

**30.04.04****Empfehlungen  
der Ausschüsse**R - Wizu **Punkt ...** der 799. Sitzung des Bundesrates am 14. Mai 2004

---

**Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**

Der **federführende Rechtsausschuss (R)** und  
der **Wirtschaftsausschuss (Wi)**  
empfehlen dem Bundesrat,

zu dem Gesetz zu verlangen, dass der Vermittlungsausschuss gemäß Artikel 77  
Abs. 2 des Grundgesetzes aus folgenden Gründen einberufen wird:

Wi 1. Zu § 4 Nr. 11 UWG

In § 4 Nr. 11 sind nach den Wörtern "das Marktverhalten" die Wörter "oder den  
Marktzutritt" einzufügen.

Begründung

Dieser Änderungsvorschlag des Bundesrates aus dem ersten Durchgang (vgl.  
BR-Drs. 301/03 (Beschluss), Nr. 10) ist im Gesetzesbeschluss des Deutschen  
Bundestages nicht umgesetzt worden, ohne dass dafür überzeugende Gründe  
ersichtlich wären.

Mit der vorgeschlagenen Änderung soll erreicht werden, dass auch Verstöße  
gegen solche gesetzlichen Vorschriften, die auch im Interesse der Marktteil-  
nehmer den Marktzutritt regeln und zumindest mittelbar dem wettbewerblichen  
Schutz vorhandener Marktteilnehmer dienen, als unlautere Wettbewerbshand-  
lung gelten. Dies ist geboten, um insbesondere der zunehmenden Ausdehnung  
erwerbswirtschaftlicher Betätigungen von Gemeinden auf Geschäftsfelder, die  
bisher der Privatwirtschaft vorbehalten waren, Grenzen zu ziehen. Da die Sub-  
sidiaritätsklauseln in den Gemeindeordnungen der Länder von den Verwal-  
tungsgerichten nicht als drittschützend angesehen werden, fehlt es nach gelten-

...

dem Recht an einem angemessenen Rechtsschutz privatwirtschaftlicher Unternehmen gegen einen die Grenzen der jeweiligen Gemeindeordnung überschreitenden Marktzutritt kommunaler Wirtschaftsunternehmen.

Dass insoweit ein Rechtsschutzdefizit besteht, haben im Prinzip auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung (vgl. BT-Drs. 15/1487, Anlage 3) sowie die SPD-Bundestagsfraktion im Rahmen der Beratungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages eingeräumt. Deren Hinweis auf die Zuständigkeit der Länder, die ihre gemeindefirtschaftsrechtlichen Subsidiaritätsklauseln mit drittschützender Wirkung versehen könnten, greift nach Auffassung des Bundesrates jedoch zu kurz. Wenn es sich nämlich bei dem gesetzwidrigen Marktauftritt kommunaler Unternehmen um ein wettbewerbsbezogenes Verhalten handelt und den gemeindefirtschaftsrechtlichen Subsidiaritätsklauseln anerkanntermaßen eine sekundäre Schutzfunktion zu Gunsten des Wettbewerbs zukommt, an der nach der Grundintention des UWG auch der einzelne Wettbewerber teil hat, ist es folgerichtig, Verstöße hiergegen als wettbewerbswidrig einzustufen und betroffenen Unternehmen einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch zuzubilligen. Das gilt um so mehr, als es hier um ein in allen Ländern gleichermaßen virulentes Problem im Spannungsfeld kommunaler wirtschaftlicher Betätigungen geht, das auf Grund seiner gravierenden wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bundeseinheitlich geregelt werden sollte.

## Wi 2. Zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

In § 7 Abs. 2 ist Nummer 2 wie folgt zu fassen:

"2. bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern und gegenüber sonstigen Marktteilnehmern gegen deren ausdrücklichen Willen;"

### Begründung:

Beim Telefon-Marketing hat sich der Deutsche Bundestag in seinem Beschluss zum UWG für die so genannte "opt-in-Regelung" entschieden (= Telefonwerbung nur im vorherigen Einverständnis mit dem Empfänger). In den meisten anderen EU-Staaten gilt allerdings die liberalere und wirtschaftsfreundlichere "opt-out-Regelung" (= wer nicht angerufen werden möchte, kann dies im Verlauf des Telefonats kundtun und wird in der Folge nicht mehr angerufen).

