

Praktische Änderungen der Regeln für den Wettbewerb nach dem neuen UWG 2004

RA Jochen-Patrick Kunze

Der Einfallsreichtum von Unternehmen, der Marketing-Strategen, Werbedesigner und -texter ist groß, wenn es gilt, das eigene Produkt oder die eigene Dienstleistung in der Gunst der Kunden ganz nach oben zu bringen. Das bisherige Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hat sich bisher genauso knapper wie wenig nachvollziehbarer Generalklauseln bedient, um Grenzen zwischen dem adäquaten und dem unlauteren Wettbewerb zu ziehen. So war es die Rechtsprechung, die jahrzehntelang mit einer Fallgruppenbildung dafür gesorgt hat, daß eigenes werbliches Vorgehen im Vorwege auf seine Zulässigkeit überprüft werden konnte. Das neue UWG, daß jetzt im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vorliegt¹ und im Frühjahr kommenden Jahres voraussichtlich in Kraft tritt, hat vieles von dieser Fallgruppenbildung aufgenommen und in griffige Gesetzesformulierungen umgeformt. Weiter trägt die Novelle der europäischen Rechtsentwicklung Rechnung, den Verbraucherschutz weiter zu stärken und insbesondere die bisher schwer einordbaren Geschäftspraxen in den neuen Medien, insbesondere dem Internetrecht, klar zu regeln. Für den Werbenden bringt dies mehr von der erwünschten Rechtssicherheit bei der Gestaltung. Der nachfolgende Beitrag soll helfen, die zukünftige Rechtslage anhand der typischen Wettbewerbssituationen rechtzeitig einschätzen zu können.

Von entscheidender Bedeutung für die anwaltliche Praxis wird der in § 1 UWG n.F. aufgenommene Grundsatz des Verbraucherschutzes als gesetzliche Zielbestimmung, die neben dem bisherigen Mitbewerberschutz stehen wird.

I. Typische praktische Fälle

1. Sonderveranstaltungen §§ 7 und 8 UWG a.F.

Das bisher restriktiv gehandhabte Recht der Sonderveranstaltungen (insb. Jubiläumsverkäufe, Räumungsverkäufe, Saisonschlussverkäufe) in den §§ 7 und 8 UWG beschreibt den Weg, den schon RabattG und ZugabeVO gehen mußten. Es wurde als übriggebliebenes Liberalisierungshemmnis angesehen². Der nachhaltig beliebte SSV und WSV wird somit nicht –wie vielfach berichtet- abgeschafft, sondern vielmehr weiter in die Gestaltungskompetenz der Werbetreibenden gegeben. Über die Formulierung von Auffangtatbeständen, die der Irreführung der Verbraucher über Umfang, Zeitraum der vorherigen Preisgestaltung oder über die tatsächliche Aufgabe eines Geschäftsbetriebs entgegenwirken, konnte sich die zuständige Arbeitsgruppe kaum einigen, so daß es bei einer relativ offenen Regelung verbleibt, die lediglich in den Irreführungsverboten des § 5 Abs. 4 UWG n.F. eine Einschränkung bei der Preistransparenz enthält. Danach trägt der Unternehmer im Rahmen einer zu entkräftenden Vermutungsregel die Beweislast dafür, daß die Werbung mit einer Preisherabsetzung nicht irreführend ist.

2. Irreführung – allgemein § 5 UWG n.F.

¹ BT-Drucks. 15/ 1487 vom 22.08.2003.

² BT Drucks. 15/ 1487, S. 14.

Der bisher unter § 3 UWG a.F. geregelte Bereich der „irreführenden Werbung“ wurde unter § 5 UWG n.F. neu gefaßt und erheblich weiter differenziert. Berücksichtigt sollte dabei auch das neue europäische Verbraucherleitbild sein, daß der BGH in Anlehnung an den EuGH für den deutschen Rechtskreis übernommen hat.³ Danach ist für die Beurteilung, ob eine Irreführung durch die konkrete Werbemaßnahme möglich ist, von dem „Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers auszugehen, der das Werbeverhalten in einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt“⁴. Die Regelung des § 5 Abs. 2 a.E. UWG n.F. scheint diese Zielvorstellung auch zu stützen, gilt dem Wortlaut jedoch ausschliesslich für das Verschweigen von Tatsachen, nicht auch für positive Täuschungshandlungen. Der Grad der Aufmerksamkeit hängt, so der BGH, insbesondere davon ab, welche Bedeutung die beworbene Ware oder Dienstleistung für den angesprochenen Verbraucher hat. Bei geringwertigen Gütern des täglichen Bedarfs ist danach von einer geringen Aufmerksamkeit der Verbraucher auszugehen. Für eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit reicht es dann bereits aus, wenn der Verbraucher bei durchaus flüchtiger Betrachtung der Werbung getäuscht werden kann, wenn es z. B. um Massenartikel geht. Bei einer Werbung für Waren von nicht unerheblichem Preis und einer nicht nur kurzen Lebensdauer ist jedoch von einer „normalen“ Aufmerksamkeit auszugehen. Es ist zu erwarten, dass sich der derjenige, der sich für ein Angebot höherwertiger Waren interessiert, zunächst genauer informiert, bevor er eine Kaufentscheidung trifft. Dieses Leitbild findet nun im § 5 Abs. 2 UWG n.F. ihren Niederschlag. Berücksichtigt ist auch die Frage, inwiefern das Verschweigen von Informationen unter das Irreführungsverbot fällt. Hier hatte sich die Rechtsprechung bislang immer mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und auf welcher Grundlage eine Aufklärungspflicht des Werbenden besteht. Die neue Regelung des § 5 Abs. 2 a.E. UWG n.F. stellt hier unmißverständlich auf die Bedeutung der Information für die Kaufentscheidung ab und bedient sich damit des aus § 123 BGB bewährten Musters.

