zu reagieren und einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Deswegen beruht auch in den allermeisten Mitgliedstaaten der EU das Lauterkeitsrecht – wie auch die Kommission im "Grünbuch" hervorgehoben hat – auf einer Generalklausel.
2. Wir stehen der Einführung einer "Bagatellgrenze", wonach eine unlautere Wettbewerbshandlung nur noch dann angenommen werden kann, wenn sie zugleich geeignet ist, den "Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen", kritisch gegenüber (vgl. unsere Stellungnahme in GRUR 2003, 127/129). Zwar wird in der Begründung darauf hingewiesen, dass die "Schwelle auch nicht zu hoch anzusetzen" sei. Zugleich heißt es dort jedoch, dass Maßstab die "Wirkungen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf das Marktgeschehen" seien. Weil aber Wettbewerbshandlungen typischerweise auch lediglich einzelne Mitbewerber nachteilig betreffen können, ohne zugleich ein übergreifendes "Marktgeschehen" zu beeinträchtigen, könnte die Begründung noch dahingehend ergänzt werden, dass zulässiger Maßstab auch die Auswirkungen einer Wettbewerbshandlung auf einzelne Mitbewerber selbst sein können.

Zu § 4 – "Beispiele unlauteren Wettbewerbs"

Der Beispielskatalog des § 4 RegE konkretisiert die Generalklausel, ohne deren Anwendbarkeit in anderen als den im Beispielskatalog aufgeführten Fällen auszuschließen. Dies wird durch die Einleitung ("Unlauter handelt ... insbesondere, wer ...") klargestellt.

1. Der Beispielskatalog des § 4 RegE unterscheidet nicht – wie dies noch der "Vorschlag" von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig vorsieht – zwischen Beispielen unlauteren Wettbewerbs gegenüber der Marktgegenseite, insbesondere den Verbrauchern und Beispielen unlauteren Wettbewerbs gegenüber den Mitbewerbern. Dadurch wird betont, dass unlautere Wettbewerbshandlungen regelmäßig die Interessen der Mitbewerber und Verbraucher zugleich (aber ggf. mit unterschiedlichem

Gewicht) berühren. Der Zusammenfassung der Beispiele in einen einheitlichen Katalog stehen keine prinzipiellen Bedenken entgegen.

2. Die im Beispielskatalog erfassten "typischen Unlauterkeitshandlungen" sind den anerkannten Fallgruppen zu §§ 1, 3 UWG entnommen. Diese "vertypen" Unlauterkeitstatbestände enthalten ihrerseits eine Reihe von auslegungsbedürftigen, die Flexibilität für unterschiedliche Einzelfälle währenden Rechtsbegriffen ("unangemessener unsachlicher Einfluss" 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.
3. Die Katalogbeispiele des § 4 RegE sind nicht allesamt zu kommentieren. Vorab ist jedoch zu bemerken, dass wir es begrüßen, dass der RegE ein "allgemeines Informationsgebot" (entsprechend etwa § 4 Nr. 4 des "Vorschlags" von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, vgl. hierzu unsere kritische Stellungnahme GRUR 2003, 127/129 f.) nicht mehr enthält. Das dazu notwendige ist in der Begründung unter Lit. A IV 5. b) gesagt. Die zunehmende Bedeutung des Bereichs der "belästigenden Werbung" insbesondere im Zusammenhang mit den elektronischen Medien lässt es auch gerechtfertigt erscheinen, diesen Bereich abweichend von dem Referentenentwurf aus dem Beispielskatalog herauszunehmen und in einen eigenen Paragraphen zu regeln. Zu den Katalogbeispielen ist im übrigen noch folgendes zu bemerken:
 - a) Die in § 4 Ziff. 4 und Ziff. 5 vorgesehenen Informationspflichten bei auch Kundenbindungssysteme erfassenden Verkaufsförderungsmaßnahmen (insb. (Preisnachlässe, Zugaben oder Geschenke) sowie in § 4 Nr. 5 (Preisausschreiben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter) erscheinen sachgerecht und finden unsere Unterstützung.
 - b) Wir halten es für richtig, dass entsprechend der Regelung in § 4 Nr. 6 die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel nicht in irgendeiner Form mit dem Warenabsatz oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung verkoppelt werden darf. Die in der Vorschrift enthaltene Ausnahme ("naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden") soll nach der Begrün-

