

ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS E.V. FRANKFURT AM MAIN

Stellungnahme

zum Referenten-Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

in der Fassung vom 23.01.2003

(BMJ III B 5-7034/12-31 62/2003)

Die Wettbewerbszentrale begrüßt den vorliegenden Referenten-Entwurf. Angesichts zahlreicher öffentlicher Diskussionen über das heutige UWG ist eine möglichst zügige Modernisierung wünschenswert. Insbesondere die nach Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung nach wie vor bestehende Rechtsunsicherheit machen eine Novellierung des UWG erforderlich, um dem Kaufmann wieder verlässliche und klarere Leitlinien über das an die Hand zu geben, was in der Werbung erlaubt ist und was nicht. Ein Zuwarten auf europäische Harmonisierungsregelwerke, deren Inhalte und Abschluss noch völlig offen sind, scheint vor diesem Hintergrund trotz später gegebenenfalls erforderlich werdender Anpassungen eines modernisierten UWG nicht richtig zu sein. Ein modernisiertes und möglichst europakonform kodifiziertes UWG kann zudem die erforderliche europäische Harmonisierung beflügeln.

Der Referenten-Entwurf greift europäische Regelungsstrukturen auf (z.B. Schutzzweck-Normierung, Begriffsdefinitionen sowie ein nicht abschließender Beispielskatalog unlauterer Handlungen), behält andererseits bewährte Instrumente und Mechanismen des deutschen UWG bei (etwa eine Generalklausel sowie das rein zivilrechtliche Rechtsverfolgungs- und Sanktionensystem). Er stellt damit eine ausgewogene Weiterentwicklung des nationalen Lauterkeitsrechts vor dem Hintergrund europäischer Anforderungen dar.

Zu einzelnen Vorschriften machen wir folgende Anmerkungen:

§ 4 Nr. 3.a) Telefonwerbung

Hier ist vorgesehen, unerbetene Anrufe nur gegenüber Verbrauchern als unlauter zu bewerten, wenn ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis mit dieser Form der werblichen Ansprache nicht gegeben ist. Dies entspricht der bisherigen „opt-in“-Lösung der Rechtsprechung. Unerbetene Werbeanrufe bei Gewerbetreibenden und Unternehmen sind entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht erfasst. Derartige Werbeanrufe sollen erst dann unzulässig sein, wenn der Gewerbetreibende seinen entgegenstehenden Willen erklärt (so die Entwurfsbegründung mit Verweis auf § 4 Nr. 3.c). Bisher sind unerbetene Werbeanrufe auch gegenüber Unternehmen stets unlauter, wenn dessen ausdrückliches Einverständnis fehlt oder vermutet werden kann.

Wir halten es für gerechtfertigt, nach den Maßstäben der bisherigen BGH-Rechtsprechung auch Gewerbetreibende vor sog. „cold-calls“ zu schützen. Unter dem Gesichtspunkt einer Störung des Betriebsablaufs kann eine Telefonwerbung im gewerblichen Bereich durchaus einen höheren Grad an Belästigung erreichen als im Privatsektor. Insbesondere dann, wenn die den Werbeanruf entgegennehmende Person mit der Angelegenheit nicht vertraut ist und deshalb beim zuständigen bzw. dem vom Anrufer gewünschten Mitarbeiter Rücksprache nimmt. Die Einschleichmethoden der call-center sind hinlänglich bekannt. Der belästigende Charakter unerbetener Werbeanrufe unterscheidet sich im Grunde nicht von demjenigen unzulässiger Werbung per Anrufmaschinen, Telefax oder E-Mail, für die nach dem Entwurf auch künftig die opt-in-Variante gelten soll. Die Rechtsprechung argumentiert etwa bei der Telefaxwerbung mit erhöhten Kosten (Toner, Papier, etc.). Kosten entstehen aber auch bei der Bearbeitung der Telefonanrufe durch Sekretärinnen, erst recht bei Durchstellung des Telefonats an den gewünschten Gesprächsteilnehmer. Sie dürften sogar im Ergebnis höher liegen als bei einer Telefaxwerbung, die relativ schnell aussortiert und vernichtet werden kann. Über unerbetene Werbeanrufe wird in den letzten Jahren bei der Wettbewerbszentrale gleichgewichtig sowohl von Verbrauchern wie auch von Gewerbetreibenden Beschwerde geführt.