Unter dem Gesichtspunkt der Standortkonkurrenz dürfte dies spätestens nach Verabschiedung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, die bereits als Vorschlag vorliegt (BR-Drs. 128/04) zum Problem werden. Grundsätzlich soll künftig das Herkunftslandprinzip gelten. Das heißt, der Dienstleister muss sich grundsätzlich bei der Aufnahme und Ausübung seiner Tätigkeit nur an die Vorschriften seines Herkunftslandes halten. Im Bereich des Telefonmarketings würde dies bedeuten, dass Telefonmarketing-Betreiber aus den europäischen Nachbarstaaten

unbehelligt auch Verbraucher im deutschen Inland anrufen dürften, sofern diese nicht von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machen, deutsche Anbieter aber an die strenge deutsche "opt-in-Regelung" gebunden sind.

Damit entstünden Wettbewerbsnachteile für die deutschen Direktvermarkter, die weitaus weniger Möglichkeiten haben als ihre ausländischen Konkurrenten in den EU-Nachbarländern, um ihre potenziellen Kunden anzusprechen. In Zeiten, in denen der Verbraucher nur zögerlich zum Konsum bereit ist, sollten der deutschen Wirtschaft nicht von vornherein Wege zur gezielten Kundenwerbung versperrt werden, die in der restlichen EU zur Praxis gehören. Auch in Deutschland sollte man auf den mündigen Verbraucher setzen und Regulierung auf ein Mindestmaß reduzieren.

Daraus folgt, dass die nach der Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 - Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation - zulässige Möglichkeit der "opt-out-Regelung" ausgeschöpft werden muss. Dies erfolgt durch die vorgeschlagene Änderung.

R 3. Zu § 10 UWG

§ 10 ist zu streichen.

Begründung:

Der Bundesrat lehnt eine Gewinnabschöpfung oder eine vergleichbare Regelung auf kollektiver Ebene bei qualifizierten Wettbewerbsverstößen für die Fälle, in denen eine Rechtsdurchsetzung durch eine Vielzahl von Geschädigten wegen der relativ niedrigen einzelnen Schadensbeträge nicht wirksam ist oder erwartet werden kann, nicht generell ab. Eine solche Regelung muss aber praktikabel und durch die Gerichte vernünftig zu handhaben sein. Sie darf nicht zu aufwändigen Verfahren bei den Gerichten führen. Diesen Erfordernissen genügt § 10 UWG-neu nicht.

- a) Dem Gläubiger ist bereits die Berechnung des geltend zu machenden Anspruchs in der Regel nicht möglich. Unter dem gemäß § 10 Abs. 1 UWG-neu herauszugebenden Gewinn ist nach der Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. BR-Drs. 301/03, S. 50) die Differenz aus den erzielten Erlösen abzüglich der Herstellungskosten und angefallenen Betriebskosten zu verstehen, wobei Gemeinkosten, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, nicht abzugsfähig sein sollen. Dem Gläubiger, der die internen Betriebsverhältnisse des Schuldners in aller Regel nicht kennt, ist es danach nicht möglich, zur Höhe des Anspruchs substantiiert vorzutragen. Er wird deshalb regelmäßig zunächst eine Auskunftsklage gegen den Schuldner erheben müssen. Dies ist aber ein völlig falscher Ansatz. Die vorherige Auskunftsklage verkompliziert die Prozesse. Es genügt auch nicht, dass die Anbieter ihre Kalkulationsgrundlagen, über die künftig umfassend gestritten werden wird, einer zur Verschwiegenheit ver-

pflichteten Person mitteilen (so genannter Wirtschaftsprüfervorbehalt), da die Tatsachen von diesem an den Kläger weiterzureichen und in einem öffentlichen Prozess zu verhandeln sind. Die Feststellung tragfähiger Grundlagen für eine Schätzung des Gewinns nach § 287 ZPO wäre für den Kläger und die Gerichte mit einem nicht zumutbaren Aufwand verbunden. In vielen Fällen wäre die Beiziehung von Sachverständigen erforderlich. Auch mit deren Hilfe wird häufig nur der Rahmen eines Marktpreises feststellbar sein, so dass erzielte Vorteile innerhalb dieses Rahmens nicht nachgewiesen und abgeschöpft werden können.