derung bei den in Zeitschriften abgedruckten Preisrätseln zum Tragen kommen. Auch das erscheint eben so sachgerecht wie die Hinweise in der Begründung, dass eine unzulässige Kopplung mit einer Dienstleistung auch dann vorliegt, wenn eine Teilnahme über eine Mehrwertdiensternummer mit über dem Basistarif liegenden Kosten vorgesehen ist.

- c) Das "Verunglimpfungsverbot" des § 4 Nr. 7, das bislang lediglich auf "einen Mitbewerber" abstellt, könnte noch um die Worte "oder eine Gruppe von Mitbewerbern" ergänzt werden, um auch die Fälle pauschaler Herabsetzung von nicht identifizierbaren Mitbewerbern zu erfassen.
- d) Die Regelung über den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz normiert die schon bislang anerkannten Grundsätze. Auch wenn dabei die Fälle der "Herkunftstäuschung" (§ 4 Nr. 9a) im Vordergrund stehen, ist es sachgerecht, eine etwa dem markenrechtlichen Rufausbeutungs- und Beeinträchtigungstatbestand entsprechende Regelung in Art. 4 Nr. 9b) vorzusehen, weil der Leistungsschutz in seiner Struktur insoweit dem Markenrecht (das seinerseits diesen an sich wettbewerbsrechtlichen Tatbestand normiert hat) folgt. Damit (und mit der Regelung des § 4 Nr. 9c) sind die Hauptfälle wettbewerbswidriger Nachahmung erfasst. Weil die Begründung im übrigen klarstellt, dass die Auflistung nicht abschließend sein soll, kann auf eine eigene Regelung der Fälle wettbewerbswidriger "systematischer Nachahmung" verzichtet werden.
- e) Die den Rechtsbruch betreffende Vorschrift des § 4 Nr. 11 stellt darauf ab, ob einer gesetzlichen Vorschrift zuwider gehandelt wird, die "auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln". Etwas weitergehend sollte dagegen aus unserer Sicht entscheidend 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 Marktteilnehmer dient. Auf unsere Stellungnahme in GRUR 2003, 127/130 wird verwiesen. Wir bedauern, dass der RegE nunmehr nicht ausdrücklich vorsieht, dass auch der Verstoß gegen eine den Marktzugang regelnde Vorschrift unlauter ist. Marktzutrittsrege-

lungen haben eine erhebliche Bedeutung (etwa im Lebensmittelrecht, Gesundheitsrecht, im Bereich der reglementierten Berufe u.v.a.m.), die weit über den Bereich der Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb hinausgeht. Es erscheint sinnwidrig, dass zwar derjenige, der bestimmten Marktverhaltensregelungen zuwider handelt, in Anspruch genommen werden kann, nicht aber derjenige, der noch nicht einmal die Marktzugangsvoraussetzungen erfüllt. Außerdem lassen sich Marktverhaltensregelungen und Marktzugangsregelungen nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen. Das Wettbewerbsrecht sollte jedenfalls zur Vermeidung von Regelungslücken die Einhaltung von mitbewerberschützenden marktzugangsregelnden Vorschriften mit erfassen und steuern können. In der Begründung ist zwar nunmehr darauf hingewiesen, dass die gegenüber dem RefE vorgenommene Einschränkung es nicht ausschließt, dass auch Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen vom Tatbestand erfasst sein können. Das solle jedenfalls dann gelten, wenn die Marktzutrittsregelung eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion habe und somit auch zugleich das Marktverhalten regele. Das erscheint zu schwach. Eine wettbewerbsrechtliche Marktverhaltenssteuerung müsste auch dann erfolgen können, wenn die Marktzutrittsregelung nicht schon als solche einen "lauterkeitsrechtlichen Einschlag" hat.