3. Informationspflichten

Interessant ist die Entscheidung, die im Zusammenhang mit der Beurteilung pflichtwidrigen Verschweigens von Informationen als „Irreführung“ im Sinne von § 5 UWG n.F. getroffen wurde. Hier hatte sich die Arbeitsgruppe mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit die Nichterfüllung von Informationspflichten insbesondere im Zusammenhang mit § 6 TDG/ MDStV bzw. § 312 c I Nr. 1 BGB/ InfPfVO als wettbewerbsrechtlich unzulässig anzusehen ist. Nach einer Auseinandersetzung mit dieser in Literatur und Rechtsprechung heftig umstrittenen Frage⁵ hat sich die Arbeitsgruppe entschieden, lediglich in einzelnen Fällen, hier insbesondere § 4 Nr. 4 und 5 UWG n.F., eine gesonderte Informationspflicht zu begründen. Hieraus kann geschlossen werden, daß trotz der allgemeinen Zielbestimmung des Verbraucherschutzes in § 1 UWG n.F. keine Festlegung insbesondere der Impressumspflichten im Internet als wettbewerbsrechtlich bedeutsame Tatbestände erfolgen soll⁶. Sonst hätte das Kabinett hier die Gelegenheit nutzen können, eine gesetzliche Zielbestimmung zu treffen, zumal die Regelung eben nicht nur Fragen der Angebots- und Preistransparenz betrifft, sondern gerade auch Fragen der Transparenz über die geschäftlichen Verhältnisse und die Identität des Werbenden (§ 5 Abs.2 Nr 3 UWG n.F.). Dies hat sie offensichtlich bewußt unterlassen.

³ BGH WRP 2000, 517; NJW 2001, 3262.

⁴ ebenda.

⁵ **Als unzulässige Wettbewerbsverletzung angesehen:** LG Berlin (103. Handelsk.) MMR 2003, 202, LG Düsseldorf MMR 2003, 340, Beschl. V. 7.11.2002 – 34 O 172/02; OLG Frankfurt MMR 2001, 529, LG Magdeburg GRUR-RR 2003, 55; OLG Karlsruhe MMR 2002, 618; OLG München, NJW-RR 2002, 348; LG München II WRP 2001, 326; **als zulässig, weil bloße Ordnungsvorschriften angesehen:** OLG Hamm ZLR 2003, 108; OLG Hamburg GRUR-RR 2003-92

⁶ vgl. BT-Drucks 15/ 1487, S. 19f.

Das Problem ist auf andere Weise, jedoch eher unzureichend berücksichtigt worden: Nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG n.F. sind zumindest Spam-mails als „unzumutbare Belästigung“ und damit unlautere Werbung i.S.v. §§ 3, 7 Abs. 1 UWG n.F. anzusehen, wenn die Identität der Absender verschleiert oder verheimlicht wird und der Empfänger übergebührlige Anstrengungen unternehmen muß, um die Einstellung solcher Maßnahmen zu fordern. Ob diese Regelung auch nur annähernd ausreichen wird, um den massiven Beeinträchtigungen durch spam-mails zu entgegen, darf bezweifelt werden. Denn Experten gehen heute schon davon aus, daß bei der überwiegenden Zahl der spammer eine solche Aufforderungsmail, zukünftige Werbung zu unterlassen letztlich nur beflügelnd wirkt. Hierdurch hat der geplagte Kunde letztlich zu erkennen gegeben, daß diese E-mailadresse „aktiv“ ist, und eingehende mails auch gelesen werden. Angesichts der Schwierigkeiten, mit adäquatem Aufwand die Störer ausfindig zu machen und sie in die Haftung zu nehmen, erscheint dieser Gesetzesvorstoß eher unzureichend. Insbesondere nicht umfasst die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG n.F. den Verstoß gegen Impressumspflichten durch Tele- oder Mediendienstanbietern in Ihren Internetpräsenzen und die gleichbedeutenden Problemfälle der Faxwerbung⁷. Hier scheint es klarer Kurs des Gesetzgebers zu sein, den Verstoß gegen die Informationspflichten gemäß § 6 TDG/MDStV als Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften zu sehen..