Das Schutzziel könnte erreicht werden, wenn der Passus „die an Verbraucher adressiert ist“ in § 4 Nr. 3.a) gestrichen wird. Um hier nicht zu einschränkend zu sein, könnte zudem positiv formuliert werden, dass gegenüber Gewerbetreibenden auch ein zu vermutendes Einverständnis für die Zulässigkeit des Anrufs ausreichend ist.

Es ist ferner zu überlegen, ob im Hinblick auf das erforderliche Einverständnis das Wort „stillschweigend“ generell glücklich gewählt ist. Kündigt der Werbende in einem vorausge-

gangenen Werbeschreiben einen Telefonanruf an und reagiert der Umworbene darauf nicht umgehend, stellt sich die Frage, ob durch diese Nichtreaktion ein „stillschweigendes“ Einverständnis erklärt wird. Vielleicht sollte der Gesetzestext auf ein „konkludentes“ Einverständnis abstellen, um deutlich zu machen, dass es auf eine positive Äußerung des Umworbene ankommt.

§ 4 Nr. 8 Herabsetzung / Verunglimpfung

Obwohl diese Vorschrift nahezu wortgleich mit der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 5 ist, ist ihre Kodifizierung an dieser Stelle sachgerecht.

Es sollen diejenigen Fälle der herabsetzenden Äußerungen erfasst werden, bei denen Mitbewerber nicht unmittelbar oder mittelbar erkennbar gemacht werden. Die Regelung entspricht damit im Grundsatz der heutigen BGH-Rechtsprechung, die unsachliche Herabsetzungen außerhalb der kodifizierten vergleichenden Werbung unter § 1 UWG a.F. subsumiert (BGH WRP 1999, 1141).

§ 5 Abs. 4 Irreführungsvermutung bei Preissenkungen

Diese Regelung erfolgt ausweislich der Begründung im Zusammenhang mit der Aufhebung des Sonderveranstaltungsverbotes des § 7 Abs.1 UWG a.F. zumal Preissenkungswerbung „ein hohes Irreführungspotential“ hat. Anstatt des zuvor im Professoren-Entwurf vorgesehenen Auskunftsanspruchs wird nunmehr eine Beweislastumkehr zu Lasten des mit der Preissenkung Werbenden kodifiziert.

Grundsätzlich haben wir nach wie vor Zweifel, ob sowohl die Beweislastumkehr als auch ein Auskunftsanspruch den beabsichtigten Irreführungsschutz in der Praxis gegenüber der jetzigen Rechtslage auch nur verbessern wird. Trotz Beweislastumkehr müsste der Kläger im Ergebnis „auf Verdacht“ einschreiten. Um nicht im Prozess böse Überraschungen (oder auch eine „schöne“ Überraschung, da die Werbung nicht gelogen hat) zu erleben und die Klage kostenpflichtig zurücknehmen zu müssen oder ganz zu verlieren, ist der Kläger darauf angewiesen, zu wissen, ob der frühere Preis ernsthaft verlangt worden ist. Im Grunde müsste er in der Lage sein, selbst Beweis für einen Verstoß anzutreten. Er ist also nicht besser gestellt, als nach der heutigen Rechtslage. Jeder Kläger ist also gut beraten, entsprechend der bisherigen Handhabung erst dann tätig zu werden, wenn er –

etwa aufgrund der Wachsamkeit von Mitbewerbern – über Werbemittel verfügt, aus denen hervorgeht, dass der gesenkte Preis bereits früher vom Werbenden verlangt worden ist, eine aktuelle Preissenkung also tatsächlich nicht gegeben ist.

Vor Einleitung gerichtlicher Schritte hat der Kläger zwei Möglichkeiten: Er kann auf Verdacht hin den Werbenden abmahnen oder er kann ihn zur Stellungnahme im Hinblick auf den früheren Preis auffordern. Auf beide Maßnahmen muss der Werbende nicht reagieren. Das Prozessrisiko bleibt. Im übrigen ist der Gedanke, täglich eine Vielzahl von preis-senkenden Unternehmen (die Irreführungsvermutungsregel gilt für jedes Sonderangebot!!!) anzuschreiben, um die Möglichkeit einer Irreführung auszusondieren weil den Mitbewerber oder den Verbraucher der Verdacht einer himmelschreienden Preismogelei beschleicht, geradezu abenteuerlich.