Zu § 5 – "Irreführende Werbung"

1. Das in § 5 RegE geregelte Verbot der irreführenden Werbung entspricht im wesentlichen der Regelung in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung. Die Begründung hebt hervor, dass der Regelung das Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers zugrunde liegt, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt. Wir begrüßen diese Bestätigung der Rechtsprechung. Der Gesetzestext selbst gibt nunmehr in § 5 Abs. 2 am Ende einen Beurteilungsmaßstab, wann das Verschweigen einer Tatsache als irreführend angesehen werden kann und kodifiziert damit die schon bisherige Rechtsprechung. Dagegen ist nichts zu erinnern.
2. Darauf hinzuweisen bleibt, dass der entscheidende Begriff der Irreführung – abweichend vom geltenden Recht - nicht mehr in der "Angabe" liegt, sondern nunmehr – etwas weitergehend – maßgebend ist, ob eine "Werbung" irreführend ist. Darin dürfte jedoch lediglich eine Nuancenverschiebung liegen, weil auch bisher der Begriff der Angabe weit verstanden wurde (vgl. Baumbach/Hefermehl, aaO § 3 Rn. 12 ff.). Es ist zu erwarten, dass wie bisher nichtssagende Anpreisungen ohne irgendwie fassbare tatsächliche Grundlagen, bloße Kaufappelle usw. sowie bloße Werturteile nicht dem Irreführungsverbot unterfallen. Das könnte gegebenenfalls noch in der Begründung klargestellt werden.
3. Wir halten im übrigen die Formulierung der Vorschrift sowie die Begründung einschließlich der dort näher dargelegten Ablehnung weiterreichender Informationspflichten für sachgerecht. Allenfalls könnte überlegt werden, die Begründung noch dadurch zu ergänzen, dass das Irreführungsverbot bereits zur Vermeidung unlauterer Anlockungen dient und nicht voraussetzt, dass die Irreführung noch zum Zeitpunkt des Kaufentschlusses oder gar des Vertragsabschlusses fortbesteht (vgl. zur Anlockwirkung: Köhler/Piper, aaO Rn. 107, 132 und 193).
4. Die Regelung des § 5 Abs. 3 entspricht zwar (in ihrer ersten Alternative) dem nunmehrigen § 3 Abs. 2 UWG und § 5 UWG. Weil der Irreführungstatbestand aber

bereits in § 5 Abs. 2 vorsieht, dass bei der Beurteilung einer Werbung "alle ihre Bestandteile zu berücksichtigen" sind, erscheint es zweifelhaft, ob diese Regelung erforderlich ist. Sie wäre gegebenenfalls zu streichen.

5. Die Vermutungsregelung des § 5 Abs. 4 erscheint problematisch. Wir verweisen insoweit auf unsere Stellungnahme in GRUR 2003, 127/131. Wir halten im übrigen daran fest, dass es eines Auskunftsanspruchs gegenüber demjenigen, der mit einer Preissenkung wirbt, nicht bedarf. Der RegE hat (in Abweichung vom Vorschlag Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig) zu Recht darauf verzichtet, einen derartigen Anspruch vorzusehen (vgl. insoweit unsere Stellungnahme GRUR 2003, 127/132 a.E.).