4. Lockvogelwerbung § 5 Abs. 5 UWG n.F.

Eine zunehmende und häufige Form der Irreführung ist die unzulässige Lockvogelwerbung, bei der mit einer besonders preisgünstigen Ware geworben wird, die dem Werbenden nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung steht, die jedoch die beabsichtigte Wirkung hat, Kunden in das Geschäft zu locken. Die meisten Beispiele dafür sind auch nach anderen wettbewerbsrechtlichen Kriterien zusätzlich als unzulässig zu beurteilen (z. B. Irreführung über die Vorratsmenge, Irreführung über die Preisbemessung).

Diese bisher von der Rechtsprechung aufgegriffene Fallgruppe der Irreführung wird nun nicht nur normiert, sondern ebenso wie die Irreführung über Preismaßstäbe mit eine Vermutungsregelung belegt, die es dem Werbenden auferlegt, nachzuweisen, daß ein angemessener Vorrat der beworbenen Waren vorgehalten wurde. Der Entwurf dieser Vermutungsregel enthält hierzu die ebenso griffige wie schematisierte Bestimmung einer 2-Tages Frist, in der das beworbene Angebot zumindest abrufbar sein muß (§ 5 Abs. 5 UWG n.F.). Das sich eine solche schematisierte Betrachtung in Ansehung der unterschiedlichsten Produktkategorien, die betroffen sein können, an sich nicht halten läßt, gibt aber selbst die Entwurfsbegründung zu erkennen⁸. Fest steht jedenfalls, daß eine Entschuldigung aggressiv Werbender durch den Hinweis „Solange der Vorrat reicht“ nicht mehr pauschal möglich sein wird, sondern ein Bewertung des Einzelfalls erfolgt, die dem Werbenden die Beweislast überbürdet.

5. Sonderangebote, Rabatte (Nachlässe) ...

Nach Wegfall des Rabattgesetzes ist mit Wirkung ab dem 25. Juli 2001 und dem nun vorgenommenen Wegfall der Sonderveranstaltungsregelungen ist der Bereich der Rabattierung erheblich liberalisiert. Maßgebend sind auch hier die neuen differenzierteren Regelungen zur Irreführung, die volle Preistransparenz und weitgehende Beweislastverteilungen zulasten der Werbetreibenden beinhalten, § 5 Abs. 4 UWG n.F.

⁷ vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 20. Juni 2003, BT-Drucks. 15/ 1487, S. 32.

⁸ BT-Drucks 15/ 1487 S. 20

6. ... und Preisauszeichnungen § 5 Abs. 4 UWG n.F.

Nicht betroffen ist die weiterhin geltende Verordnung zur Regelung der Preisangaben von 1985 (PreisangebotsVO) die kommerzielle Anbieter insbesondere zur Angabe von Endpreisen einschließlich der Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) und sonstiger Preisbestandteile von Waren oder Leistungen verpflichtet.

7. Preisgegenüberstellungen

Weitere zulässig bleibt damit auch die Werbung mit Preisgegenüberstellungen Grundsätzlich zulässig sind also Ankündigungen von Herabsetzungen wie

- bis zu...
- um mindestens...
- von...bis...
- zwischen...und...
- um...billiger...
- früher...jetzt...

oder auch Gegenüberstellungen zum unverbindlich empfohlenen Preis. Die Form solcher Gegenüberstellungen ist ebenfalls offen; sie kann erfolgen in Form von Prozentzahlen, als Angabe einer Spanne, in festen Euro-Beträgen, gleich ob an der Ware selbst, auf Displays, in der Zeitungs- oder Rundfunkwerbung. Die Grenzen liegen dort, wo die Irreführung einsetzt. Das ist z. B. der Fall bei Gegenüberstellungen zu Mondpreisen (Preise, die nie eine echte Relevanz gehabt haben und nur zu Zwecken nachfolgender Preisgegenüberstellungen ausgewiesen worden sind), bei der ähnlich gelagerten Preisschaukelei, bei Bezugnahmen auf nicht näher definierbare Listenpreise, übliche Hauspreise oder Durchschnittspreise in Warentests (die auf den verschiedenen Regionalmärkten durchaus keine Relevanz haben müssen). Durch die Liberalisierung des Sonderveranstaltungsrecht ist zu erwarten, daß auch eine dramatischere Form der Werbung mit Preisgegenüberstellungen größere Verbreitung finden wird und auch seltener an die Grenzen des Zulässigen gelangen wird. Denn nach bisherigem Recht war hierdurch häufig die Grenze zur unzulässigen Sonderveranstaltung aus Sicht des Trichters überschritten.

8. Spitzen- und Alleinstellungswerbung

Eine solche Werbung liegt vor, wenn gegenüber dem Publikum eine führende Stellung beansprucht wird, so z. B.

- Spitzenqualität bei xy, wo sonst?
- Das Pelzatelier in K....
- Ältestes und größtes Autohaus

Solche Werbung ist unverändert weiter zulässig, wenn sie nachweisbar wahr ist und nicht gleichzeitig diskriminiert (das ist beim 1. Beispiel der Fall). Meist ist die Feststellung der Zulässigkeit solcher Spitzenstellungswerbung jedoch sehr unsicher, weil die Kriterien dafür sehr breit gestreut sein können (Sortimentsbreite und -tiefe, Personalqualifi-

⁹ aktuelle Fassung vom 28.7.2000, BGBl. I 1244.

kation, Geschäftsausstattung, Marktanteil bzw. Umsatzhöhe), zumal die Abgrenzung der in diese Würdigung einzubeziehenden Mitbewerber schwierig ist (nur Fachgeschäfte oder auch Fachabteilungen der Warenhäuser).

9. Vergleichende Werbung

Seit der Änderung des § 2 UWG zum 1. September 2000¹⁰ ist vergleichende Werbung zulässig. Die Regelung ist inhaltlich unverändert in § 6 UWG n.F. übernommen worden. Danach gilt weiterhin:

Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht, § 6 Abs 1 UWG n.F..

In § 6 Abs. 2 UWG n.F. stellt der Gesetzgeber in Form eines Kriterienkataloges dar, in welchen Fällen vergleichende Werbung als „unlauter“ im Sinne des § 3 UWG n.F. anzusehen ist. So darf sich der Vergleich nicht auf Waren oder Dienstleistungen beziehen, die nicht den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung erfüllen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG). Die Werbung darf nicht die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzen oder beeinträchtigen (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG n.F.) bzw. die Sphäre des Mitbewerbers herabsetzen oder verunglimpfen (§ 6 Abs. 2 Ziff. 5 UWG n.F.).

Vergleichende Werbung kann darüber hinaus auch wegen Verstoßes gegen andere Normen des UWG (z.B. wegen Verstoßes gegen das Irreführungsverbot gemäß § 3 UWG) unlauteren Wettbewerb darstellen.

Das Recht zur vergleichenden Werbung hat eine Menge Fragen mit sich gebracht, die durch die zögerliche Aufnahme der neuen Möglichkeiten durch die Werbewirtschaft weiterhin schwer einschätzbar sind. Die Probleme liegen insbesondere in der tatsächlichen Vergleichbarkeit und in der Frage, was denn die wesentlichen, relevanten Eigenschaften sind. Hier kommt es auf Maßstäbe an, die die Rechtsprechung differenziert herausarbeiten wird. Ein zu enger Maßstab wird dabei jeden Vergleich unmöglich machen.

10. Direktmarketing

Ambivalente Gefühle hinterlassen die Regelungen des § 7 UWG n.F. bei der Werbewirtschaft vor allem im Bereich des Direktmarketings. So sollen durch den Verweis auf § 3 UWG n.F. in § 7 Abs. 2 UWG n.F. diejenigen „Belästigungen“ erfaßt werden, die sich zu solch einer Intensität verdichten, daß sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden werden. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers reicht dafür also nicht jede geringfügige Belästigung aus¹¹. Aber schon die Aufforderung zur Abgabe von Meinungsäußerungen kann als „unlauter“ i.S.v. § 3 UWG n.F. eingeschätzt werden, wenn für die Abgabe der Meinungsäußerung eine Mehrwertnummer gewählt werden muß¹². § 7 Abs. 2 UWG n.F. enthält jedenfalls eine offene Katalogbeschreibung der sog. „Unzumutbaren Belästigungen“. Die Ausbildung weiterer Fallgruppen hierzu soll den Gerichten überlassen bleiben¹³.

Folgende Bereiche sind explizit erfaßt:

¹⁰ BGBl. 2000 I, S. 1374.

¹¹ BT-Drucks. 15/ 1487, S. 20.

¹² BT-Drucks. 15/ 1487, S. 20.

¹³ BT-Drucks. 15/ 1487, S. 21.

a. Flugblätter, Wurfsendungen, Werbezettel

Hat der Werbebotschaftempfanger selbst aktiv deutlich gemacht, daß er solche nicht wünscht, so ist dies gemäß § 7 Abs. 2 Ziff. 1 UWG n.F. zu respektieren. Der Einwurf von Werbung in Briefkästen ist jedenfalls dann unzulässig, wenn dort ausdrücklich der Hinweis: „Bitte keine Werbung“ o. . angebracht ist. Ob das auch für Anzeigenblätter gilt, so weit sie von dem Hinweis nicht ausdrücklich mit erfasst werden („keine Werbung, keine Anzeigenblätter“), läßt das Gesetz weiter offen).

b. „Kalt-Akquise“ durch Straßen, Telefon-, Telefax- und E-Mail-Werbung

In Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁴ erlangt mit § 7 Abs. 2 Ziff. 3, 4 UWG n.F. nun das Gesetzeskraft, was bisher unter dem Aspekt der belästigenden Werbung § 1 UWG gesehen wurde: der Schutz der Privatsphäre des Betroffenen vor unverlangt auf dem elektronischen Wege zugesandte Werbung. Die klassischen Methoden des Direktmarketings werden innerhalb des Spielraums der an sich strengen EU-Datenschutzrichtlinie über ein „Opt-in“-Lösung verbraucherfreundlich gelöst. Danach ist für die Kontaktaufnahme per Telefon, Fax oder elektronischen Mitteln zumindest eine vorherige Einwilligung des Betroffenen erforderlich. Dies soll entgegen der Differenzierung der zugrunde liegenden EU-Richtlinie gerade auch für den geschäftlichen Bereich und den Faxversand an juristische Personen gleichermaßen gelten, wie bei dem Versand an private Personen¹⁵. In der von dem UWG-Entwurf verfolgten „opt-in“- Lösung hat der Bundesrat-Ausschuß eine Diskriminierung der deutschen Direktvermarkter gegenüber den europäischen Mitbewerbern gesehen, die nach Maßgabe der dort national umgesetzten Regelungen regelmäßig kein „opt-in“-Erfordernis voraussetzen und dem Kunden lediglich eine „opt-out“-Möglichkeit anzubieten haben, wenn sich diese nach dem unangekündigten Versand gegen eine weitere Zusendung von Werbemaßnahmen entschieden haben⁶.

c. Opt-in durch Geschäftsbeziehung und sonstige Adressdatenerhebung

Bei der Bewältigung dieser an sich immer noch schwierigen Hürde der antizipierten Einwilligung des Adressaten wird durch § 7 Abs. 3 UWG n.F. ein relativ gutes Mittel an die Hand gegeben, daß die Gesetzeslage sogar gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zugunsten der Werbetreibenden lockert: Danach ist Werbung mittels elektronischer Post auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Adressaten zulässig, wenn der Werbende die e-Mail-Adresse von seinem Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung erhalten hat. Hier wird der Opt-in großzügig über die Geschäftsbeziehung fingiert und setzt lediglich kleine Anforderungen an den Vertrauensschutz der Verbraucher. Der Kunde muß bei der „Erhebung der Adresse“ auf diese Nutzung klar und deutlich hingewiesen worden sein. Die einzelnen elektronischen Mitteilungen müssen daneben –wie schon nach bisherige Rechtsprechung– eine „opt-out“-Möglichkeit anbieten, die keine zusätzlichen Kosten verursacht. Hier wird der Verbraucher und Kunde also unter eigenen Handlungsdruck gesetzt, will er sich gegen E-mail-Werbung zur Wehr setzen. Vergleichbar ist dies mit der Hinweisregelung gegen Werbepost, nur ist sie konsequent auf das Medium der elektronischen Datennetze übertragen. Der Verbraucher ist insoweit geschützt, als er von vornherein faktisch die Aufnahme in eine solche Werbe-Adressdatenbank, insbesondere aber die Nutzung untersagen kann. Interessant wird verbleiben, welche Anforderungen die Rechtsprechung an den klaren und deutlichen Hinweis über die Adressdatenerhebung stellen wird und inwieweit dem Verbraucher eine unkomplizierte Nutzung der Opt-out-Möglichkeit gegeben werden muß. Hierüber sagt nämlich weder das Gesetz noch die Begründung des Kabinetentwurfes etwas aus.

Bestätigt dürfte mit dieser Regelung jedoch auch sein, daß eine stillschweigende Einverständniserklärung des Betroffenen über den Erhalt von Werbebotschaften ebensowenig erteilt werden kann, wie ein fehlender Widerspruch

¹⁴ Artikel 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, Abl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002.

¹⁵ BT-Drucks 15/ 1487, S. 21.

¹⁶ Stellungnahme des Bundesrats vom 20. Juni 2003, BT-Drucks 15/ 1487, S. 32

auf die Ankündigung gegenüber Kunden, sie würden „in den nächsten Tagen angerufen resp. angeschrieben werden“ kaum zur Lauterkeit der Werbemaßnahme führen kann.

Flankierend gestärkt wird das Interesse der Verbraucher an dem Schutz Ihrer Privatsphäre auch durch den neu eingefügten § 4 Ziff. 3 UWG n.F., dem Verbot gegen „verschleierte Werbung“. Hierzu soll nach Auffassung des Gesetzgebers auch die „Tarnung sonstiger Wettbewerbshandlungen gehören, die der Gewinnung von Adressen unter Verschweigen der kommerziellen Absicht“ dienen¹⁷. Diese dem Schutz von Verbrauchern ebenso wie Unternehmen dienende Regelung wird mit § 4 Ziff. 3 UWG n.F., befreit von der Voraussetzung der Verschleierung, gegenüber Kindern, Jugendlichen und anderen geschäftlich Unerfahrenen noch verstärkt.

11. Preisausschreiben

Preisausschreiben und sonstige Gewinnspiele sind weiterhin grundsätzlich zulässig, laufen jedoch leicht Gefahr, als wettbewerbswidrige Werbung i.S. v. § 3 UWG n.F. angesehen zu werden. Dies ist nach dem Beispielkatalog des § 4 Ziff. 5 und 6 UWG n.F. insbesondere der Fall, wenn unter dem Aspekt der Ausübung psychologischen Kaufzwangs die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel mit dem Warenabsatz oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung¹⁸ gekoppelt wird oder die Teilnahmebedingungen nicht transparent sind¹⁹. Nicht unbedingt erfasst sein soll entgegen des Wortlauts der Vorschrift die Einbeziehung von Preisrätseln in Printmedien. Da diese Form der Werteklamme seit längerem im Markt eingeführt ist, könne man dies nicht als generell unlauter ansehen²⁰. Danach wird die Frage des Unlauterkeitskriteriums in diesem Zusammenhang weiterhin allgemein und anhand der hierzu ausgebildeten Kausuistik nach altem Recht zu bewerten sein.

Ein Gewinnspiel kann weiterhin unter Aspekten der Irreführung des Publikums über z. B. den Wert des Preises („Echter Diamantring: Geschliffenes Glas mit eingelassenen Diamantsplittern zum Gesamtwert von weniger als 5 Euro“) und über die Gewinnchancen unzulässig sein.

12. Eröffnungswerbung

Zulässig sind Eröffnungsangebote, wenn sie sich als nach der Liberalisierung des Sonderveranstaltungsrechts zulässige Sonderangebote einordnen lassen. Musik, Luftballons, Preisausschreiben, ein Glas Sekt oder eine Tasse Kaffee für Neugierige sind zulässig, so weit sie nicht als übertriebenes Anlocken oder psychologischer Kaufzwang i.S.v § 4 Ziff. 4-6 UWG n.F. eingestuft werden müssen; bei neu eröffnenden Unternehmen wird die Rechtsprechung voraussichtlich dazu neigen, solche rechtlichen Würdigungen nur in deutlichen Fällen zu treffen. Das Ansprechen von Passanten ist wegen seines Belästigungseffekts unzulässig. Dagegen bestehen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Bedenken gegen die Verteilung von Werbezetteln o. ä. an Passanten.

¹⁷ BT-Drucks 15/ 1487, S. 17

¹⁸ hierzu zählt nach der Gesetzesbegründung insbesondere auch die Inanspruchnahme einer Telefon-Mehrwertdienstnummer; BT-Drucks. 15/ 1487, S.

18.

¹⁹ entsprechend schon nach altem Recht: BGH GRUR 2002, 976ff.

²⁰ BT-Drucks 15/ 1487, S. 18.

13. Übertriebenes Anlocken/ Verkaufsförderungsmaßnahmen

Anlocken bezweckt jede Werbung. Die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit beginnt dort, wo der Kunde von den sachlichen Kaufentscheidungskriterien weitgehend abgelenkt wird, die eigentlich angebotene Ware oder Dienstleistung nicht mehr unbefangen prüfen kann. Dies gilt z. B. bei (scheinbar) teuren Werbegeschenken, bei einer Gutscheinerwerb für ein Geschenk in der Verkaufsstelle des Werbenden. Die Beispiele sind vielfältig und allermeist mit anderen Aspekten der Wettbewerbswidrigkeit, z. B. dem psychologischen Kaufzwang verbunden. In § 4 Ziff. 4 UWG n.F. stellt der Gesetzgeber zumindest das Gebot der Transparenz für die Bedingungen der Inanspruchnahme von Preisnachlässen, Geschenken usw. auf. Ob dieses Gebot soweit geht, daß der Werbende auch das Nichtbestehen von Bedingungen positiv herauszustellen hat, darüber läßt sich weder die Formulierung der Ziff. 4 noch die Begründung des Gesetzesentwurfs aus.

14. Trittbrettfahrer und Nachahmer, Ideenklauer

Auch der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, der die von Marken- Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht, Patent- und andere gewerbliche Schutzrechte überlassenen Lücken bisher nach den Ausformungen der Rechtsprechung geschlossen hat, wird in dem Beispielskatalog des § 4 UWG n.F. für unlautere Wettbewerbsmaßnahmen erfaßt. Beibehalten bleibt die grundsätzliche Aussage, daß Nachahmungsfreiheit ausserhalb der sondergesetzlichen Bereiche bestehen bleiben soll. Zur Bewertung einer Nachahmung als unlauter im Sinne des § 4 UWG n.F. müssen daher weitere Umstände hinzutreten, die eine unzumutbare Bezugnahme auf die Leistung des nachgeahmten Mitbewerbers begründen. Hierzu gehören die Herkunftstäuschungen, die nicht vom Marken- oder Gebrauchs-/ Geschmacksmusterrechts erfaßt werden, bei denen die nachgeahmte Leistung aber eine eigene wettbewerbsrechtliche Eigenart aufweist, die für den Verkehr ein Herkunftshinweis darstellt²¹. Weiter umfasst sind die Fälle der versteckten oder offenen Anlehnung und der hiermit einhergehenden Rufausbeutung auf Kosten des betroffenen Mitbewerbers²², die auch von der Rechtsprechung zum bisherigen UWG verfolgt wurden²³. Unabhängig von einer nach aussen tretenden Anlehnung gilt die Unlauterkeit auch schon dann, wenn die zur Nachahmung erforderlichen Kenntnisse unlauter erlangt worden sind, § 4 Ziff. 9c UWG n.F.. Ohne daß die Gesetzesbegründung hierzu näheres ausführt, dürfte auch bei einer unredlichen Kenntniserlangung weiterhin die Nachahmung einer mit wettbewerbsrechtlicher Eigenart belegten Leistung zu fordern sein, da sonst auch die Übernahme gemeinfreier Leistungen verhindert ist, die von der grundsätzlichen Nachahmungsfreiheit erfaßt sind.

15. Vorsprung durch Rechtsbruch, gezielte Marktbehinderung

Auch der nach bisheriger Rechtsprechung nicht immer einfach zu fassende bisherige § 1 UWG-Fall des Vorsprungs durch Rechtsbruch ist ansatzweise klarstellend in § 4 Ziff. 11 UWG n.F. aufgenommen worden. Entscheidend hierbei ist, daß sich der Verstoß des Wettbewerbers auf eine Rechtsvorschrift beziehen muß, die zumindest auch das Ziel verfolgt, das Marktverhalten zu regeln. Schwerlich zu schliessen bleibt dabei natürlich die Frage, welche Rechtsvorschriften damit gemeint sein können. Das dies wohl nicht die in diesem Zusammenhang derzeit am heißesten disku-

²¹ § 4 Ziff. 9 a UWG n.F.; BT-Drucks 15/1487, S. 18.

²² § 4 Ziff. 9 b UWG n.F.; BT-Drucks 15/1487, S. 18

²³ so z.B. BGH Z 5, 1/ 11 (Hummel-Figuren); 97 308 (Wärme fürs Leben); GR 63, 152/ 156 (Rotaprint); 63, 423/ 428 (caffeinfrei); 69, 292/ 293 (Buntstreifenatän).

tierten Informationspflichten im Internet und im Fernabsatz sind, scheint sich zumindest aus der Begründung zum Irreführungsverbot im Zusammenhang mit den Informationspflichten zu ergeben²⁴.

II. Rechtsfolgenseite

1. Anspruchsberechtigte Personen/ Unternehmen.

Obschon in § 1 UWG n.F. der Verbraucher als vordringliches Schutzobjekt der Gesetzesreform ausgewiesen wird, bleibt ihm genauso wie dem nur abstrakt betroffenen Gewerbetreibenden die Aktivlegitimation für die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen vorenthalten. Die Arbeitsgruppe begründet dies mit dem einerseits hohen Schutzniveau des neuen UWG, daß bedinge, den Unternehmer von der massiven Inanspruchnahme einzelner Verbraucher zu schützen, die Ihr Rechtsschutzinteresse ja weiterhin über Wirtschafts- und Verbraucherverbände kanalisieren und verfolgen können²⁵. Unmittelbar aktivlegitimiert bleibt danach lediglich der unmittelbar betroffenen Mitbewerber, § 8 Abs. 3 Ziff. 1 UWG n.F. . Die Prüfung der Aktivlegitimation von Wirtschaftsverbänden²⁶ wird weiterhin ohne Listeneintragung wie bei den Verbraucherschutzverbänden für den Einzelfall im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu prüfen sein. Relevant bleibt damit, ob der Verband in dem sachlichen und räumlichen Markt nach Anzahl und Gewicht ein hinreichendes Brancheninteresse vertritt²⁷.

2. Abmahnwellen und Mißbrauch

Unverändert bleibt das Mißbrauchsverbot des alten § 13 Abs. 5 UWG a.F. bestehen, daß insbesondere dem Abmahnmißbrauch als inadäquate Form der Erwerbsquelle verhindern soll, in der Praxis bis heute aber selten genug berücksichtigt wird²⁸.

3. Schadensersatz, § 9 UWG n.F.

Der bisher eingeschränkt geltende Schadensersatzanspruch aus § 13 Abs. 6 UWG a.F. gilt jetzt klarstellend für jeden Fall der Verletzung von UWG-Regelungen und setzt gegenüber dem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ein Verschulden des Verletzers voraus. Voraussetzung hierfür ist einerseits eine fahrlässige oder vorsätzliche Kenntnis aller die Unlauterkeit begründenden Tatsachen wie das Bewußtsein der Unlauterkeit selbst²⁹. Das bislang geltende Privileg der Presse gerade im Zusammenhang mit der Anzeigenwerbung, aus dem eine Haftung nur bei Vorsatz folgt, bleibt verkürzt wiedergegeben und beschränkt auf periodische Druckwerke bestehen, § 9 S. 2 UWG n.F. . So besteht die Frage, wie der an Bedeutung gewinnende Markt der elektronischen Presseerzeugnisse hiervon betroffen sein soll. Die Entwurfsbegründung trägt hierzu nichts vor.

²⁴ vgl. hierzu oben, I 3., BT-Drucks. 15/ 1487, S. 19f.

²⁵ BT-Drucks 15/ 1487, S. 22.

²⁶ zu denen auch sonstige Berufskammer neben den IHK und HWK gehören sollen, BT-Drucks 15/ 1487, S. 22.

²⁷ vgl. hierzu BGH, WRP 2000, 389f..

²⁸ § 8 Abs. 4 UWG n.F..

²⁹ BT-Drucks 15/ 1487, S. 23.

4. Gewinnabschöpfung, § 10 UWG n.F.

Ein neues scharfes Schwert bei der nachhaltigen Durchsetzung von Ansprüchen bei breitenwirksamer wettbewerbsrechtlicher Verletzungshandlungen soll die Gewinnabschöpfungsregelung des § 10 UWG n.F. gerade in den Fällen bieten, wo bislang der einzelne Schadensersatzanspruch kaum Bedeutung und kaum Abschreckungswirkung für die Zukunft erlangen konnte. Zur Geltendmachung berechtigt sind jedoch nicht die Mitbewerber, sondern nur die Institutionen nach § 8 Abs. 3 Ziff. 2-4 UWG n.F., die den Erlös an den Bundeshaushalt herauszugeben haben, § 10 Abs. 4 UWG n.F. . So steht die Gewinnabschöpfungsregelung neben dem unmittelbaren Schadensersatzanspruchs als Abschreckungs- und Genugtuungsinstrument des Verletzten. Wegen des nachhaltige Eingriffs in die unternehmerische Freiheit ist die Durchsetzung des § 10 UWG n.F. auf die besonders schweren Fälle der vorsätzlichen Wettbewerbsrechtsverletzung beschränkt und bedarf überdies der Prüfung, ob mit der Verletzungshandlung auch eine vermögensmäßige Schlechterstellung der Abnehmer einher gegangen ist³⁰. Die Regelung enthält –wie schon im Bereich der allgemeinen Schadensersatzregelungen- keine hinreichende Differenzierung, wie der „Gewinn“ konkret zu berechnen ist. Fraglich in diesem Zusammenhang ist zum Beispiel regelmäßig, inwieweit Gemeinkosten bei der Gewinnberechnung zu berücksichtigen sind, durch die sich der Verletzer regelmäßig verlustig rechnen kann. Unumgänglich bleibt regelmäßig die –notfalls gerichtliche- Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs, um konkrete Berechnungsgrundlagen zu erlangen. Die Durchführung dieser Regelung wird in der Rechtspraxis erheblichen Aufwand bei allen Beteiligten hervorrufen, daß die Frage pauschalierter Regelungen trotz der damit sicherlich verbundenen Verhältnismäßigkeitsprobleme sicherlich bedenkenswert sind.

5. Abmahnung § 12 Abs. 1 UWG n.F.

Mit § 12 Abs 1. UWG n.F. enthält das Gesetz nun unmittelbar die von der Rechtsprechung herausgebildeten Regelungen zur vorgerichtlichen Abmahnung und insbesondere zum Ersatz der hierdurch entstandenen Aufwendungen, die von den Gerichten bisher nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zugestanden wurden. Die Abmahnung bleibt eine „Soll“-Bestimmung, deren Übergehen zu Kostennachteilen bei späterem Anerkenntnis im gerichtlichen Verfahren führen kann³¹.

6. Veröffentlichung des Urteils, § 12 Abs. 3 UWG n.F.

Die bislang eher weniger zur Geltung gekommene Regelung der Veröffentlichungsbefugnis für gerichtliche Unterlassungstitel bleibt bestehen. Das Gericht trifft hierbei eine Abwägungsentscheidung, ob und in welcher Art und Umfang die Veröffentlichung auf Kosten der Verletzers erfolgen kann.

7. Strafbare Werbung, § 16 UWG n.F.

Fortgesetzt wird auch die spezialgesetzliche Verfolgung von Straftatbeständen, bei denen eine größere Zahl von Abnehmern betroffen ist und über die beworbenen Produkte oder Dienstleistungen getäuscht werden. Hierbei handelt es sich um einen neben dem § 263 StGB stehenden betrugsähnlichen Tatbestand, bei dem letztlich schon die Versuchshandlung als Tatvollendung gilt.

³⁰ Merkmal „auf Kosten“, § 10 Abs.1 S. 1 UWG n.F..

³¹ BT-Drucks 15/ 1487, S. 25.



Gleichfalls strafbewehrt bleibt die Durchführung von Schneeballsystemen, jetzt jedoch nur, insoweit Verbraucher zur Teilnahme animiert werden, § 16 Abs. 2 StGB.