Ein Auskunftsanspruch wird in der Praxis keine oder zumindest keine schnelle Hilfe bieten. Würde er per einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden müssen, bliebe trotz Ordnungsgeldandrohung offen, wann die Auskunft erteilt wird. Ob die eventuell erteilte Auskunft den Tatsachen entspricht, entzieht sich weiter der Kenntnis des Klägers. Hier gibt es viele Möglichkeiten, sich einer Rechtsverfolgung zu erwehren.

In der täglichen Praxis wird es somit sicherlich bei der bisherigen Handhabung der Rechtsverfolgung allein aufgrund der dem Kläger vorliegenden „Beweismittel“ bleiben. Wie ein Staatsanwalt benötigt der Kläger zumindest Fakten, die einen „Anfangsverdacht“ begründen. Es stellt sich daher abschließend die Frage, ob die hier vorgesehene Regulierung wirklich in das UWG aufgenommen werden soll.

Unabhängig von diesen Zweifeln sollte der Wortlaut der Vorschrift zumindest noch wie folgt verbessert werden:

„Es wird vermutet, dass... , sofern der ursprüngliche Preis **nicht oder** nur für eine unangemessen kurze Zeit **unmittelbar vor der Ankündigung der Preisreduzierung** gefordert worden ist.“

Zur Vermeidung der Irreführung der Verbraucher wird es nicht ausreichen, dass der frühere Preis irgendwann einmal verlangt worden ist.

§ 5 Abs. 5 Räumungsverkauf allgemein

Die Wettbewerbszentrale hatte ihre Praxiserfahrungen zur Regelung von Räumungsverkäufen bereits in ihrer Stellungnahme zum vorausgegangenen Professorenentwurf dargelegt.

Der Referentenentwurf sieht künftig drei Räumungsverkaufsgründe vor, die allerdings jeweils einen derartigen Abverkauf im Einzelfall zwingend erforderlich machen müssen. Räumungsverkäufe aus anderen Gründen bleiben unzulässig. Neu ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Wortlaut auch für den Räumungsverkauf wegen vollständiger Geschäftsaufgabe eine Räumungszwangslage gegeben sein muss. Hierauf kann aus unserer Sicht – wie im bisherigen UWG – verzichtet werden. Es ist letztlich eine unternehmerische Entscheidung, ein – ggf. auch florierendes - Geschäft zu schließen. Die Räumungsverkaufsmöglichkeit sollte in diesen Fällen nicht durch das Merkmal der „zwingenden Erforderlichkeit“ eingeengt werden.

Aufgrund der „es sei denn“-Formulierung ist davon auszugehen, dass der Werbende sowohl den Räumungsverkaufsgrund als auch die zwingende Erforderlichkeit des Räumungsverkaufs nachzuweisen hat. Wann ein Räumungsverkauf zwingend erforderlich ist, bleibt sowohl im Gesetzestext als auch in der Begründung unklar. Hierüber wird es in der Praxis sicherlich Streit geben. Beim Umbauräumungsverkauf wird angesichts der klaren Abgrenzung zum heutigen § 8 UWG künftig nicht mehr auf die Genehmigungs- oder Anzeigepflichtigkeit des Bauvorhabens abgestellt werden können, was zumindest eine gewisse Einbuße an Rechtsklarheit bedeutet. Ob die Rechtsprechung in diesem Bereich für den Einzelhändler verlässliche Kriterien herauszuarbeiten vermag, bleibt zumindest offen. (In der Begründung hat sich in diesem Zusammenhang offensichtlich ein Schreibfehler eingeschlichen, wenn es dort heißt, dass „beispielsweise **erhebliche** Baumaßnahmen die Räumungszwangslage nicht begründen“. Es muss wohl heißen „...**unerhebliche**...“.)

Die Vorschrift übernimmt ferner das schon heute geltende Verbot des Vor- und Nachschiebens von Waren. Angesichts der Aufhebung der bisher vorgesehenen Anzeigepflichten des Werbenden und der Überprüfungsrechte der Kammern, werden Verstöße in diesem Bereich voraussichtlich nicht mehr nachzuweisen sein. Nach der Struktur des § 5 Abs. 5 trägt auch hier der Werbende die Beweislast dafür, dass eben keine eigens für den Räumungsverkauf beschaffte Ware verkauft wird. Heißt dies, dass er auf Anfrage etwa der IHK oder eines Wettbewerbsverbandes durch Vorlage von Warenverzeichnissen etc. die Umstände nachweisen muss? Gibt er Anlass zur Klageerhebung, wenn er zu entspre-

chenden Anfragen oder gar Abmahnungen nicht Stellung nimmt? Wird dies alles nicht verlangt, hat der Rechtsverfolger ohne Kenntnis der betrieblichen Verhältnisse des Werbenden ein untragbares Prozessrisiko mit der Folge, dass Verstöße gegen das genannte Verbot nicht mehr geahndet werden.

Es wäre demnach zu überlegen, Anzeigepflichten und Überprüfungsrechte wie bisher zu normieren, ggf. in der Gewerbeordnung. Soviel „Bürokratie“ wäre der Preis dafür, dass die Norm überhaupt „funktioniert“. Anderenfalls kann das Verbot des Vor- und Nachschiebens von Ware als solches gestrichen werden.

Darüber hinaus geben wir folgendes zu bedenken: Künftig wird jedem Händler zu jedem Zeitpunkt die Möglichkeit gegeben sein, aus welchem Anlass auch immer Sonderverkaufsaktionen mit Rabatten und anderen Kaufvorteilen durchzuführen. Nach unserer Auffassung ist er im Grunde auf gesetzlich regulierte Räumungsverkäufe wegen unvorhersehbarer Beschädigung von Waren oder wegen Baumaßnahmen nicht mehr angewiesen. Auch ohne den ausdrücklichen „Räumungsverkauf“ wird er in der Lage sein, höchst knallige und betriebswirtschaftlich attraktive Sonderaktionen aus eben diesen Anlässen durchzuführen. Wir stellen daher die Frage, ob künftig angesichts der ohnehin vorhersehbaren Schwierigkeiten bei der Anwendung der jetzt vorgesehenen Vorschriften für Warenbeschädigungen und Baumaßnahmen nicht ausschließlich noch Räumungsverkäufe wegen Geschäftsaufgabe normiert sein sollten. Letztere haben eingedenk der vom Publikum unterstellten Zwangslage des Händlers nach wie vor eine ganz besondere Anlockwirkung und damit auch Missbrauchspotenzial.

§ 5 Abs. 6 Räumungsverkauf wegen Geschäftsaufgabe

Wir schlagen vor, den Begriff „Geschäftsaufgabe“ – auch in § 5 Abs. 5 - durch den Begriff der „**Aufgabe einer Verkaufsstätte**“ zu ersetzen, um auch bei Filialschließungen Räumungsverkäufe zu ermöglichen. Um Missbräuchen vorzubeugen, wäre dann allerdings im Tatbestand zu ergänzen, dass die Verkaufsstätte mindestens ein Jahr bestanden haben muss.

Auch hier sollte über die Normierung von Anzeigepflichten nachgedacht werden, da sonst niemand die vorgesehene zweijährige Wartezeit für die Durchführung von Räumungsverkäufen kontrollieren oder Verstöße feststellen kann.

§ 5 Abs. 7 Durchführungsverbot bei Räumungsverkäufen

Im Gegensatz zum vorhergehenden Professorenentwurf ist im Referentenentwurf ein Durchführungsverbot für gegen die Absätze 5 und 6 verstoßende Räumungsverkäufe vorgesehen. Die Wettbewerbszentrale hatte bereits auf die Nachteile eines reinen Werbeverbotes hingewiesen, sodass wir das Durchführungsverbot an dieser Stelle begrüßen.

Auch im Hinblick auf die vorgeschriebene Höchstdauer des Räumungsverkaufes ist eine Anzeigepflicht gegenüber den Kammern wohl hilfreich, um Verstöße sanktionieren zu können.

Wer einen Räumungsverkauf wegen Aufgabe einer Verkaufsstätte beworben und durchgeführt und damit die Einzelhandelsumsätze auf sich umgelenkt hat, sollte hieran vom Gesetzgeber festgehalten werden. Hier müsste wie bisher ein **Fortsetzungsverbot** normiert werden, um überhaupt eine wirksame Handhabe gegen Missbräuche zu schaffen. Der Fachhändler in der Innenstadt würde nicht nachvollziehen können, wenn sein Konkurrent 24 Tage lang einen knallharten Räumungsverkauf wegen Aufgabe des Geschäfts durchführt, dieses aber nach der Aktion ohne jegliche Konsequenzen weiterführen würde. Das UWG würde hier weder eine Ausgleichs- noch eine Befriedungsfunktion erfüllen.

Insgesamt haben die Räumungsverkaufsvorschriften deutlich an Klarheit und Schlagkraft eingebüßt. Ohne Anzeige- und Überprüfungspflichten sowie ohne Fortsetzungsverbot beim durchgeführten Räumungsverkauf wegen Geschäftsaufgabe, wird in der Praxis ein erfolgreiches Einschreiten gegen Missbräuche im Räumungsverkaufswesen kaum möglich sein. Die Händler werden darüber hinaus angesichts des Wegfalls der Sonderveranstaltungsvorschriften umfassende Möglichkeiten haben, sich nicht den Kriterien des Gesetzes über Räumungsverkäufe zu unterwerfen, sondern auf andere kreative und schlagkräftige Sonderaktionen auszuweichen. Vor dem Hintergrund dieser Umstände sind Überlegungen durchaus nicht abwegig, völlig auf die als „Auffangvorschriften“ gedachten Normierungen des § 5 Abs. 5 bis 7 zu verzichten. Auch § 5 Abs. 4 wird in der Praxis keine Hilfe darstellen. Hierauf könnte insgesamt ebenfalls verzichtet werden.

§ 9 Gewinnabschöpfung

Diese Vorschrift ist im Rahmen des UWG völlig neu. Sie ist sicherlich der heikelste Punkt der Novellierung des Gesetzes. Ziel der Vorschrift ist eine weitere Verbesserung der

Durchsetzung des Lauterkeitsrechts. Der Gewinnabschöpfungsanspruch soll zum Schutze der Verbraucher und der Wettbewerber in erster Linie einer wirksamen Abschreckung dienen, nicht dem Interessenausgleich.

Nach Auffassung der Wettbewerbszentrale wird der effektivste Schutz von Verbrauchern und Wettbewerbern gegen unlauteres Geschäftsgebahren durch ein möglichst umgehendes Unterbinden der wettbewerbswidrigen Handlung per Abmahnung und einstweiliger Verfügung erreicht. Nur hierdurch kann gerade die später durch Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüche ggf. wieder auszugleichende Vielzahl von Schädigungen von vornherein vermieden werden. Der Gewinnabschöpfungsanspruch kann daher schon aus verbraucher- und wettbewerbspolitischer Sicht niemals Ersatz für das zivilrechtliche Eingreifsystem des Unterlassungsanspruchs sein. Er wird nicht einmal annähernd seinen Stellenwert erreichen.

Unbestreitbar gibt es aber Abzockermethoden wirklich schwarzer Schafe, die durch zum Teil betrügerische Absichten geprägt sind und oftmals auch mittels einstweiliger Verfügung oder Klage nicht nachhaltig eingedämmt werden können. Für derartige Fälle lohnt aus unserer Sicht die Diskussion über die Einführung eines Gewinnabschöpfungsanspruchs. Derartige Geschäftemacher sollten durchaus mit ihren zum Schaden einer Vielzahl von Abnehmern gemachten „Gewinnen“ zur Kasse gebeten werden können. Die grundsätzliche Freiheit des Wettbewerbs und der gleichrangige Schutz von Wettbewerbern und Verbrauchern erfordern aber einige strikte Vorgaben für einen solchen Anspruch:

Das UWG verfügt in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung über ein durchaus hohes Wettbewerber- und Verbraucherschutzniveau. Als Regulativ im nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen freien Spiel der Wettbewerber soll es die Wirtschaft nicht bremsen, sondern vielmehr beflügeln bzw. Impulse für einen freien, aber fairen Wettbewerb geben. Durch einen unverfälschten Wettbewerb lassen sich langfristig die volks- wie auch betriebswirtschaftlich besseren Ergebnisse zugunsten aller Marktbeteiligten erzielen. Um einerseits das hohe Schutzniveau des UWG zu erhalten, andererseits aber das möglichst freie Spiel der Kräfte im Wettbewerb nicht nachhaltig zu beeinträchtigen, darf ein Gewinnabschöpfungsanspruch nicht den alltäglich vorkommenden, manchmal vom Kaufmann aus purem Nichtwissen begangenen Wettbewerbsverstoß ins Visier nehmen. Diesem alltäglichen Regelverstoß kann viel effizienter auch künftig ausschließlich mit dem Instrument des Unterlassungsanspruchs begegnet werden.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch ist somit auf klare Fälle systematischer, mit fast betrügerischer Absicht betriebener Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern zu beschränken. Er soll nach der Entwurfsbegründung (S. 47) Strafcharakter haben. Es ist daher entscheidend, ausschließlich die „Richtigen“, nämlich die schwarzen Schafe zu treffen. Der Referentenentwurf hat unverkennbar den Versuch einer entsprechenden Eingrenzung des Tatbestandes unternommen. Es lässt sich darüber streiten, ob nur vorsätzliche Wettbewerbsverstöße oder auch grob fahrlässige erfasst werden sollen. Das nach § 9 Abs.1 UWG-E kumulativ erforderliche „systematische“ Zufügen eines Schadens bei einer Vielzahl von Abnehmern setzt im Grunde notwendigerweise Vorsatz voraus. Eine deutlichere und vor dem Hintergrund des Strafcharakters angemessene Eingrenzung ließe sich erreichen, wenn nur Fälle erfasst werden, in denen nicht nur die Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG-E vorsätzlich oder grob fahrlässig erfolgt, sondern auch die Schadenszufügung vorsätzlich erfolgt. Das schließt es beispielsweise aus, dass die einfache Versendung eines Versandhauskatalogs, der grob fahrlässig unlautere Werbung enthält, einen Gewinnabschöpfungsanspruch auslöst. Erst wenn der Katalog nachweislich gerade zum Zwecke der Schädigung einer Vielzahl von Kunden versandt worden ist, käme zurecht eine Gewinnabschöpfung in Betracht. Denkbar wäre auch festzulegen, dass die Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern zielgerichtet erfolgen muss, um den Anspruch auszulösen. Dies wäre allerdings wohl deckungsgleich mit der vorsätzlichen Schadenszufügung.

Wir begrüßen, dass der Referentenentwurf im Gegensatz zum vorhergehenden Professo-
rentwurf im Rahmen des § 9 UWG-E nicht nur Schädigungen der Verbraucher sanktioniert, sondern – vom Ursprung und Schutzzweck des Gesetzes her zwangsläufig (!) – auch Schädigungen von Gewerbetreibenden erfasst. Fallgestaltungen wie der hinlänglich bekannte Adressbuchschwindel, in denen massenweise Existenzgründer und andere Gewerbetreibende durch Scheinrechnungen für Adressbuch- oder Registereintragungen abgezockt und Schäden in Millionenhöhe angerichtet werden, offenbaren das gleiche Schutzbedürfnis wie bei Verbrauchern, die mittels 0190-Mehrwertdienste-Nummern hereingelegt werden. Der Schutz der Gewerbetreibenden und Unternehmen vor derartigen Geschäftemachern ist zwangsläufig wie der Verbraucherschutz in § 9 UWG zu verankern. Die Gesetzesbegründung sollte den vorgesehenen Wortlaut der Norm aufgreifen und nicht teilweise von „Verbrauchern“ reden, sondern ebenfalls durchgängig den weiteren Begriff „Abnehmer“ verwenden (so bereits im zweiten Satz auf S. 47, dort am Ende des ersten Absatzes, S. 48 oben).

Mit dem von vornherein im UWG angelegten und auch im § 9 erforderlichen (gleichwertigen) Schutz der Wettbewerber und der Verbraucher geht konsequenterweise auch die Anspruchsberechtigung sowohl der Verbraucher- als auch der Wirtschaftsverbände in punkto Gewinnabschöpfung einher. Wir haben aber stets darauf gedrungen, dass potentielle Kläger abgeschöpfte Gewinne an den Staat auszukehren haben, um sachfremde Motive bei der Geltendmachung des Anspruchs zu vermeiden. Wem es wirklich um Verbraucher- und Wettbewerberschutz geht, der wird mit dieser Lösung leben können. § 9 Abs. 4 ist daher sachgerecht.