4. Die Regelung in § 5 Abs. 4 betrifft Irreführungen über die Vorratsmenge. Es erscheint zweifelhaft, ob es einer ausdrücklichen Regelung dieser anerkannten Freigruppe der Irreführung bedarf. Problematisch an dieser Regelung ist zudem, dass als angemessen im Regelfall ein Vorrat für zwei Tage angesehen wird. Die Begründung erwähnt zwar, dass die Zweitagesfrist bei einer "unerwarteten außergewöhnlich hohen Nachfrage" nicht gelten soll. Wenn jedoch eine außerordentlich hohe Nachfrage abzusehen ist, ist offen, ob eine Irreführung durch einen Hinweis auf eine nur begrenzte Vorratsmenge vermieden werden kann. Es sollte jedoch möglich sein, für besonders preisgünstige, aber nur in beschränkter Menge vorhandene Waren auch offensiv zu werben. Ließe sich durch einen Hinweis auf eine begrenzte Vorratsmenge eine Irreführung nicht vermeiden, würde durch die Regelung mittelbar eine (an die ehemaligen Fälle der §§ 6d und 6e UWG erinnernde) Werbesperre hervorgerufen.

Zu § 6 – "Vergleichende Werbung"

Die Vorschrift entspricht zwar der Regelung des § 2 UWG, die ihrerseits in Umsetzung der Richtlinie über die vergleichende Werbung geschaffen wurde. Es wäre jedoch zu erwägen, die Definitionsbestimmung des § 6 Abs. 1 in den "Definitions-katalog" des § 2 zu überführen und das Tatbestandsmerkmal des Vergleichs mit einzubeziehen (vgl. die Definition in dem "Vorschlag" von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig in Art. 2 Nr. 7). Es

könnte auch weiterhin erwogen werden, die Definition der vergleichenden Werbung auch auf die "persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse von Mitbewerbern" (Einbeziehung des unternehmensbezogenen Vergleichs entsprechend dem Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig) zu erstrecken. Die Vorschrift enthält im übrigen nach unserer Auffassung in § 6 Abs. 2 ein von der Richtlinie gefordertes "per se"-Verbot.

Zu § 7 – "Unzumutbare Belästigung"

Die Vorschrift über die unzumutbare Belästigung, deren Bedeutung eine Regelung in einem eigenen Paragraphen rechtfertigt, erscheint gelungen. Es könnte lediglich daran gedacht werden, ob nicht auch die Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 ebenso in § 7 Abs. 2 Nr. 4 unter den allgemeinen Vorbehalt gestellt werden sollte, dass eine effektive "opt out" Möglichkeit zur Verfügung gestellt wird. Damit würde gewährleistet, dass auch bei den von § 7 Abs. 2 Nr. 3 erfassten Werbeformen eine einfache "Aufstiegsmöglichkeit" geboten werden muss, so dass die Empfänger weitere Werbung leicht verhindern können.

Zu § 8 – "Beseitigung und Unterlassung"

Der für die Anspruchsberechtigung maßgebende § 8 knüpft weitgehend an das bisherige Recht an. Abweichend davon kann sich allerdings nunmehr jede Anspruchsberechtigung allein aus § 8 (und nicht mehr aus der verletzen materiell-rechtlichen Norm selbst) ergeben. Außerdem ist in § 8 die Anspruchsberechtigung der nur "abstrakt" betroffenen Mitbewerber beseitigt. Wir begrüßen es, dass nach der Begründung die UWG-rechtliche Anspruchsberechtigung abschließend und damit das UWG auch weiterhin nicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist und zudem auch keine individuellen Ansprüche der Verbraucher vorgesehen sind. Der Begründung ist insoweit uneingeschränkt zuzustimmen.

Zu § 9 – "Schadensersatz"; Normierung eines wettbewerbsrechtlichen Auskunftsanspruchs

Die Regelung des § 9 bezüglich des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist nicht weiter zu kommentieren. Es könnte jedoch daran gedacht werden, einen wettbe-

werbsrechtlichen Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs zu normieren. Gegebenenfalls könnte auch erwogen werden, in Anlehnung an § 19 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenG – generell oder jedenfalls in bestimmten, immaterialgüterrechtsnahen 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.

