

Entwurf einer Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 20. Juni 2003 zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen des Bundesrates wie folgt Stellung:

Zu Nummer 1 – zur Eingangsformel

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Der Bundesrat begründet die Zustimmungsbedürftigkeit mit Änderungen im Verfahrensrecht der Einigungsstellen (§ 15 UWG-E). Im Einzelnen soll sich die Zustimmungsbedürftigkeit aus der Streichung der Möglichkeit der Ausschließung und Ablehnung von Mitgliedern der Einigungsstelle und der Streichung der bisher in § 27a Abs. 5 UWG geregelten Zwangsbefugnisse ergeben. Der Bundesrat empfiehlt aber zugleich, diese Änderungen nicht vorzunehmen (vgl. Nummern 30 und 32). Die Bundesregierung stimmt dem ausdrücklich zu. Soweit der Bundestag dies aufgreift, kann sich die Zustimmungsbedürftigkeit aus den genannten Gründen nicht mehr ergeben.

Die verbleibenden Änderungen des Verfahrensrechts der Einigungsstellen sind rein redaktioneller bzw. sprachlicher Art. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden. Änderungen ohne Auswirkungen auf den Regelungsgehalt der Norm begründen die Zustimmungsbedürftigkeit nicht. Hiervon geht auch der Bundesrat aus. Das Verfahrensrecht der Einigungsstellen erhält durch die Änderungen im materiellen Recht auch keine andere Bedeutung oder Tragweite. Demnach handelt es sich bei dem Entwurf - jedenfalls bei Einbeziehung der von der Bundesregierung aufgegriffenen Empfehlungen des Bundesrates - um ein Einspruchsgesetz.

Zu Nummer 2 – zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag mit der Maßgabe zu, § 2 Abs.1 Nr. 3 UWG-E wie folgt zu fassen:

„3. „Mitbewerber“ jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht;“

Die Bundesregierung stimmt mit dem Bundesrat darin überein, dass die Mitbewerbereigenschaft ein konkretes Wettbewerbsverhältnis voraussetzt. Dies lässt sich entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates durch die Worte „in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“ verdeutlichen. Zu Recht weist der Bundesrat darauf hin, dass der nur abstrakt betroffene Mitbewerber im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG bisheriger Fassung nicht unter den Mitbewerberbegriff fällt. Hierzu bedarf es indes der Einfügung der Wörter „und durch die Wettbewerbshandlung unmittelbar verletzt ist“ nicht. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis setzt bereits begrifflich voraus, dass zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, UWG Einl. Rn 216). Demnach ist dieser zusätzliche Hinweis im Gesetzestext überflüssig und daher im Sinne einer schlanken und verständlichen Definition nicht aufzunehmen.

Zu Nummer 3 – zu § 2 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Die Definition der Nachrichten entspricht dem Wortlaut des Artikels 2 Abs. 2 d 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 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, ABl. EG Nr. L 201, S. 7). Bei Definitionen ist in der Regel eine wortgleiche Umsetzung des Richtlinientextes geboten, da sonst Auslegungsschwierigkeiten entstehen können. Im vorliegenden Fall sollte

hiervon nicht abgewichen werden, zumal die Definition aus Sicht der Bundesregierung auch durch die vorgeschlagene Streichung kaum an Verständlichkeit gewinnt.

Zu Nummer 4 – zu § 3 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 5 – zu § 3 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 6 – zu § 3 UWG

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates nicht, dass im Gesetzgebungsverfahren eine Klarstellung erfolgen soll, ob der Begriff der Unlauterkeit eine Kenntnis des Wettbewerbers von den die Unlauterkeit begründenden Tatumständen erfordert. Es handelt sich hierbei um eine dogmatische Frage, deren Klärung der Rechtsprechung und Literatur überlassen bleiben kann, zumal die praktische Relevanz gering ist. Der Zuwiderhandelnde erhält die Kenntnis von den Umständen spätestens mit dem Zugang einer Abmahnung. Setzt er daraufhin sein Verhalten fort, so ist ein Unterlassungsanspruch in jedem Falle gegeben. Stellt er indes sein Verhalten ein, so würde ein Unterlassungsanspruch in der Regel an der Wiederholungsgefahr scheitern, so dass es auch hier im Ergebnis nicht auf die vom Bundesrat aufgeworfene Frage ankommt.