Die Aufgabe eines Gewinnabschöpfungsanspruchs kann nicht in der möglichst exakten Ermittlung der zu Lasten der Abnehmer erzielten Gewinne liegen. Wenn eine rechtsstaatliche Regelung nicht gefunden werden kann, die pauschaliert Vorteile abschöpft, so muss ganz auf dieses Institut verzichtet werden. Akzeptabel ist nur eine Regelung, bei der der abzuschöpfende Betrag anhand von gesetzlich bestimmten Umständen, die für den Gläubiger erkennbar oder jedenfalls leicht ermittelbar sind, vom Gericht in einem gesetzgeberisch bestimmten Rahmen zügig festgelegt werden kann.

- b) Gegen § 10 Abs. 2 UWG-neu bestehen weiterhin erhebliche rechtssystematische Bedenken. Eine Anrechnung erscheint nur gerechtfertigt, soweit Abnehmern ihr Schaden ersetzt worden ist. Nicht vertretbar ist es dagegen, die nach § 9 UWG-neu erbrachten Schadensersatzleistungen bei der Berechnung des Gewinns abzuziehen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch steht mit dem Anspruch nach § 9 UWG-neu in keinem Zusammenhang, der eine solche Anrechnung rechtfertigen würde. Der Schaden des Mitbewerbers nach § 9 UWG-neu und der Schaden des Abnehmers im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG-neu stehen unabhängig nebeneinander. Dies zeigt sich deutlich in Fällen, in denen die Mitbewerber und Abnehmer ihre Schäden jeweils selbst geltend machen können.

Unvertretbar erscheint es weiterhin, dass auf den Gewinnabschöpfungsanspruch Leistungen an den Staat angerechnet werden sollen. Nach der Entwurfsbegründung ist hierbei an Geldstrafen gedacht. Auf diese Weise würden besonders schwerwiegende Verstöße gegen das UWG und damit Straftäter privilegiert. Es erscheint schon vom Strafzweck her völlig verfehlt, eine verhängte Strafe auf zivilrechtliche Forderungen anzurechnen und gar eine verhängte Strafe vom Staat über die Regelung in § 10 Abs. 2 Satz 2 UWG-neu dem Straftäter wieder erstatten zu lassen. Der Sinn eines Strafverfahrens würde sich nicht mehr erschließen, wenn etwa von vornherein feststeht, dass die zu verhängende Strafe anschließend dem Straftäter vom Staat zu erstatten sein wird. Hierzu würde aber die vorgesehene Regelung führen, wenn das Strafverfahren nach der Gewinnabschöpfung durchgeführt wird.

- c) Die durch § 10 Abs. 1 UWG-neu begründete Pflicht, abgeschöpfte Gewinne dem Bundeshaushalt zuzuführen, macht das gesamte Institut wirkungslos. Die klagebefugten Verbände sowie Industrie- und Handels- bzw. Handwerkskammern werden von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung keinen Gebrauch machen, wenn sie im Unterliegensfall das volle Kostenrisiko tragen, im Fall des Obsiegens aber den Gewinn abführen müssen.

Bereits heute ist zu beobachten, dass die klagebefugten Verbände von ihren Ansprüchen nach dem Unterlassungsklagengesetz und dem UWG oft nur zögerlich Gebrauch machen, wenn ein erhebliches Prozessrisiko besteht. Hieran ändert die Verrechnungsmöglichkeit mit notwendigen Aufwendungen schon deshalb nichts, weil die Vorschrift weit gehend ins Leere läuft. Erforderliche Aufwendungen werden nämlich regelmäßig vom Anspruchsgegner zu bezahlen sein. Soweit dieser hierzu nicht verpflichtet ist, wird es bereits an der Erforderlichkeit der Aufwendungen fehlen, etwa bei der Teilabweisung einer Klage.