Zu § 10 – "Gewinnabschöpfung"

Wir sprechen uns gegen den in § 10 vorgesehenen "Gewinnabschöpfungsanspruch" aus. 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 Gewinnabschöpfungsanspruch nicht weiterhelfen. Wir verweisen insoweit auf unsere Stellungnahme in GRUR 2003, 127/131 f. und bemerken weiter:

1. Ein "Gewinn-" oder "Mehrerlösabschöpfungsanspruch" wurde zunächst für besonders schwerwiegende Verbraucherschädigungen diskutiert und sollte zunächst auch lediglich Verbraucherschutzverbänden zuerkannt werden (vgl. § 9 des Vorschlags von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig). Auch wenn der Anspruch nunmehr lediglich auf Schäden von "Abnehmern" abstellt, käme er wohl in erster Linie bei Verbraucherschäden in Betracht. Die nunmehrige Ausweitung der Anspruchsberechtigung auf sämtliche klagebefugten Verbände steht dazu in Widerspruch.
2. Der nunmehr in § 9 formulierte Anspruch ist tatbestandlich nur unzureichend konturiert. Das gilt auch in Ansehung dessen, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch nunmehr in Abweichung vom Referentenentwurf auf Fälle vorsätzlicher Zuwiderhandlungen beschränkt ist. Eine lediglich durch die besondere Verschuldensform sowie durch eine Gewinnerzielung "auf Kosten einer Vielzahl von

Abnehmer" vorgenommene Abgrenzung ist unzureichend. Sie birgt die Gefahr in sich, dass etwa auch Fälle, bei denen eine Sanktionierung durch einen Gewinnabschöpfungsanspruch nicht gerechtfertigt ist, in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen werden. Es ist zweifelhaft, ob nicht etwa auch eine hinsichtlich ihrer Lauterkeitsproblematik bekannte und damit vorsätzliche Werbung, die von 50 % der Adressaten richtig und von weiteren 50 % falsch verstanden wird und damit irreführend ist, nicht auch unter den Tatbestand einbezogen werden könnte. Ein Korrektiv bildet hier lediglich noch der Umstand, dass der Gewinn "auf Kosten" der Abnehmer erzielt worden sein muss. Das soll nach der Begründung nur dann der Fall sein, wenn der Gewinnerzielung unmittelbar ein Vermögensnachteil der Abnehmer gegenübersteht, wobei die vom Zuwiderhandelnden erbrachte Gegenleistung zu berücksichtigen sein soll. Insoweit sind jedoch unfruchtbare Streitigkeiten über den angemessenen Wert der von dem Zuwiderhandelnden erbrachten Leistung zu befürchten.

3. Aus dem vorstehend genannten Beispiel ist ersichtlich, dass die Gewinnabschöpfungs-Sanktion ggf. in Fällen bereits eingreift, bei denen eine solche scharfe Sanktion nicht angemessen erscheint. Das ist jedoch offenbar nicht gewollt. Sofern an einem Gewinnabschöpfungsanspruch überhaupt festgehalten werden soll, plädieren wir dringend dafür, zumindest die tatbestandlichen Voraussetzungen –etwa in Anlehnung an den Vorschlag von Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig – näher zu umreißen und den Anspruch auf einzeln zu umschreibende Fälle besonders grober Unlauterkeit (Adressbuchswindel, Betrügereien mit "0190"-Telefonnummern, Kaffeefahrtenschwindel u.ä.) zu beschränken.
4. Die Erstattungs- und Gesamtgläubigerregelungen in § 9 Abs. 2-4 erscheinen überdies erschreckend kompliziert und führen auch dazu, dass etwa die tatsächlich Schadensersatzberechtigten das Liquiditäts- und Konkursrisiko von Verbänden zu tragen hätten. Wir sprechen uns im übrigen gegen die nach der Begründung vorgesehene Möglichkeit aus, dass die Höhe eines etwaigen Gewinns vom Gericht geschätzt werden soll. Jedwede Schätzung hätte zumindest zur Voraussetzung, dass irgendwie gesicherte Schätzungsgrundlagen vorliegen. Es ist zu

prognostizieren, dass derartige Grundlagen über den "auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinn" nicht beigebracht werden können.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär