Deutscher Bundestag **Drucksache 14/2959**

14. Wahlperiode 20. 03. 2000

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften

A. Zielsetzung

Die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende W erbung zwecks Einbeziehung der ver gleichenden Werbung (ABl. EG Nr . L 290 S. 18) ist nach ihrem Artikel 3 Abs. 1 bis zum Ablauf des 23. April 2000 in deutsches Recht umzusetzen. Sie sieht vor , dass ver gleichende Werbung unter bestimmten, in der Richtlinie im Einzelnen festgelegten Bedingungen zulässig ist. Bislang ist die ver gleichende Werbung im deutschen Recht nicht ausdrücklich geregelt. Sie wurde jedoch vor der V erabschiedung der Richtlinie von der Rechtsprechung in den meisten Fällen als wettbewerbswidrig angesehen.

B. Lösung

Die Richtlinie soll durch Er gänzung des Gesetzes gegen den unlauteren W ettbewerb (UWG) umgesetzt werden. Außerdem sollen Empfehlungen der „Arbeitsgruppe Überprüfung des W ettbewerbsrechts“ durch weitere Änderungen des UWG vollzogen werden. Die Liberalisierung der vergleichenden W erbung macht im Übrigen eine Änderung des Heilmittelwerbegesetzes erforderlich.

C. Alternativen

Keine

D. Kosten der öffentlichen Haushalte

1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand

Keine

2. Vollzugsaufwand

Keiner

E. Sonstige Kosten

Die vorgeschlagenen Regelungen führen zu einer Liberalisierung des W ettbewerbsrechts. Sonstige Kosten für die werbetreibenden Unternehmen und damit verbundene Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind unter diesen Umständen nicht zu erwarten.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
022 (422) – 680 13 – We 65/00

Berlin, den 20. März 2000

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik

11011 Berlin

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes zur vergleichenden W erbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften

mit Begründung und Vorblatt.

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Gesetzentwurf ist dem Bundesrat am 25. Februar 2000 als besonders eilbedürftig zugeleitet worden.

Die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf sowie die Auf fassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates werden unverzüglich nachgereicht.

Gerhard Schröder

Entwurf eines Gesetzes zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften[1)]

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 43-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474) wird wie folgt geändert:

1. § 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

„§ 2

(1) Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

(2) Vergleichende Werbung verstößt gegen die guten Sitten im Sinne von § 1, wenn der Vergleich

1. sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht;
2. nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist;
3. im geschäftlichen Verkehr zu Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt;
4. die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt;
5. die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder
6. eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.

(3) Bezieht sich der Vergleich auf ein Angebot mit einem besonderen Preis oder anderen besonderen Bedingungen, so sind der Zeitpunkt des Endes des Angebots und, wenn dieses noch nicht gilt, der Zeitpunkt des Beginns des Angebots eindeutig anzugeben. Gilt das Angebot nur so lange, wie die Waren oder Dienstleistungen verfügbar sind, so ist darauf hinzuweisen.“

2. Dem § 3 wird folgender Satz angefügt:

„Angaben über geschäftliche Verhältnisse im Sinne des Satzes 1 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung.“

3. Dem § 4 Abs. 1 Satz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Angaben über geschäftliche Verhältnisse im Sinne des Satzes 1 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung.“

4. In § 6c werden nach dem Wort „ihnen“ die Wörter „durch den Veranlasser selbst oder durch Dritte“ eingefügt.

5. § 7 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Wer Verkaufsveranstaltungen im Einzelhandel, die außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs stattfinden und der Beschleunigung des Warenabsatzes dienen, ankündigt oder durchführt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn nach dem Inhalt der Ankündigung oder nach der Art der Durchführung besondere Kaufvorteile in Aussicht gestellt werden.“

6. § 8 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Räumungsverkäufe sind bei der zuständigen amtlichen Berufsvertretung von Handel, Handwerk und Industrie anzuzeigen. Die Anzeige muss enthalten:

1. den Grund des Räumungsverkaufs,
2. den Beginn und das Ende sowie den Ort des Räumungsverkaufs,
3. ein Verzeichnis der zu räumenden Waren, aus dem Art, Beschaffenheit und Menge sowie die bisherigen Verkaufspreise hervorgehen,
4. im Falle eines Räumungsverkaufs nach Absatz 1 Nr. 2 die Bezeichnung der Verkaufsfläche, die von der Baumaßnahme betroffen ist, wobei eine Bestätigung der Baubehörde über die Zulässigkeit des Bauvorhabens beizufügen ist,
5. im Falle eines Räumungsverkaufs nach Absatz 2 die Dauer der Führung des Geschäftsbetriebs.

Die Berufsvertretung kann innerhalb von drei Werktagen nach Eingang der Anzeige Belege für die den Grund des Räumungsverkaufs bildenden Tatsachen, über die Herkunft und den Einkaufspreis der zu räumenden Waren, Inventurlisten sowie Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten drei Jahre anfordern. Räumungsverkäufe nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 dürfen frühestens

[1)] Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (ABl. EG Nr. L 290 S. 18 vom 23.10.97) sowie des Artikels 5 Buchstabe b der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. EG Nr. L 113 S. 13 vom 30. 04. 1992).

eine Woche, Räumungsverkäufe nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 und nach Absatz 2 frühestens zwei Wochen, nachdem sämtliche in den Sätzen 2 und 3 genannten Angaben und Unterlagen vollständig vorliegen, angekündigt werden. Die einwöchige Frist kann von der Berufsvertretung angemessen abgekürzt werden, wenn die Einhaltung dieser Frist eine unbillige, auf andere Weise nicht abwendbare Härte für den Veranstalter bedeuten würde."

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 wird das Wort „Vertrauensmänner" durch das Wort „Vertrauenspersonen" ersetzt.

bb) In Satz 3 wird das Wort „Akten" durch das Wort „Anzeige" ersetzt.

cc) Nach Satz 3 wird folgender Satz angefügt:

„Die Berufsvertretung kann den in § 13 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 genannten Gewerbetreibenden, Verbänden und Kammern unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses Auskunft aus den Unterlagen nach Absatz 3 Satz 3 erteilen."

7. In § 24 Abs. 2 Satz 2 werden die Wörter „keinen Wohnsitz" durch die Wörter „weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen Wohnsitz" ersetzt.

Artikel 2

Änderung des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens

Dem § 11 des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3068), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 7. September 1998 (BGBl. I S. 2649) geändert worden ist, wird folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel zur Anwendung bei Menschen nicht mit Angaben geworben werden, die nahe legen, dass die Wirkung des Arzneimittels einem anderen Arzneimittel oder einer anderen Behandlung entspricht oder überlegen ist."

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Ziel des Gesetzes

Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende W erbung zwecks Einbeziehung der ver - gleichenden W erbung (ABl. EG Nr . L 290 S. 18 vom 23.10.97) durch Aufnahme eines neuen § 2 in das Gesetz gegen den unlauteren W ettbewerb (UWG) sowie durch Folgeänderungen, darunter eine Er gänzung des § 11 des Gesetzes über die W erbung auf dem Gebiete des Heilwesens durch Artikel 3.

Umsetzungsfrist ist der 23. April 2000.

Eingefügt sind außerdem Änderungen und Klarstellungen im UWG, die auf Empfehlungen der vom Bundesministerium der Justiz im Jahre 1995 eingesetzten „Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wettbewerbsrechts“ zurückgehen.

Kosten für die öf fentlichen Haushalte entstehen nicht. Die vorgeschlagenen Regelungen führen zu einer Liberalisierung des W ettbewerbsrechts. Sonstige Kosten für die wer - betreibenden Unternehmen und damit verbundene Auswir - kungen auf das Preisniveau, insbesondere das V erbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

I. Grundzüge der Richtlinie

Bislang war ver gleichende W erbung im deutschen Recht nicht ausdrücklich geregelt. Die Rechtsprechung beurteilte die verschiedenen Formen ver gleichender Werbung – kritisierende, anlehnende und persönliche ver gleichende W erbung – nach § 1 UWG und hielt sie für grundsätzlich unzulässig. V ergleichende W erbung war danach nur unter bestimmten, einschränkenden Bedingungen ausnahmsweise zulässig. Mit seinen Urteilen vom 5. Februar 1998 (I ZR 211/95 „Testpreis-Angebot“), vom 23. April 1998 (I ZR 2/96 „Preisver gleichsliste II“) und vom 15. Oktober 1998 (I ZR 69/96 „Vergleichen Sie“) hat der BGH diese Rechtsprechung aufgegeben und erklärt, nunmehr im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG die materiellen Bestimmungen der Richtlinie anwenden zu wollen.

Die Änderungsrichtlinie fügt der Definition der „ erbung“ und der „irreführenden Werbung“ in Artikel 2 der Richtlinie über die irreführende W erbung eine Definition der „ve - gleichenden W erbung“ hinzu. In einem neuen Artikel 3a werden die Bedingungen für die Zulässigkeit des Werbevergleichs aufgestellt. In dem neugefassten Artikel 7 wird in Absatz 2 klargestellt, dass die Mitgliedstaaten nicht weiter - reichende und damit restriktivere Schutzvorschriften erlassen dürfen.

Hingegen regelt die Richtlinie nicht ausdrücklich, ob es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, ver gleichende W erbung noch weitgehender zuzulassen, als in der Richtlinie vor gesehen. Aus Wortlaut und Sinn der Richtlinienbestimmungen ergibt sich jedoch, dass abschließend die V oraussetzungen für vergleichende Werbung festgelegt werden sollen: Zweck der Richtlinie ist primär die Harmonisierung des Rechts der vergleichenden Werbung in Europa (Erwägungsgründe 2, 3, 7). Das Anliegen der Liberalisierung ist dagegen im Laufe der Entstehungsgeschichte der Richtlinie in den Hinter - grund getreten. Die Richtlinie beschränkt sich deshalb nicht darauf festzulegen, welche W erbevergleiche auf jeden Fall zugelassen werden müssen. Sie beansprucht vielmehr , die Zulässigkeitskriterien abschließend festzulegen. Nach Artikel 1 bezweckt die Richtlinie u. a. „die Festlegung der Bedingungen für zulässige ver gleichende W erbung“ (so auch Erwägungsgründe 7 und 18). Diese Bedingungen sollen „kumulativ sein und uneingeschränkt eingehalten werden“ (Erwägungsgrund 11).

II. Erforderlichkeit einer Umsetzung durch Gesetz

Die Richtlinie 84/450/EWG über irreführende W erbung stellte lediglich Mindestanforderungen auf, über die das damals geltende deutsche Recht bereits hinausging. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 84/450/EWG konnte daher auf eine ausdrückliche Umsetzung mit der Begründung verzichtet werden, dass § 3 UWG in V erbindung mit der dazu ergangenen Rechtsprechung schärfere Maßstäbe aufstelle als die Richtlinie und damit bereits richtlinienkonform sei. Das ist von der Kommission und – implizit – auch vom EuGH gebilligt worden.

Ein solches V orgehen kommt – entgegen anderslautender Auffassungen in der Literatur – hinsichtlich der nun umzusetzenden Richtlinie 97/55/EG nicht in Betracht:

Nach der Rechtsprechung des EuGH (z. B. Urteil vom 30. Mai 1991, Rechtssache C-361/88 Kommission/Bundesrepublik Deutschland Slg. I 2567, 2596) ist es zwar nicht erforderlich, dass jede Richtlinienbestimmung förmlich und wörtlich in einer eigenen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden muss. Ein allgemeiner rechtlicher Rahmen, selbst eine Generalklausel, kann ausreichen, wenn er tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet. Insoweit kommt es auf die V orgaben der Richtlinie an. Die Umsetzung muss so bestimmt, klar und transparent sein, dass der einzelne Bür ger wissen kann, welche Rechte und Pflichten er hat. Je detaillierter die Richtlinienvo gaben sind, desto weniger Spielraum bleibt für die Umsetzung und Einpassung in das einzelstaatliche Recht.

Anders als die Richtlinie 84/450/EWG beschränkt sich die Richtlinie 97/55/EG nicht auf eine Mindestharmonisierung, über die die nationalen Rechtsordnungen hinausgehen könnten. Sie legt in Artikel 3a detailliert fest, unter welchen Voraussetzungen ver gleichende W erbung zugelassen wer - den darf und muss. Im Übrigen lässt die Richtlinie 97/55/EG den Mitgliedstaaten (anders als die Richtlinie 84/450/EWG) kaum einen Umsetzungsspielraum, sondern bezweckt ausweislich ihres Artikels 1 „die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung“.

III. Umsetzungsbedarf der einzelnen Bestimmungen

Umsetzungsbedürftig sind nur solche Richtlinienbestimmungen, die einen die Mitgliedstaaten bindenden rechtlichen Gehalt haben. Da Artikel 2 der Änderungsrichtlinie nur einen Auftrag an die Kommission enthält und Artikel 3 die Umsetzungsfrist bestimmt, sind umsetzungsbedürftige Vorschriften nur in Artikel 1 der Änderungsrichtlinie enthalten.

Im Einzelnen gilt für die Richtlinie in ihrer konsolidierten Fassung nach Vollzug der Änderungsbefehle:

1. Artikel 1

Artikel 1 enthält lediglich eine Aussage über den Zweck der Richtlinie und ist nicht umsetzungsbedürftig.

2. Artikel 2 Nr. 2a

Artikel 2 Nr. 2a enthält eine Definition der vergleichenden Werbung als Unterfall der Werbung und umreißt damit den sachlichen Anwendungsbereich. Diese Vorschrift ist umsetzungsbedürftig.

3. Artikel 3a

Artikel 3a enthält in Absatz 1 den Kriterienkatalog für zulässige vergleichende Werbung und in Absatz 2 eine Spezialbestimmung für Sonderangebote. Beide Bestimmungen sind grundsätzlich umsetzungsbedürftig. Im Detail bestehen allerdings Auslegungsspielräume, die bei der Umsetzung genutzt werden können.

Da die Richtlinie eine abschließende Regelung trifft, sind die in Artikel 3a aufgeführten Kriterien sowohl hinreichende als auch notwendige Bedingungen für die Zulässigkeit dieser Werbeformen.

a) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe a

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe a verbietet irreführende vergleichende Werbung und bezieht sich dabei auf die bisherigen Vorgaben der Irreführungsrichtlinie (Artikel 2 Nr. 2, Artikel 3, Artikel 7 Abs. 1). Artikel 7 Abs. 1 gibt nur einen Mindeststandard vor. Auch bei der Beurteilung vergleichender Werbung können die Mitgliedstaaten daher einen weitergehenden Irreführungsschutz gewähren, als in der Richtlinie vorgesehen.

Dem steht auch Artikel 7 Abs. 2 der Richtlinie nicht entgegen. Nach Artikel 7 Abs. 2 gilt Artikel 7 Abs. 1 „nicht für vergleichende Werbung, soweit es sich um den Vergleich handelt“. Die Vorschrift hat lediglich den Sinn, klarzustellen, dass schärfere Vorschriften nur für das Element der Irreführung zulässig sind, nicht aber für die übrigen Vergleichskriterien des Artikels 3a Abs. 1.

In der Literatur wird allerdings die Ansicht vertreten, Artikel 7 Abs. 2 verpflichte die Mitgliedstaaten, den Irreführungsmaßstab der Richtlinie – und nicht bestehende strengere Maßstäbe, wie den des § 3 UWG – für die Beurteilung des Ergebnisses eines Werbevergleichs anzulegen (so u. a. Tilmann in GRUR 1997, 790, 796). Dies hätte jedoch zur Konsequenz, dass im Rahmen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nebeneinander zwei Irreführungsmaßstäbe anzuwenden wären. Dies würde zu unerwünschten Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheit führen. Aus einer Erklärung der Europäischen Kommission anlässlich der Ratssitzung vom 9. November 1995 (SN/281/95) ergibt sich im Übrigen, dass auf der Grundlage von Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie im Hinblick auf irreführende Elemente eines Werbevergleichs strengere nationale Vorschriften unangetastet bleiben sollen.

Das allgemeine Irreführungsverbot ist in § 3 UWG verankert. Die Bestimmung findet auch auf vergleichende Werbung Anwendung. Soweit die vergleichende Werbung irreführende Aussagen über die geschäftlichen Verhältnisse des Vergleichspartners oder das Ergebnis eines Werbevergleichs enthält, wird von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur allerdings bislang § 1 UWG herangezogen (vgl. BGH GRUR 1967, 596, 597 – Kuppelmuffenverbindung, BGH WRP 86, 654 – Dachsteinwerbung; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 21. Aufl., § 3 Rn. 4; Tilmann a.a.O. S. 793; a.A. Köhler/Piper UWG § 3 Rn. 146; Großkomm./Lindacher § 3 Rn. 292).

Mit dem neuen Satz 2 des § 3 soll klargestellt werden, dass alle irreführenden Angaben im Rahmen vergleichender Werbung untersagt werden, womit zugleich Artikel 3a Abs.1 Buchstabe a der Richtlinie umgesetzt wird.

b) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe b

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe b bestimmt, dass nur Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung verglichen werden dürfen. Gemeint ist damit, wie der 2. Erwägungsgrund der Richtlinie nahe legt, dass die verglichenen Produkte „vergleichbar“ sein müssen. Zugleich wird dadurch der Vergleich auf im Wettbewerb stehende Produkte beschränkt. Diese Beschränkung steht im Einklang mit dem UWG, das grundsätzlich ein Wettbewerbsverhältnis voraussetzt. In Bezug auf die Einzelheiten besteht Umsetzungsbedarf.

c) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe c

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe c legt fest, was miteinander verglichen werden darf und welche Modalitäten dabei einzuhalten sind. Die Vorschrift ist umsetzungsbedürftig.

d) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe d

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe d verbietet die „Verursachung von Verwechslungen“. Das entspricht nur teilweise den in § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 14 Abs. 2 Nr. 2 und § 15 Abs. 2 Markengesetz geregelten Fällen der Verwechslungsgefahr bei der Benutzung von Kennzeichen. Auf eine Umsetzung kann aus folgenden Gründen nicht verzichtet werden:

Das Markengesetz erfasst nur den kennzeichenmäßigen Gebrauch von Marken. Die vergleichende Werbung zählt in der Regel nicht dazu. Nach der Begründung zum Markengesetz (Bundestagsdrucksache 12/6581, S. 75, Sp. 2, vgl. auch S. 61) stellt „die Verwendung der Marke eines Konkurrenten in vergleichender Werbung ... in aller Regel keine Markenverletzung dar, weil ... üblicherweise die Marke nicht für die eigenen Waren oder Dienstleistungen des Werbenden, sondern als Bezugnahme auf die des Konkurrenten (dem die Marke gehört) benutzt wird.“

e) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe e

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe e verbietet Herabsetzungen und Verunglimpfungen von Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen und Verhältnissen eines Mitbewerbers. Soweit Marken und andere Kennzeichen betroffen sind, greift diese Vorschrift den Schutzgedanken der § 9 Abs. 1 Nr. 3, 2. Var., § 14 Abs. 2 Nr. 3, 2. Var. und § 15 Abs. 3, 2. Var. Markengesetz auf. Sie geht jedoch insofern darüber hinaus, als sie – anders als die genannten Vorschriften – nicht nur bekannte Marken gegen die unlautere Benutzung von ähnlichen Kennzeichen schützt. Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe e ist deshalb umsetzungsbedürftig.

f) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe f

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe f ist nicht umsetzungsbedürftig.

Die Kommission, der Juristische Dienst des Rates und die Mehrheit der Mitgliedstaaten haben bei der Verabschiedung des Gemeinsamen Standpunkts im Rat die Auffassung vertreten, dass Buchstabe f nicht über die Regelung in Artikel 13 der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl. EG Nr. L 208 S.1 vom 24.7.92) hinausgehe. Artikel 13 der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 ist aber ohnehin bereits unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht. Deswegen hat Deutschland zusammen mit Dänemark, Finnland, den Niederlanden, Österreich und Schweden zur Klarstellung eine Protokollerklärung des Inhalts abgegeben, dass Buchstabe f neben bereits geltendem EG-Recht keine eigenständige Bedeutung habe.

g) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe g

Die Vorschrift trägt dem Schutzgedanken der § 9 Abs. 1 Nr. 3, 2. Var., § 14 Abs. 2 Nr. 3, 2. Var. und § 15 Abs. 3, 2. Var. Markengesetz Rechnung, allerdings ohne Beschränkung auf bekannte Kennzeichen, sowie dem des § 127 Abs. 3 Markengesetz (wobei Buchstabe g auch geographische Herkunftsangaben ohne einen besonderen Ruf erfasst) und des Artikels 13 Abs. 1 Buchstabe a der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92. Da die Reichweite der Richtlinienregelung nicht in vollem Umfang mit markenrechtlichen Regelungen beziehungsweise der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 übereinstimmt, sondern im Hinblick auf die wettbewerbswidrige Rufausbeutung darüber hinausgeht, besteht Umsetzungsbedarf.

h) Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe h

Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe h betrifft Fälle, in denen ein Produkt in der Werbung als „Imitation oder Nachahmung“ eines Markenproduktes herausgestellt wird, ohne selbst mit dieser Marke gekennzeichnet zu sein. Soweit diese Fallgruppe nicht bereits als unlautere Anlehnung durch die Buchstaben a, d, e und g erfasst ist, ist sie umsetzungsbedürftig.

i) Artikel 3a Abs. 2

Artikel 3a Abs. 2 begründet Aufklärungspflichten, falls da vom Werbenden angebotene und in den Vergleich einbezogene Produkt nur unter besonderen Bedingungen verfügbar ist.

Der Regelungsgehalt dieser Bestimmung geht im Grundsatz nicht über das Irreführungsverbot in § 3 UWG in der Auslegung der deutschen Rechtsprechung hinaus. Da jedoch ausdrücklich spezifische Pflichten begründet werden, - folgt die Umsetzung durch eine entsprechende Regelung.

4. Artikel 4 Abs. 1 Unterabsätze 1 und 2

Artikel 4 Abs. 1 Unterabsätze 1 und 2 richtet sich ausschließlich an die Mitgliedstaaten und verpflichtet sie, geeignete Möglichkeiten zur Gewährleistung der Einhaltung der Bestimmungen über die vergleichende Werbung zu schaffen. „Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse am Verbot irreführender Werbung oder an der Regelung vergleichender Werbung haben“ müssen vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden gegen Verletzungen der Vorschriften über die vergleichende Werbung vorgehen können. Da es ausdrücklich dem nationalen Recht vorbehalten bleibt, den Kreis der Personen und Organisationen zu bestimmen, die ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der Bestimmungen über die vergleichende Werbung haben, genügt die in § 13 UWG vorgesehene zivilrechtliche Form der Rechtsdurchsetzung diesen Anforderungen. Wird bei einem Werbevergleich der Kriterienkatalog des § 2 Abs. 2 UWG missachtet, liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG vor; § 13 Abs. 2 UWG ist somit unmittelbar anwendbar. Insofern besteht kein Umsetzungsbedarf.

5. Artikel 4 Abs. 2

Artikel 4 Abs. 2 betrifft ebenfalls die verfahrensmäßige Durchsetzung der materiellen Richtlinienbestimmungen. Das deutsche Recht genügt den genannten Anforderungen bereits. Die deutschen Gerichte haben die im 1. Unterabsatz vorgesehene Befugnis, schadens- und verschuldensunabhängige Unterlassungsverfügungen zu erlassen (§§ 1, 13 UWG). Sie haben auch die Möglichkeit, dies mit einstweiliger Wirkung in einem beschleunigten Verfahren zu tun, wie dies Artikel 4 Abs. 2 2. Unterabsatz schon bisher verlangt hat (§§ 935, 940 ZPO, § 25 UWG). Die Bestimmung ist daher nicht umsetzungsbedürftig. Im deutschen Recht gewährt § 1 UWG einen Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen die guten Sitten. Dieser Verstoß liegt bei Missachtung des Kriterienkatalogs des § 2 Abs. 2 UWG vor.

Ein Schadensersatzanspruch wird von der Richtlinie nicht gefordert. Er er gibt sich jedoch wiederum unmittelbar aus § 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 UWG.

Artikel 4 Abs. 2 Unterabsatz 3 ist eine „Kann-Vorschrift“ und begründet daher keine Verpflichtung, die in dieser Bestimmung vorgesehenen Befugnisse in das nationale Recht zu übernehmen. Unabhängig davon ist die Befugnis zur Veröffentlichung des verfügenden Teils eines Urteils in § 23 Abs. 2 und 3 UWG schon geregelt.

6. Artikel 5

Artikel 5 enthält lediglich eine „Kann-Vorschrift“ über die freiwillige Selbstkontrolle. Das deutsche Recht schließt die freiwillige Selbstkontrolle nicht aus. Artikel 5 ist daher nicht umsetzungsbedürftig.

7. Artikel 6 Buchstabe a

Artikel 6 Buchstabe a knüpft an die schon in der Richtlinie 84/450/EWG enthaltene Bestimmung an, wonach verlangt werden kann, dass der Werbende den Beweis für die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen erbringt, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung seiner berechtigten Interessen und der anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalles angemessen erscheint. Diese Regelung ist nun um die Möglichkeit erganzt worden, im Falle vergleichender Werbung die betreffenden Beweismittel von dem Werbenden kurzfristig verlangen zu können.

Die Vorschrift enthält keine generelle Beweislastumkehr, sondern nur eine nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu beurteilende und einzelfallbezogene Lockerung der Beweisanforderungen, der das deutsche Recht bereits Rechnung trägt.

Zwar trägt im Wettbewerbsprozess der Kläger grundsätzlich die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, was nun auch für die vergleichende Werbung gilt. Da diese in Deutschland jetzt grundsätzlich zulässig ist, muss ein Kläger, der sich gegen einen Werbevergleich wendet, nicht nur nachweisen, dass es sich um einen Fall vergleichender Werbung handelt, sondern auch, dass eines der Verbotskriterien erfüllt ist, womit ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG vorliegt.

Das gilt jedoch nicht für solche Tatsachen, die der außerhalb des Geschehensablaufs stehende Kläger nicht oder nur unter größten Schwierigkeiten im Einzelnen darlegen oder beweisen kann, während es umgekehrt dem Beklagten möglich und nach § 242 BGB auch zumutbar ist, die erforderliche Aufklärung zu geben (vgl. BGH NJW 1961, 826 – Pressedienst; BGH GRUR 1997, 229, 230 – Beratungskompetenz). Erklärt sich der Beklagte zu den schlüssig vorgetragenen Tatsachenbehauptungen des Klägers nicht, so kann das Gericht diese nach § 138 Abs. 3 ZPO für zugestanden halten.

Diese aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Beweiserleichterung zu Gunsten des Klägers findet nicht nur im eigentlichen Erkenntnisverfahren, sondern auch im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung (vgl. dazu Ulrich GRUR 1985, 201, 206). Das deutsche Recht bietet damit dem Gericht unter den vorgenannten Voraussetzungen die Möglichkeit, von dem Beklagten „kurzfristig" Beweise für die in seiner Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen.

Eine Gesetzesänderung zur Umsetzung der Richtlinie ist somit nicht erforderlich.

8. Artikel 7

a) Absatz 1, der die Kompetenz der Mitgliedstaaten zum Erlass weiterreichender Vorschriften klarstellt, wird jetzt ausdrücklich nur auf die irreführende Werbung bezogen. Umsetzungsbedarf besteht nicht.

b) Absatz 2 stellt klar, dass die Mitgliedstaaten bei vergleichender Werbung keinen über die Richtlinie hinausgehenden Schutz gewähren dürfen. Dies wurde bei der Umsetzung berücksichtigt.

c) Absatz 3 stellt klar, dass die produkt- und medienspezifischen Werbebeschränkungen im Gemeinschaftsrecht unberührt bleiben. Umsetzungsbedarf besteht nicht. Auch ein klarstellender Hinweis erscheint entbehrlich.

d) Absatz 4 betrifft produkt- oder medienspezifische Werbeverbote auf der Ebene der Mitgliedstaaten, unabhängig davon, ob sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben oder auf gesetzlicher Grundlage von einer berufsständischen Organisation erlassen wurden. Diese Werbeverbote werden durch das Gebot der Zulassung nicht unterlaufen. Umsetzungsbedarf besteht nicht. Auch ein klarstellender Hinweis erscheint entbehrlich.

Nach Artikel 5 Buchstabe b der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. EG Nr. L 113 S. 13 vom 30. 04. 1992) ist Werbung für ein Humanarzneimittel in der Öffentlichkeit, die nahe legt, dass die Wirkung des Arzneimittels einem anderen Arzneimittel entspricht oder überlegen ist, verboten. Somit ist die vergleichende Werbung für Humanarzneimittel eingeschränkt. Da dies dem in § 2 UWG nunmehr enthaltenen Grundsatz der Zulässigkeit vergleichender Werbung entgegensteht, ist eine Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung, auf die bislang wegen des grundsätzlichen Verbots vergleichender Werbung in Deutschland verzichtet worden ist, erforderlich.

e) Nach Absatz 5 bleiben Verbote oder Beschränkungen der Zulässigkeit von Vergleichen in der Werbung freier Berufe unberührt, unabhängig davon, ob sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben oder auf gesetzlicher Grundlage von einer berufsständischen Organisation erlassen wurden. Da die Richtlinie 97/55/EG somit lediglich die Kriterien für allgemein zulässige vergleichende Werbung festlegt und keine Auswirkungen auf berufsrechtliche Werbeverbote oder -beschränkungen der freien Berufe (z.B. Steuerberater, Ärzte oder Zahnärzte) hat, besteht weder Umsetzungsbedarf noch ist ein klarstellender Hinweis erforderlich.

9. Sanktionen

Bei Verletzungen der Bestimmungen über vergleichende Werbung sollten grundsätzlich Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche gegeben sein. Das ist im deutschen Recht durch die §§ 1, 13 UWG gewährleistet. Eine ausdrückliche Regelung ist also entbehrlich.

IV. Ergebnisse der „Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wettbewerbsrechts"

Die „Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wettbewerbsrechts" ist Anfang 1995 vom Bundesministerium der Justiz eingesetzt worden, um den Reformbedarf in Bezug auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb umfassend zu prüfen. Die Arbeitsgruppe hat am 17. Dezember 1996 einen abschließenden Bericht mit Empfehlungen vorgelegt (veröffentlicht in GRUR 1997, 201 ff.), in dem sie feststellt, dass eine grundlegende Reform des Gesetzes gegenwärtig nicht erforderlich ist. Sie empfiehlt allerdings in einzelne Punkten Korrekturen bzw. Klarstellungen, die keine eigenständige Gesetzesnovellierung rechtfertigen. Wie von der

Arbeitsgruppe selbst empfohlen, werden diese in das Gesetz zur Richtlinienumsetzung aufgenommen.

Dabei handelt es sich um die folgenden Punkte:

- Durch § 6c UWG sollen künftig auch die in der Praxis häufigen Gewinnspiele erfasst werden, bei denen di Teilnehmer die erwarteten „besonderen V orteile“ nicht vom Veranstalter selbst, sondern von Dritten (insbesondere weiteren Mitspielern) erhalten.
- Die Reichweite der Regelung in § 7 Abs. 1 UWG, wonach Sonderveranstaltungen außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs zur Beschleunigung des W arenabsatzes nicht den Eindruck besonderer Kaufvorteile erwecken dürfen, soll klargestellt werden.
- Zur Bekämpfung von Missbräuchen bei Räumungsver käufen sollen die Überwachungsmöglichkeiten der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern verbessert werden. Dazu wird u. a. vor geschlagen, einen Anspruch auf Einsicht in Geschäftspapiere und auf Nachweis der Einkaufspreise in § 8 Abs. 3 UWG einzuführen.
- § 24 Abs. 2 Satz 2 UWG, wonach Beklagte ohne inländischen Wohnsitz stets im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung verklagt werden können, soll präzisiert wer den: Durch Er gänzung des Satzes 2 wird klar gestellt, dass Beklagte gemeint sind, die weder einen inländischen Wohnsitz noch eine inländische gewerbliche Niederlassung haben.

Die „Arbeitsgruppe zur Überprüfung des W ettbewerbsrechts“ hatte außerdem empfohlen, der Zustellung eines Antrags auf einstweilige V erfügung oder einer einstweiligen Verfügung eine verjährungsunterbrechende W irkung zuzuerkennen. Grund dafür war die Beobachtung, dass bei der Bekämpfung unlauteren W ettbewerbs weitgehend das Mittel der einstweiligen V erfügung zum Einsatz kommt. Oft muss aber wegen der kurzen V erjährungsfrist (sechs Monate) die Klage in der Hauptsache nur deshalb erhoben werden, weil der Anspruch ansonsten zu verjähren droht.

Auch die „Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts“ hatte in ihrem Abschlussbericht 1992 dieses Problem benannt. Da die Er gebnisse der Schuldrechtskommission in absehbarer Zeit umgesetzt werden sollen, wird in diesem Gesetzentwurf davon abgesehen, eine nur auf das Recht des unlauteren W ettbewerbs zugeschnittene Lösung vorzuschlagen. Der Vorschlag soll vielmehr im Rahmen der Schuldrechtsreform aufgegriffen werden.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 – Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Zu Nummer 1

Die alte Fassung des § 2 UWG wird aufgehoben. Es ist seit langem unbestritten, dass die Bestimmung keinen eigenständigen Regelungsgehalt mehr hat und nicht nur überflüs sig, sondern auch missverständlich, weil unvollständig ist. An der materiellen Rechtslage ändert sich durch den W egfall der Bestimmung nichts.

§ 2 Abs. 1 – Definition

Absatz 1 lehnt sich an den Wortlaut von Artikel 2 Nr. 2a der Richtlinie an. Die Definition ist sehr weit (so auch Erwä gungsgrund 6) und erfasst jede W erbung, die (mindestens) einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen W aren oder Dienstleistungen erkennbar macht. Darunter fallen die im deutschen Recht unter die Fallgruppen der kritisierenden, anlehnenden und persönlichen ver gleichenden W erbung zusammengefassten Vergleichsformen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 1998, I ZR 211/95). Entscheidend ist, ob die Bezugnahme auf einen Mitbewerber erkennbar ist, was sich aus der Sicht der angesprochenen V erkehrskreise ergibt.

Der Richtlinientext selbst lässt allerdings of fen, wonach sich die Zulässigkeit unternehmensbezogener ver gleichender Werbung regelt. Dies ergibt sich aus der Beziehung von Artikel 2 Nr . 2a, der seinem W ortlaut nach auch unternehmensbezogene W erbevergleiche umfasst, zu Artikel 3 Buchstabe b und c. Die dort genannten Merkmale beziehen sich nämlich ausdrücklich auf den Vergleich von Waren und Dienstleistungen. Es würde jedoch am Ziel der Richtlinie vorbeigehen, daraus eine generelle Unzulässigkeit der unternehmensbezogenen Werbung abzuleiten. Die weite Defi nition der Richtlinie bezieht die unternehmensbezogene Werbung zwar mit ein, enthält aber nicht die V oraussetzungen ihrer Zulässigkeit (so auch T ilmann GRUR 1999, 546, 547). Die Zulässigkeit solcher W erbevergleiche richtet sich damit nach nationalem Recht, also nach § 1 UWG. Die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze behalten grundsätzlich ihre Gültigkeit (vgl. dazu Baumbach/Hefermehl, W ettbewerbsrecht 21. Aufl., § 1 UWG Rn. 430 ff.). Bei der Anwendung von § 1 UWG sind allerdings zukünftig auch in diesen Fällen die Zulässigkeitskriterien der Richtlinie für W aren- und Dienstleistungsver gleiche entsprechend anwendbar und heranzuziehen.

Nicht erfasst werden demgegenüber Fälle des Systemver gleichs oder der Alleinstellungswerbung, weil dabei nicht auf bestimmte, individualisierbare Mitbewerber Bezug genommen wird (“Vergleich ohne Bezugnahme“). Die Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit richten sich ebenfalls nach nationalem Recht.

Andererseits erfasst die Definition des Artikels 2 N . 2a der Richtlinie ihrem W ortlaut nach auch solche W erbeformen, die zwar einen W ettbewerber erkennbar machen, bei denen der Werbende jedoch weder sich noch die von ihm angebotenen Produkte ausdrücklich in eine ver gleichende Beziehung zu seinem W ettbewerber oder dessen Produkten setzt. Damit wären auch Fälle der Rufschädigung erfasst, die im deutschen Recht in den §§ 14 und 15 UWG geregelt sind. Gleichwohl ist diese Bestimmung einschränkend so auszulegen, dass nur solche W erbeformen erfasst werden sollen, die den Werbenden oder seine Produkte in Beziehung zu einem oder mehreren Konkurrenten oder den von diesen angebotenen Produkten setzen. Dafür spricht schon der Begriff „vergleichende“ Werbung. Auch aus Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe b und c und Absatz 2 sowie aus Artikel 7 Abs. 2 ergibt sich deutlich, dass die Richtlinie Sonderregelungen

nur für den Fall des Werbevergleichs treffen will. Nur insoweit verdrängt sie Vorschriften allgemeinerer Art.

§ 2 Abs. 2 – Kriterienkatalog

Absatz 2 nimmt die durch Artikel 3a der Richtlinie vorgegebenen Kriterien auf. Im Gegensatz zur Richtlinie wird die Vorschrift nicht als klassischer Zulässigkeitstatbestand formuliert: Vielmehr wird entsprechend der Systematik des UWG in einem Verbotstatbestand klar gestellt, unter welchen Voraussetzungen die vergleichende Werbung als sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG anzusehen ist.

Bei den neuen Regelungen geht es nur um die Unzulässigkeit oder Zulässigkeit des Vergleichs als solchen. Sonstige Vorschriften, die nicht den Werbevergleich als solchen bewerten, sondern an andere Unlauterkeitsmerkmale anknüpfen, bleiben unberührt. Deshalb werden die Kriterien von Absatz 2 ausdrücklich nur auf den Vergleich bezogen.

Nummer 1 setzt Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe b um. Durch die Formulierung wird verdeutlicht, dass ein Vergleich von Waren oder Dienstleistungen unzulässig ist, solange diese nicht identische Funktionen erfüllen. Eine völlige Identität im konkreten Einzelfall ist demgegenüber nicht erforderlich (so auch BGH I ZR 69/96 „Vergleichen Sie“, m.w.N.).

Nummer 2 nimmt den Text von Buchstabe c der Richtlinie auf. Die einzelnen Kriterien werden aus der Richtlinie übernommen:

Es dürfen nur „Eigenschaften der Waren und Dienstleistungen“ verglichen werden. Die Klarstellung, dass zu den Eigenschaften im Sinne von Buchstabe c der Richtlinie auch der Preis gehören kann, sollte übernommen werden, da nach dem deutschen Zivilrechtsverständnis der Preis nicht zu den Eigenschaften einer Sache zählt. Für den Bereich der vergleichenden Werbung ist der Vergleich des Preises allerdings inzwischen auch im deutschen Recht als grundsätzlich zulässige Werbeform anerkannt worden (vgl. BGH I ZR 2/96 „Preisvergleichsliste II“ und I ZR 69/96 „Vergleichen Sie“, jeweils m.w.N.).

Der Vergleich muss „objektiv“ sein. Das kann im Sinne eines „Sachlichkeitsgebotes“ verstanden werden: Die vergleichende Werbung soll nur nachprüfbare Tatsachen verwenden.

Auch das Merkmal der „Nachprüfbarkeit“ kann so verstanden werden, dass es den Vergleich auf Tatsachen beschränkt. Es entspräche damit in etwa der Rechtsprechung des BGH (WRP 1997, 549, 551 „Dauertiefpreise“), der bei Preisvergleichen Nachprüfbarkeit für den Verbraucher beziehungsweise für den konkreten Adressaten der Werbung (BGH I ZR 69/96 „Vergleichen Sie“) verlangt. Bei Eigenschaften wie Energieverbrauch oder Umweltverträglichkeit wird der Verbraucher die Werbebehauptungen zwar meist nicht durch einen selbst durchgeführten Vergleich nachvollziehen können. Hier muss es ausreichen, dass die Behauptung „dem Nachweis zugänglich, nachweisbar, beweisbar“ ist.

Die Kumulation der unbestimmten Rechtsbegriffe „wesentlich“, „relevant“ und „typisch“ lässt Auslegungsspielraum. Damit werden zwei Schutzanliegen verbunden: Zum einen handelt es sich um einen besonderen Irreführungsschutz, der das Hervorrufen eines verzerrten Gesamteindrucks durch das Herausgreifen unmaßgeblicher Eigenschaften verhindern soll. Zum anderen verbirgt sich darin ein Anwendungsfall des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Die Interessen des in Bezug genommenen Konkurrenten sollen nicht mehr beeinträchtigt werden, als im Interesse des Werbenden und der angesprochenen Verbraucher an sachlicher Aufklärung erforderlich ist. Die Begriffe „wesentlich“ und „relevant“ decken sich dabei weitgehend, denn einer wesentlichen Eigenschaft wird wohl kaum die Relevanz für den Kaufentschluss der Verbraucher abzusprechen sein.

Einer besonderen Beurteilung unterliegt der Vergleich von Eigenschaften im Rahmen eines Verkaufsgesprächs. Durch seine Nachfragen legt hier der Kunde selbst fest, welche Eigenschaften für seinen Kaufentschluss „wesentlich“ und „relevant“ sind. Aus Sicht des Kunden können auch „objektiv“ untypische Eigenschaften von Relevanz sein.

Es besteht kein Anlass, den bislang im Rahmen einer Auskunft als zulässig angesehenen Vergleich anderer als der in Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe c genannten Eigenschaften nun restriktiver zu beurteilen. Die Bundesregierung hat deshalb auf der Ratssitzung vom 9. November 1995 eine diesbezügliche Protokollerklärung abgegeben, deren Inhalt unwidersprochen geblieben ist. Auch die Kommission war der Auffassung, dass es „selbstverständlich“ sei, den Nachfragevergleich nicht auf objektiv typische Eigenschaften zu beschränken. Es ist darum davon auszugehen, dass es zulässig ist, auf Nachfrage des Verbrauchers auch andere als „wesentliche“, „relevante“ oder „typische“ Eigenschaften zu vergleichen.

Nummer 3 setzt Buchstabe d der Richtlinie in Anlehnung an § 9 Abs. 2 Nr. 2 und § 14 Abs. 2 Nr. 2 Markengesetz um. Dabei wird der durch § 1 Markengesetz im deutschen Recht eingeführte Oberbegriff des „Kennzeichens“ verwendet, der auch geographische Herkunftsangaben (als Oberbegriff für „geographische Angaben“ und „Ursprungsbezeichnungen“) umfasst. Geographische Herkunftsangaben sind in der Richtlinie nicht ausdrücklich genannt. Dies kann aber nur als sprachliche Unklarheit verstanden werden. Sie sind nämlich in dem von der Richtlinie verwendeten Begriff des „Unterscheidungszeichens“ enthalten, der in etwa dem des „Kennzeichens“ in § 1 Markengesetz entspricht.

Durch die Umsetzung wird gleichzeitig der Tatsache Rechnung getragen, dass Buchstabe d in zweifacher Hinsicht von den markenrechtlichen Bestimmungen abweicht:

- Er umfasst die Verursachung von „Verwechslungen“, nicht jedoch bereits die abstrakte „Gefahr von Verwechslungen“. Maßstab für die Beurteilung ist damit die sich aus der tatsächlichen Situation ergebende Täuschung des Werbeadressaten.
- Außerdem soll Buchstabe d nicht nur Verwechslungen von „Marken, Handelsnamen“ und „anderen Unterscheidungszeichen“ verhindern, sondern auch Arten der Verwechslung zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber erfassen, die sich nicht auf Kennzeichen beziehen, wie zum Beispiel Verwechslungen, die durch die Produktgestaltung (vor Erlangung von Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 Markengesetz) hervorgerufen werden.

Nummer 4 setzt Buchstabe e, soweit dort Kennzeichen geschützt werden, und Buchstabe g, der den Fall der Rufausbeutung von Kennzeichen im Sinne von § 1 Markengesetz betrifft, in Anlehnung an die Formulierung in § 9 Abs. 2 Nr. 3, 2. Var. und in § 14 Abs. 2 Nr. 3, 2. Var. Markengesetz um.

Bei der Anwendung des Kriteriums „in unlauterer W eise ausnutzt oder beeinträchtigt“ in der Praxis wird allerdings darauf zu achten sein, dass nicht bereits die mit jeder Form der kritisierenden ver gleichenden W erbung verbundene „Herabsetzung“ erfasst wird, weil das einem völligen V erbot dieser Werbeform gleichkäme (so auch BGH I ZR 69/96 „Vergleichen Sie“).

Nummer 5 gibt den Inhalt von Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe e wieder. Buchstabe e geht insofern über den Kennzeichenschutz hinaus, als er auch herabsetzende und verunglimpfende Äußerungen mit Bezug auf die von einem Mitbewer ber vertriebenen W aren und Dienstleistungen sowie diejenigen Formen der persönlichen Herabsetzung und Verunglimpfung erfasst, die in Deutschland bislang vor allem mit der persönlichen ver gleichenden W erbung verbunden werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist das Merkmal aufgegriffen worden. Es ist gewissermaßen eine Er gänzung zu der Anschwärzung des § 14 UWG, da es alle herabsetzenden Äußerungen erfasst, unabhängig davon, ob sie er weislich wahr sind oder nicht.

Nummer 6 setzt Buchstabe h der Richtlinie um. Die Richtlinienvorschrift geht zurück auf einen von der französischen Regierung unterstützten Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments, der von der Kommission zunächst als zu weitgehende Einschränkung ver gleichender Werbung abgelehnt worden war.

Die Richtlinienbestimmung ist so zu verstehen, dass sie nicht verbietet, das eigene Produkt als einem Markenprodukt gleichwertig darzustellen. Anderenfalls wäre die anlehnende ver gleichende W erbung, soweit sie Markenprodukte betrifft, nahezu vollständig verboten. Das ginge selbst über die deutsche Rechtsprechung hinaus, die den anlehnenden Werbevergleich immerhin dann zuließ, wenn dafür ein hinreichender sachlicher Grund bestand und die Angaben sich nach Art und Maß in den Grenzen des Erforderlichen und einer wahrheitsgemäßen, sachlichen Erörterung hielten (vgl. z. B. BGH, GRUR 1996, 781). Als hinreichender Grund wurde es etwa angesehen, wenn die Anlehnung im Zubehör- oder Ersatzteilgeschäft zur Aufklärung des V erkehrs über den V erwendungszweck des zu einer fremden Hauptware her gestellten Ersatzteils sachlich geboten war (BGH, a.a.O.) oder wenn die wirtschaftlichen V orteile der eigenen Leistung auf andere Weise nicht wirksam vermittelt werden konnten (BGHZ 107, 136).

Die Richtlinienbestimmung enthält vielmehr das V erbot, das eigene Produkt of fen als „Imitation“ oder „Nachahmung“ zu bezeichnen. Für diese Auslegung spricht Erwägungsgrund 15, wonach keine Markenverletzung vorliegt, wenn die Benutzung von Marken „nur eine Unterscheidung bezweckt, durch die *Unterschiede* objektiv herausgestellt werden sollen“.

Die „offene Nachahmung“ ist ohnehin nur in solchen Fällen möglich, wo sie nicht durch ein bestehendes Schutzrecht verhindert werden kann, also etwa bei Parfums oder bei Medikamenten nach Ablauf des Patentschutzes.

Soweit die Bestimmung auch als Umschreibung für eine ihrer Art nach unlautere Anlehnung zu verstehen ist, werden diese unlauteren V erhaltensweisen, wie Irreführung, Her kunftstäuschung, Rufschädigung und unlautere Rufausbeutung, durch die Buchstaben a, d, e und g der Richtlinie beziehungsweise die Nummern 3, 4 und 5 der vorliegenden Neufassung des § 2 UWG erfasst.

§ 2 Abs. 3 – Angebote mit besonderen Preisen oder anderen besonderen Bedingungen

Die Regelung über Angebote mit besonderen Preisen oder anderen besonderen Bedingungen geht in ihrem Gehalt zwar nicht über die Auslegung des § 3 UWG durch die Rechtsprechung hinaus. W eil in der Richtlinie spezifisch Regelungen getroffen werden, ist sie zur Klarstellung dennoch aufgenommen worden. Der in Artikel 3a Abs. 2 der Richtlinie verwendete Begrif f „Sonderangebot“ wird ver mieden, da das geltende Recht in § 7 Abs. 2 UWG eine Legaldefinition des „Sonderangebots“ enthält, die nicht mi der Begrifflichkeit der Richtlinie übereinstimmt.

Zu Nummer 2

§ 3 Satz 2 – Irreführende Angaben

§ 3 Satz 2 setzt Artikel 3a Abs. 1 Buchstabe a um. Das Irreführungsverbot gilt sowohl für Angaben über die geschäftlichen V erhältnisse des W erbenden als auch für Angaben über die geschäftlichen V erhältnisse des Mitbewerbers und über das Er gebnis des W erbevergleichs. Entscheidend ist der Gesamteindruck, den die Angabe nach der Auf fassung der umworbenen Kreise macht. So kann auch der V ergleich zutreffender T atsachen irreführend sein, wenn den angesprochenen V erkehrskreisen für den Kaufentschluss relevante Umstände verschwiegen werden.

Zu Nummer 3

§ 4 Abs. 1 Satz 2 – Strafbare Werbung

Der in § 4 Abs. 1 verwendete Begrif f der „geschäftlichen Verhältnisse“ umfasst bei ver gleichender W erbung auch Angaben über die geschäftlichen V erhältnisse des Mitbewerbers und das Er gebnis des W erbevergleichs. Dies soll durch den neuen Satz 2 klargestellt werden.

Zu Nummer 4

§ 6c – Schneeballsysteme

Die Er gänzung des Gesetzestextes dient der Klarstellung, dass die besonderen V orteile, die gewährt werden, nicht unbedingt vom Veranlasser selbst gewährt werden müssen, sondern dass der Straftatbestand auch erfüllt ist, wenn sie von Dritten gewährt werden. In der Vergangenheit war es zu Problemen bei der Anwendung des § 6c UWG gekommen (vgl. beispielhaft OLG Rostock, Urteil vom 31.3.1998 – I Ws 9/97, JR 1998, 389 ff. m.w.N.). Diese Schwierigkeiten knüpfen zum T eil an die aus der Systematik des W ettbewerbsschutzes stark einschränkende Schutzzielbestimmung des § 6c an, die sich in Einzelfällen vom Wortlaut der Norm entfernt. Zumindest eine Konstellation soll durch die vorge-

nommene Klarstellung verdeutlicht werden. So soll der Tatbestand des § 6c jedenfalls auch dann erfüllt sein, wenn bei Kettenbriefsystemen die Vorteilsgewährung durch den neu geworbenen Teilnehmer erfolgen sollte. Die „Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wettbewerbsrechts“ hat eine entsprechende Klarstellung empfohlen.

Zu Nummer 5

§ 7 – Sonderveranstaltungen

Mit der Neufassung des Absatzes 1 wird die Reichweite des Verbots von Sonderveranstaltungen klar gestellt. Nicht jede Veranstaltung, die vom üblichen Geschäftsbetrieb abweicht, ist bereits eine verbotene Sonderveranstaltung. Bereits nach der alten Fassung des § 7 Abs. 1 UWG musste der „Eindruck der Gewährung besonderer Kaufvorteile“ hinzutreten. Dieses Merkmal ist allerdings sehr extensiv ausgelegt worden, so dass der eigentliche Unrechtsgehalt, der in der Gefahr des unlauteren Anlockens von Kunden durch die Verbindung der Veranstaltung mit der Verkaufsofferte liegt, mehr und mehr in den Hintergrund getreten ist. Durch die Neufassung soll darauf hingewiesen werden, dass diese Gefahr erst dann gegeben ist, wenn durch die Ankündigung selbst oder die Art der Durchführung der Eindruck erweckt wird, es werde zu besonders günstigen Konditionen verkauft. Diese Klarstellung entspricht einer Empfehlung der „Arbeitsgruppe zur Überprüfung des Wettbewerbsrechts“.

Zu Nummer 6

§ 8 – Räumungsverkauf

Das Recht der Räumungsverkäufe wird in einem Punkt geändert:

Durch die Neufassung von Absatz 3 und die Änderungen in Absatz 4 sollen die Überwachungsmöglichkeiten der Industrie- und Handelskammern sowie der Handwerkskammern und die Rechtsstellung der nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 UWG klagebefugten Personen bei Räumungsverkäufen verbessert werden. Dies geschieht, indem detailliertere Angaben insbesondere über die vom Räumungsverkauf betroffenen Waren gefordert und erweiterte Möglichkeiten zur Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen geschaffen werden. Dazu zählen etwa die Einsichtnahme in Gewinn- und Verlustrechnungen, Inventurlisten sowie in die Grundlagen der Preiskalkulation durch Offenlegung des Einkaufspreises für die Räumungsverkaufsware. Zu den Belegen für die den Grund des Räumungsverkaufs bildenden Tatsachen können unter Umständen auch Miet- oder Pachtverträge für das Geschäftslokal gehören, die deshalb in der Aufzählung nicht gesondert aufgeführt sind. Außerdem darf der Räumungsverkauf erst zwei Wochen, nachdem alle erforderlichen Angaben und Unterlagen vorliegen, angekündigt werden. Ein Bedarf für diese erweiterten Eingriffsmöglichkeiten hat sich aus vermehrt auftretendem Missbrauch des Räumungsverkaufs, nicht zuletzt in bestimmten Branchen wie dem Teppichhandel, ergeben. Es hat sich dabei gezeigt, dass die bestehenden Mittel nicht ausreichen, diese Missbräuche wirksam einzudämmen. Auch durch die neu geschaffenen Möglichkeiten wird nur eine weitere Hilfestellung gegeben. Die effektive Verfolgung solcher Missbräuche kann nach Auffassung der Arbeitsgruppe nur gelingen, wenn die vorhandenen Möglichkeiten durch ein in der Praxis aufeinander abgestimmtes Verhalten von berufsständischer Aufsicht und Gewerbepolizei ausgenutzt werden.

Das bislang in § 8 Abs. 4 gewährte Recht zur Einsichtnahme in die Räumungsanzeige hat sich in der Praxis nicht bewährt und wird daher aufgehoben. Die Berufsvertretungen sollen künftig berechtigt sein, den nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 klagebefugten Personen eine zusammenfassende Auskunft über die ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen zu übermitteln, damit ein etwaiges Klagevorbringen schlüssig dargelegt werden kann. Die Berufsvertretungen haben die geschäftlichen Geheimnisse des Werbenden zu wahren. Bei der Auswahl der Informationen werden sich die Berufsvertretungen an den von der Rechtsprechung zu § 17 entwickelten Grundsätzen orientieren müssen.

Zu Nummer 7

§ 24 – Gerichtsstand

Die Regelung des § 24 Abs. 2 UWG war insoweit unklar, als die Möglichkeit für die in § 13 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 genannten Gewerbetreibenden, Verbände oder Kammern, einen Beklagten im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung zu verklagen, dem Wortlaut nach bereits dann gegeben war, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz im Inland hatte. Demgegenüber knüpft § 24 Abs. 1 bei der Bestimmung des Gerichtsstandes an der gewerblichen Niederlassung oder hilfsweise am Wohnsitz an. Entsprechend ist auch § 24 Abs. 2 dahingehend zu präzisieren, dass bereits eine gewerbliche Niederlassung im Inland ausreicht, um von der Klagemöglichkeit der Verbände am Deliktsort abzusehen und sie auf den Gerichtsstand der inländischen Niederlassung nach § 24 Abs. 1 zu verweisen.

Zu Artikel 2 – Änderung des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens

Durch § 2 Abs. 2 UWG wird vergleichende Werbung künftig als Regelfall zugelassen. Artikel 5 Buchstabe b der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel verbietet weiterhin, außerhalb der Fachkreise Werbung für ein Arzneimittel zur Anwendung bei Menschen in einer Weise zu betreiben, die nahe legt, dass die Wirkung des Arzneimittels einem anderen Arzneimittel oder einer anderen Behandlung entspricht oder überlegen ist. Der neue Absatz 2 des § 11 des Heilmittelwerbegesetzes setzt diese Bestimmung um. Die Grenzen für die vergleichende Werbung ergeben sich im Übrigen aus den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Danach sind beispielweise reine Preisvergleiche von Humanarzneimitteln zulässig, wenn sie nicht gegen die in § 2 Abs. 2, § 3 Satz 2 UWG aufgeführten Kriterien verstoßen.

Zu Artikel 3 – Inkrafttreten

Die Bestimmung regelt das Inkrafttreten.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 13 20, 53003 Bonn, Telefon (02 28) 3 82 08 40, Telefax (02 28) 3 82 08 44
ISSN 0722-8333