Die Ermittlung des „auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinns“ (§ 9 Abs. 1) wird in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Die Entwurfsbegründung gibt auf S. 48 Anhaltspunkte zur Berechnung des Gewinns, aber keine Auskunft darüber, wie Kläger und Gericht an die entsprechenden Zahlen des werbenden Unternehmens gelangen sollen. Auch hier macht die Wirtschaft nicht ganz zu Unrecht Vorbehalte gegen die Normierung des Gewinnabschöpfungsanspruchs geltend. Sie befürchtet insbesondere, dass künftig Wettbewerbsverstöße durch horrenden „Gewinneinforderungen“ bestraft werden und so einzelne Unternehmen in ihrer Existenz bedroht sein könnten. Sie befürchtet ferner, dass das Instrument des Gewinnabschöpfungsanspruchs auch gezielt zur Ausforschung von Unternehmen missbraucht werden könnte.

Diese Befürchtungen sind ernst zu nehmen, allerdings wohl auch zu relativieren. Der Tatbestand des § 9 Abs.1 ist äußerst eng gefasst. Nur wenn die systematische und vorsätzliche¹ (oder „zielgerichtete“, falls dieser Begriff in das Gesetz aufgenommen werden sollte) Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern nachgewiesen wird, fällt überhaupt unter die Norm. Bei der Rechtsfolge muss zudem die Gewinnerzielung „auf Kosten der Abnehmer“ nachgewiesen werden. Nur ein kleiner Teil wirklich schwarzer Schafe mit Abzockermethoden wird durch den Anspruch überhaupt erfasst werden, was durchaus im Sinne seriös arbeitender Unternehmen liegt.

Ob bei Verwirklichung des Tatbestandes überhaupt ein schützenswertes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis gegeben ist, dürfte zumindest zweifelhaft sein. Der Kläger kann selbst nicht die erforderlichen Informationen erlangen. Der Richter ermittelt sie nach den Regeln der ZPO. Der Kläger muss zunächst den „Gewinn“ plausibel machen, hat dann aber wohl als Beweismittel die Einsichtnahme in die Bücher zu fordern. Ein Eingriff in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wird dadurch ausgeschlossen, dass im Zuge der Anordnung der Vorlage der Handelsbücher auf die §§ 258 ff. HGB verwiesen wird. Nach §

¹ Vgl. oben S. 9.: wir schlagen vor, dass auch die Schädigung vorsätzlich erfolgen muss.

259 HGB muss grundsätzlich vom Inhalt der Handelsbücher nur soweit Kenntnis genommen werden, wie dies „den Streitpunkt betrifft“. Nur von diesen betreffenden Daten wird dann ein Auszug gefertigt. Es müssen also nicht die gesamten Handelsbücher offengelegt werden. Dies erscheint letztlich vor dem Hintergrund der massenhaften und zielgerichteten Schädigung von Abnehmern nicht unverhältnismäßig. Erst wenn das beklagte Unternehmen die auf den Streitgegenstand bezogenen Umsatz- und Gewinnzahlen nicht vorlegt, kann das Gericht eine Schätzung gemäß § 287 ZPO vornehmen. Der Beklagte hat es in der Hand, einer übermäßigen Inanspruchnahme infolge einer gerichtlichen Schätzung zu entgehen, indem die konkreten – ggf. einen geringeren Gewinn nachweisenden - Zahlen vorgelegt werden. Erfolgt dies nicht, erscheint auch die Schätzung nicht unverhältnismäßig. In diesem Zusammenhang ist stets zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des § 9 äußerst eng auf die tatsächlich schwarzen Schafe zu begrenzen ist. Für derartige Geschäftemacher ist der beschriebene und prozessual vorgegebene Weg der Gewinnermittlung durchaus nicht unzumutbar.

§ 15 Strafbare Werbung

Im Gegensatz zum bisherigen § 4 UWG beschränkt die vorgeschlagene Vorschrift des § 15 den Straftatbestand nicht mehr auf wissentlich unwahre Werbeaussagen. Vielmehr soll jede Werbeaussage, die objektiv richtig ist, aber ein nicht unerheblicher Teil der umworbenen Verkehrskreise damit unrichtige Vorstellungen verbindet, strafbar sein.

Dieser Ansatz erscheint uns viel zu weitgehend. Das Risiko, Werbung zu betreiben und strafrechtlich verfolgt zu werden, wird durch die Vorschrift völlig unangemessen gesteigert. Wir schlagen vor, den Straftatbestand auf wissentlich unwahre Werbeaussagen zu begrenzen.

Bad Homburg, im Februar 2003