Zu Nummer 7 – zu § 4 Nr. 1 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Die weit überwiegende Zahl der Wettbewerbshandlungen, in denen Marktteilnehmer getäuscht werden, fallen unter den Tatbestand der irreführenden Werbung gemäß § 5 UWG-E. Wenn schon im Beispielskatalog des § 4 UWG-E die Täuschung aufgeführt wird, stellen sich Abgrenzungsfragen zur irreführenden Werbung. Die systematische Klarheit des Aufbaus ginge in einem wichtigen Punkt verloren. Dies ist nicht sachgerecht, zumal – worauf der

Bundesrat zu Recht hinweist - die Täuschungsfälle außerhalb der irreführenden Werbung unter den Auffangtatbestand des sonstigen unangemessenen unsachlichen Einflusses subsumiert werden können.

Zu Nummer 8 – zu § 4 Nr. 6 UWG

Eine Ergänzung des Beispielkatalogs um weitere Fallgruppen wettbewerbswidriger Gewinnspiele ist denkbar. Dem steht aber folgende Erwägung entgegen:

Der geänderte Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 25. Oktober 2002 (KOM (2002) 585 endg.) verbietet den Mitgliedstaaten, Gewinnspiele – mit Ausnahme des in § 4 Nr. 6 UWG-E geregelten Koppelungsverbots – zu reglementieren. Auch wenn dieser Vorschlag der Europäischen Kommission bisher im Rat noch keine Mehrheit gefunden hat, muss mit einer entsprechenden europäischen Regelung gerechnet werden. Würde man die Gewinnspiele im UWG ausdrücklich weiteren Reglementierungen unterwerfen, so müssten diese unter Umständen alsbald wieder geändert werden. Die Bundesregierung hält es daher für vorzugswürdig, die vom Bundesrat angesprochenen Fallgruppen – solange dies europarechtlich zulässig ist – über die Generalklausel des § 3 UWG-E zu erfassen.

Durch den in der Stellungnahme des Bundesrates außerdem angesprochenen Ausnahmetatbestand sollen Fälle erfasst werden, in denen man ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben gar nicht veranstalten kann, ohne dass der Kauf der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Um nicht einseitig bestimmte Produkte wie etwa Rundfunksendungen zu privilegieren, ist eine abstrakte Umschreibung notwendig. Durch den Gesetzestext wird der Regelungszweck gleichwohl hinreichend deutlich. Gerade die vom Bundesrat besonders angesprochenen Gewinnspiele im Radio fallen ohne Weiteres unter den Ausnahmetatbestand, da sie naturgemäß voraussetzen, dass der Teilnehmer am Gewinnspiel die Sendung hört.

Zu Nummer 9 – zu § 4 Nr. 10 UWG

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates nicht.

Die Fallgruppe der gezielten Behinderung von Mitbewerbern ist durch die Rechtsprechung in der Vergangenheit sehr stark ausdifferenziert worden. Um den vielfältigsten Konstellationen gerecht zu werden, müsste die gezielte Mitbewerberbehinderung im Gesetzestext entsprechend umfangreich geregelt werden. Dies würde über den eigentlichen Zweck des Beispielskatalogs hinausgehen, typische Unlauterkeitshandlungen zur Verbesserung der Transparenz aufzuzählen. Da die Rechtsprechung in dieser Frage bisher zu durchweg sachgerechten Ergebnissen gelangt ist, hält es die Bundesregierung für vorzugswürdig, die weitere Konkretisierung dieser Fallgruppe weiterhin der Rechtsprechung zu überlassen.

Zu Nummer 10 – zu § 4 Nr. 11 UWG

Der Bundesrat führt beachtliche Gründe dafür an, auch Marktzutrittsregelungen ohne Bezug zum Marktverhalten vom Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG-E zu erfassen.

Nicht von der Hand zu weisen sind allerdings auch Bedenken, die von kommunaler Seite geltend gemacht werden, dass nämlich das UWG als Zivilrecht keine strukturpolitische Zielsetzung habe.

Diese Fragen bedürfen noch vertiefter Prüfung bei den Beratungen des Deutschen Bundestages. Dabei wird zu erwägen sein, ob es nicht sachgerechter erscheint, die Überschreitung der rechtlichen Grenzen, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand gesetzt sind, im öffentlichen Recht zu sanktionieren. So könnten beispielsweise im Landesrecht die gemeindewirtschaftlichen Subsidiaritätsklauseln mit einer drittschützenden Wirkung versehen werden, um Mitbewerbern die Möglichkeit zu geben, gegen einschlägige Verstöße vor den Verwaltungsgerichten zu klagen.

Zu Nummer 11 – zu § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG

Die Bundesregierung ist bei nochmaliger Prüfung dieser Frage zu dem Ergebnis gekommen, dass auf das Kriterium der Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung nicht verzichtet werden kann. Unabhängig von der Bedeutung der verschwiegenen Tatsache kann die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung entfallen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise trotz unterbliebener Aufklärung von den wesentlichen Tatsachen Kenntnis haben. In diesen Fällen hat das Verschweigen keine Irreführung zur

Folge. Dieser Zusammenhang erschließt sich nicht allein aus dem Kriterium der Bedeutung der Tatsache für die Entscheidung zum Vertragsschluss.

Zu Nummer 12 – zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass Werbemaßnahmen ohne einen bestimmten Adressatenkreis nicht von der Vorschrift erfasst werden sollen. Eine entsprechende Auslegung erscheint jedoch eher fernliegend. Durch die Vorschrift soll klargestellt werden, dass eine unzumutbare Belästigung dann vorliegt, wenn gegen den erkennbaren Willen des Empfängers geworben wird. Dies setzt aus Sicht der Bundesregierung zwingend einen konkreten Adressatenkreis der Werbemaßnahme voraus, da es anderenfalls – etwa in der Werbung in Medien – gar nicht darauf ankommen kann, ob ein Empfänger der Werbung mit dieser Werbung einverstanden ist. Darüber hinaus würde der Vorschlag des Bundesrates die Fallgruppe insoweit zu eng eingrenzen, als auf einen bestimmten Empfänger abgestellt wird. Dies würde vor allem Werbewurfsendungen, die im Eingangsbereich von Mehrfamilienhäusern abgelegt werden, nicht erfassen, da insoweit ein einzelner Empfänger nicht bestimmt werden kann. Der belästigende Effekt geht aber auch und gerade von wahllos abgeladenen Werbewurfsendungen aus.

Zu Nummer 13 – zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Die Regelung der Telefonwerbung entspricht der bisherigen Rechtsprechung zu § 1 UWG. Nach ständiger Rechtsprechung verstößt die Telefonwerbung dann gegen die guten Sitten im Wettbewerb, wenn der Verbraucher nicht eingewilligt hat bzw. wenn bei sonstigen Marktteilnehmern nicht zumindest eine mutmaßliche Einwilligung angenommen werden kann (grundlegend BGH GRUR 1970, 523 – Telefonwerbung I). Der Regierungsentwurf hat diese Wertung übernommen, so dass damit keine Verschärfung des geltenden Rechts verbunden ist.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Liberalisierung der Telefonwerbung lehnt die Bundesregierung ab, da sie insbesondere für Verbraucher unzumutbare Belästigungen mit sich bräch-

te. Mit dem Anruf zu Hause ist ein erheblicher Eingriff in die Privatsphäre des Anschlussinhabers verbunden. Dementsprechend hat die Rechtsprechung solche Anrufe ohne vorherige Einwilligung nicht nur als unlautere Wettbewerbshandlung, sondern auch als Eingriff in das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht gewertet (vgl. OLG Stuttgart NJW 1988, 2615). Der Angerufene wird veranlasst, das Gespräch zunächst anzunehmen und wegen der Ungewissheit über den Zweck des Anrufs meist auch genötigt, sich auf das Gespräch einzulassen, bevor er sich entscheiden kann, ob er das Gespräch fortsetzen will oder nicht. Er kann sich gegen das Eindringen in seine Privatsphäre nicht von vorn herein wehren. Bei einer Liberalisierung des Rechts – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – bestünde die Gefahr, dass die einzelnen Haushalte abends mehrfach entsprechende Anrufe entgegennehmen müssten, ohne sich wirkungsvoll zur Wehr setzen zu können. Zwar können sie jeweils ihren entgegenstehenden Willen ausdrücken, doch ist dies nur von dem Unternehmen zu beachten, von dem die Werbung ausgeht. Wegen der Vielzahl von Firmen, die das Instrument der Telefonwerbung nutzen würden, würden sich die Belästigungen durch jeweils andere Anrufer fortsetzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest zweifelhaft, ob der Konsum der Verbraucher tatsächlich mit Hilfe von belästigenden Werbemethoden belebt werden sollte.

Hinsichtlich der Telefonwerbung, die sich an Unternehmen richtet, hat sich die Wirtschaft – mit Ausnahme der Werbewirtschaft – größtenteils gegen eine Liberalisierung ausgesprochen. Die Wirtschaft befürchtet bei einer Liberalisierung des Telefonmarketings erhebliche Belästigungen mit nicht unerheblichen Kosten, da hierdurch Arbeitszeit der Mitarbeiter verloren geht.

Ein Standortnachteil für die deutsche Wirtschaft ist nicht zu befürchten. Soweit ausländische Unternehmen in Deutschland werben, müssen sie sich an die in Deutschland geltenden Wettbewerbsregelungen halten, so dass auch die Telefonwerbung ausländischer Unternehmen in Deutschland ohne Einwilligung der Adressaten unzulässig ist. Dabei sollte auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich selbst große Teile der Wirtschaft gegen eine Liberalisierung des Telefonmarketings gegenüber Unternehmen ausgesprochen haben.

Zu Nummer 14 – zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 a – neu – UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung ist bereits im Wesentlichen in § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E enthalten. Entgegen der Auffassung des Bundesrates erfasst § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E nicht nur die elektronische Post, sondern auch die Sprachtelefonie und die Faxwerbung, da auch diese unter den Begriff der Nachricht im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG-E fallen. Hinsichtlich weiterer Werbeformen besteht aus Sicht der Bundesregierung kein über die BGB-Informationspflichten-Verordnung hinausgehender Regelungsbedarf.

Zu Nummer 15 – zu § 7 Abs. 2 Nr. 4 – neu – UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Dem Vorschlag stehen systematische Erwägungen entgegen. § 7 UWG-E verbietet bestimmte Werbeformen, die aufgrund der Art und Weise der Werbung belästigenden Charakter haben. Es wird nicht an den Inhalt der Werbung angeknüpft. Demzufolge würde das Verbot der Werbung, die zur Wahl von gebührenpflichtigen Rufnummern auffordert, einen Systembruch darstellen. Ein solches Verbot ist aus Sicht der Bundesregierung auch nicht gerechtfertigt, da Anbieter derartiger Dienste in ihren Werbemöglichkeiten auch dann eingeschränkt würden, wenn es sich um ein seriöses Angebot handelt.

Zu Nummer 16 – zu § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 17 – zu § 8 Abs. 2 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 18 – zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Sie ist der Auffassung, dass durch die Regelung der Bagatellegrenze in § 3 UWG-E, durch die institutionellen Anforderungen an die Verbände in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E sowie durch

die Missbrauchsklausel in § 8 Abs. 4 UWG-E Missbräuche der Klagebefugnis ausreichend verhindert werden können. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Begriff der wesentlichen Beeinträchtigung hat so wenig Konturen, dass eine Differenzierung zwischen der nicht unerheblichen Beeinträchtigung im Sinne von § 3 UWG-E und der wesentlichen Beeinträchtigung nicht möglich erscheint. Sie würde vielmehr die Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen mit sich bringen und so zu einer Rechtsunsicherheit führen.

Zu Nummer 19 – zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates.

Zu Nummer 20 – zu § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag aus den zur Nummer 18 ausgeführten Gründen nicht zu.

Für die vom Bundesrat vorgeschlagene Beschränkung der Klagebefugnis der Verbraucherverbände besteht auch deshalb kein Anlass, weil die Verbraucherverbände in der Vergangenheit sehr maßvoll von der Klagebefugnis Gebrauch gemacht haben.

Zu Nummer 21 – zu § 8 Abs. 5 Satz 2, § 20 Abs. 4 Nr. 1 – neu – UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Sie stimmt mit dem Bundesrat darin überein, dass Verstöße gegen das UWG nicht ergänzend durch das Unterlassungsklagengesetz verfolgt werden sollen. Dem trägt die Vorschrift in § 8 Abs. 5 Satz 2 UWG-E Rechnung. Es ist nicht ersichtlich, warum einem Anwender, der seine Klage auf einen Verstoß gegen das UWG stützen möchte, diese Vorschrift unbekannt sein sollte. Eine Klarstellung im Unterlassungsklagengesetz ist nicht vorzugswürdig. Nach dem Vorschlag des Bundesrates wäre die Auslegung möglich, dass das Unterlassungsklagengesetz auch dann unanwendbar ist, wenn eine Handlung sowohl gegen das UWG als auch gegen andere verbraucherschützende Vorschriften verstößt. In diesem Fall soll jedoch nach Auffassung der Bundesregierung – wenn man das Unterlassungsklagengesetz nicht

völlig entwerten will – eine Klage nach dem Unterlassungsklagengesetz unter Berufung auf einen Verstoß gegen eine andere Verbraucherschützende Vorschrift weiterhin zulässig sein.

Zu Nummer 22 – zu § 9 Abs. 1 – neu – UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Sie stimmt mit dem Bundesrat darin überein, dass § 3 UWG-E kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist. Dies ergibt sich – wie in der Begründung ausführlich dargelegt – daraus, dass die zivilrechtlichen Rechtsfolgen für Verstöße gegen § 3 UWG-E abschließend geregelt sind. Nachdem auch nach derzeit geltendem Recht die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 2 BGB mit Blick auf die abschließende Regelung der zivilrechtlichen Rechtsfolgen ausgeschlossen wurde (vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl UWG Rn 342), ist trotz der ausdrücklichen Aufnahme einer Schutzzweckregelung in § 1 UWG-E keine andere Bewertung möglich. Eine ausdrückliche Regelung, dass das UWG die Ansprüche abschließend regelt, ist demgegenüber nicht vorzugswürdig. Nach dem Vorschlag des Bundesrates wäre die Auslegung möglich, dass bei Verstößen gegen Strafbestimmungen des UWG, die in der Regel zugleich einen Verstoß gegen § 3 UWG darstellen, ein Schadenersatzanspruch ebenfalls nicht gegeben sei. Dies ist jedoch nicht gewollt, da insoweit die zivilrechtlichen Folgen gerade nicht abschließend geregelt sind.

Zu Nummer 23 – zu § 10 UWG

Die Bundesregierung und der Bundesrat stimmen darin überein, dass eine Gewinnabschöpfung bei qualifizierten Wettbewerbsverstößen grundsätzlich geeignet ist, auf wirksame Weise Rechtsverletzungen zu unterbinden, wenn die Rechtsdurchsetzung durch eine Vielzahl von Geschädigten wegen jeweils geringer Schadensbeträge praktisch ausscheidet. Die Bundesregierung teilt aber nicht die Auffassung des Bundesrates, dass § 10 UWG-E in der vorgeschlagenen Fassung nicht praktikabel sei.

Ein Gewinnabschöpfungsanspruch setzt aus Sicht der Bundesregierung zwangsläufig eine konkrete Feststellung des Gewinns im Rahmen von § 287 ZPO voraus. Als Alternative dazu kommt nur in Betracht, den Anspruch zu pauschalieren oder die Bemessung der Höhe in das freie Ermessen des Gerichts zu stellen. Hierbei besteht jedoch die Gefahr, dass der Zuwi-

derhandelnde über den erzielten Gewinn hinaus belastet wird. Dies würde rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechen. Deshalb ist der gewählte Ansatz vorzuziehen.

Das Verfahren der Gewinnermittlung ist auch im Streitfall durchaus praktikabel. Schon nach derzeit geltendem Recht wird eine Gewinnermittlung in einzelnen Fällen in der Praxis durchgeführt. So stellt etwa der Verletzererfolg eine Möglichkeit der Berechnung des Schadenersatzanspruchs aufgrund einer Verletzung von Marken-, Patent- und Urheberrechten dar. Auch im UWG ist diese Schadensberechnung in den Fällen des Leistungsschutzes und des Geheimnisverrats anerkannt (vgl. Köhler/Piper, UWG, 3. Auflage, § 19 Rn 1). Soweit dem Gläubiger die Grundlagen für die Berechnung des Gewinns nicht bekannt sind, hat er in der Regel gegen den Zuwiderhandelnden einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Der Befürchtung, dass hierdurch Betriebsgeheimnisse offenbart werden müssten, kann dadurch begegnet werden, dass das Gericht anordnet, dass die Auskünfte einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Person erteilt werden müssen (sogenannter Wirtschaftsprüfervorbehalt, vgl. Baumbach/Hefermehl, aaO, Einl UWG Rn 404). Aufgrund dieser Auskunft kann dann im Einzelfall der Gewinn berechnet werden. Es bestehen bei der Gewinnermittlung demnach keine Schwierigkeiten, die nicht auch bei einer Vielzahl anderer Ansprüche entstehen könnten.

Die vom Bundesrat kritisierte Begrenzung des Anspruchs auf Fälle, in denen auf Kosten der Abnehmer etwas erlangt wurde, ist notwendig, da nur solche Fälle erfasst werden sollen, in denen die Abnehmer übervorteilt wurden. Dies ist in vielen Fällen relativ eindeutig zu bestimmen. Wenn etwa ein Unternehmer zur Wahl einer 0190-Nummer auffordert und dafür eine Leistung verspricht, die dann nicht erbracht wird, so hat er in der Regel den gesamten Gewinn auf Kosten der Abnehmer erzielt.

Soweit der Zuwiderhandelnde auf Grund der Zuwiderhandlung Leistungen an Dritte erbracht hat, schmälern sie seinen Gewinn. Daher ist eine Anrechnung geboten. Die Anrechnung eventueller Strafen ist geboten, weil der Präventionszweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs, dass sich unlauteres Verhalten nicht lohnen darf, in diesen Fällen bereits durch die Kriminalstrafe erreicht ist. Die Rückerstattungsansprüche sind erforderlich, da nur so die Fallkonstellation erfasst werden kann, dass der Zuwiderhandelnde nachträglich anrechenbare Leistungen erbringt. Es ist nicht ersichtlich, dass hierdurch die Gerichte über Gebühr belastet würden.

Durch die in § 10 Abs. 4 UWG-E begründete Pflicht, den abgeschöpften Gewinn an eine staatliche Stelle herauszugeben, soll vermieden werden, dass der Anspruch aus dem letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus geltend gemacht wird. Die vom Bun-

desrat kritisierte Regelung soll gerade auch das vom Bundesrat verfolgte Ziel erreichen, dass die Gerichte nicht mit einer Vielzahl unnötiger Prozesse belastet werden. Ein finanzieller Anreiz für die klagebefugten Verbände erscheint auch nicht notwendig, da diese von ihrer Klagebefugnis nach dem UWG in der Vergangenheit ausreichend Gebrauch gemacht haben, obwohl ein Verband auch bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen keinerlei finanziellen Anreiz hat.

Zu Nummer 24 – zu § 11 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag mit der Maßgabe zu, § 11 wie folgt zu fassen:

„(1) Die Ansprüche aus den §§ 8, 9 und 12 Abs.1 Satz 2 verjähren in sechs Monaten.

(2) – (4) entsprechend der Bundesratsstellungnahme“

Der Vorschlag des Bundesrats, auch sonstige damit in einem unmittelbaren Zusammenhang stehende Ansprüche zu erfassen, ist ungenau und viel zu weitgehend. Es würden dann auch konkurrierende Ansprüche aus den §§ 824 und 826 BGB oder aus Vertragsstrafeversprechen in der kurzen Frist verjähren. Dies stünde im Widerspruch zur bisher ganz herrschenden Meinung (vgl. etwa BGH GRUR 1977, 539 ff.; BGHZ 130, 228 ff.). Die Bundesregierung stimmt jedoch mit dem Bundesrat darin überein, dass der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten der kurzen Verjährungsfrist unterliegen sollte. Daher wird vorgeschlagen, diesen Anspruch ausdrücklich in die Aufzählung aufzunehmen.

Der Vorschlag des Bundesrats zur Regelung der Verjährung der Unterlassungsansprüche in Absatz 5 ist überflüssig und wird daher von der Bundesregierung abgelehnt. Der Verletzungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG-E entsteht ohnehin erst mit der Zuwiderhandlung. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung „tritt an die Stelle der Entstehung“ läuft daher ins Leere. Beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG-E passt die Formulierung von vornherein nicht, weil es dort eine Zuwiderhandlung, an die man anknüpfen könnte, nicht gibt. Dementsprechend ist es vorzugswürdig, wenn sich auch beim Unterlassungsanspruch der Beginn der Verjährung nach § 11 Abs. 2 UWG-E in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Fassung ergibt.

Zu Nummer 25 – zu § 12 Abs. 3 Satz 4 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Die Abweichung von dem Grundsatz, dass alle Endurteile mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, ist im vorliegenden Fall gerechtfertigt. Aus der Veröffentlichung eines Urteils können sich erhebliche Nachteile für die unterliegende Partei ergeben. Der Öffentlichkeit wird zur Kenntnis gebracht, dass der Unternehmer gegen die Regeln des Wettbewerbs verstoßen hat. Dies kann den Ruf eines Unternehmers erheblich belasten. Dies ist dann nicht gerechtfertigt, wenn sich die erstinstanzliche Entscheidung nachträglich als falsch herausstellt und aufgehoben wird. Selbst durch die Bekanntgabe der Aufhebung ließe sich erfahrungsgemäß die Meinung in der Öffentlichkeit nicht mehr grundlegend ändern. Demgegenüber ist es dem Kläger in der Regel zuzumuten, mit der Veröffentlichung bis zur Rechtskraft des Urteils abzuwarten.

Zu Nummer 26 – zu § 13 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 27 – zu § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 28 – zu § 15 Abs. 2, Abs. 8 Satz 3 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 29 – zu § 15 Abs. 2 Satz 4 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Zu Recht geht der Bundesrat davon aus, dass die jährliche Aufstellung der Liste der Beisitzer der Einigungsstelle mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Allerdings würde man bei

einer Verlängerung des Zeitraumes auf vier Jahre den Kreis der Personen, die zu einer solchen Tätigkeit bereit sind, erheblich verkleinern und so die Gewinnung von Beisitzern erschweren. Dies gilt vor allem deshalb, weil die Einigungsstellen insbesondere mit sachverständigen Unternehmern zu besetzen sind. Gerade dieser Personenkreis ist jedoch ohnehin schon zeitlich stark belastet, so dass die Bereitschaft, sich für vier Jahre zu binden, nicht sehr ausgeprägt sein dürfte.

Zu Nummer 30 – zu § 15 Abs. 2 Satz 6 – neu –, 7 – neu – UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 31 – zu § 15 Abs. 3 Satz 2 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 32 – zu § 15 Abs. 4a – neu –, 10 Abs. 1 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Entsprechend der bisherigen Regelung in § 27a UWG sollte der Absatz jedoch nicht als Absatz 4a, sondern als Absatz 5 gekennzeichnet werden. Die in der Entwurfsfassung geregelten Absätze 5 bis 10 würden dann die Absätze 6 bis 11.

Zu Nummer 33 – zu § 15 Abs. 10 Satz 1 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 34 – zu § 21a – neu – UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Das Verfahrensrecht erfährt keine so wesentlichen Änderungen, dass eine Übergangsvorschrift notwendig wäre.

Zu Nummer 35 – zu § 22 UWG

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.

Durch den Gesetzentwurf erfolgt eine Liberalisierung des Lauterkeitsrechts. Es werden neue Spielräume für die Unternehmer geschaffen. Mit Blick auf die derzeitige wirtschaftliche Lage des Handels ist es wünschenswert, dass der Handel möglichst schnell von diesen Spielräumen Gebrauch machen kann. Daher ist ein Hinausschieben des Inkrafttretens nicht wünschenswert. Belastungen für die Wirtschaft entstehen dadurch nicht. Nachdem durch den Gesetzentwurf eine Liberalisierung erfolgt, muss derjenige, der sich zunächst noch an die bisherigen Regeln hält, nicht befürchten, dass er künftig gegen geltendes Recht verstößt.

Zu Nummer 36 – zu § 22 UWG

Die Bundesregierung hält Übergangsvorschriften nicht für notwendig. Die vom Bundesrat aufgeworfenen Fragen sind nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu lösen. Danach ist im Streitfall die Rechtslage zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung maßgeblich. Eine zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes anhängige Klage wegen Verstoßes gegen § 7 UWG wird danach unbegründet. Dies ist auch sachgerecht, da ansonsten eine Verurteilung wegen einer wettbewerbsrechtlich nicht mehr sanktionierten Verhaltensweise erfolgen müsste. Die Interessen des Klägers sind dadurch ausreichend geschützt, dass der Beklagte für den Fall, dass die Klage zunächst begründet war, die Kosten tragen muss.

Entgegen der Auffassung des Bundesrates können bei einem Unterlassungstitel die Änderungen der Rechtslage durch die Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht werden. Die Rechtsänderung ist zwar grundsätzlich keine zulässige Einwendung im Sinne von § 767 ZPO, jedoch gilt etwas anderes für Unterlassungstitel (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 22. Auflage, § 767 Rn 12).

In Bezug auf den Gewinnabschöpfungsanspruch ist festzuhalten, dass eine Rechtsfolge, die zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung noch nicht in Kraft war, nicht anwendbar ist.

Redaktionelle Hinweise:

Ergänzend werden noch folgende redaktionelle Hinweise aufgegriffen:

Zu § 2 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 UWG

In § 2 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 UWG-E ist das Wort „Nachrichten“ durch das Wort „Nachricht“ zu ersetzen.

Zu § 15 Abs. 10 Satz 2 UWG

In § 15 Abs. 10 Satz 2 UWG-E ist die Angabe „Satz 1“ durch die Angabe „Satz 2“ zu ersetzen.

Zu § 19 Abs. 2 UWG

In § 19 Abs. 2 UWG-E ist die Angabe „§ 17 und § 18“ durch die Angabe „§ 17 oder § 18“ zu ersetzen.

Zu § 20 Abs. 4 Nr. 1 UWG

In § 20 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E ist das Wort „Unternehmen“ durch das Wort „Unternehmern“ zu ersetzen.