

# Die UWG-Reform und ihre Auswirkungen in der Praxis

## Projektleiterin

Prof. Dr.  
Ulrike Compensis

## Zeitraum

2003/2004

## Förderung

Fachhochschule  
Dortmund,  
Forschungssemester

## Kontakt

Prof. Dr.  
Ulrike Compensis,  
Fachbereich Wirtschaft,  
Fachhochschule  
Dortmund,  
Emil-Figge-Straße 44,  
44227 Dortmund,  
Telefon:  
(0231) 755-4868,  
E-Mail:  
ulrike.compensis@  
fh-dortmund.de

## Angewandte Forschungsmethoden

Auswertung des Gesetzgebungsverfahrens in den einzelnen Stationen: Gutachten im Auftrag der Bundesregierung vom 15.06.2001 (Fezer) und von Juli 2001 (Schricker/ Henning-Bodewig), Referentenentwurf vom 23.01.2003, Regierungsentwurf vom 07.05.2003 und Gesetzesentwurf vom 22.08.2003 sowie der begleitenden Stellungnahmen im Schrifttum (s. Anhang).

## Kurzfassung

Die Bundesregierung hat die Reform des UWG unter das Motto gestellt „Wirtschaft stärken – Verbraucherrechte sichern“ und dabei betont, dass beide Pole nicht im Gegensatz zueinander stünden. Oberstes Ziel der UWG-Novelle sei eine weitere Modernisierung und Liberalisierung des sehr restriktiven deutschen Lauterkeitsrechts, das im internationalen Vergleich deutsche Unternehmen benachteilige.

Diesem Ziel wird die (inzwischen im Juli 2004 in Kraft getretene) Neufassung des UWG nur teilweise gerecht.

Das völlig neu gefasste Gesetz ist in seiner Systematik an eine moderne europäische Gesetzgebungstechnik angepasst worden. Anstelle der ursprünglichen zwei Generalklauseln (§§ 1, 3 UWG a.F.) wird die nur noch eine Generalklausel (§ 3 UWG n.F.) unmittelbar durch einen Regelkatalog mit Beispielfällen bestimmter Wettbewerbsverstöße ergänzt, die im ersten Block (§ 4 Nr. 1 - 6 UWG n.F.) primär dem Schutz des Verbrauchers, im zweiten Block (§ 4 Nr. 7 – 10 UWG n.F.) in erster Linie dem Schutz der Mitbewerber dienen. Bei genauerem Hinsehen spiegeln die Regelbeispiele allerdings nur wieder was zuletzt als gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auffüllung der Generalklauseln alter Fassung galt, sie sind also nicht wirklich neu. Jedoch ist diese gesetzlich fixierte Ausformulierung eines umfangreichen Tatbestandskatalogs von wettbewerbswidrigen Fallgruppen bedenklich, weil hierdurch der gegenwärtige Entwicklungsstand eingefroren wird. Der Katalog ist gegenüber Änderungen im Leitbild des Wettbewerbs der europäischen Gemeinschaft sowie der Durchsetzung von Vorstellungen über die Lauterbarkeit bestimmter Geschäfts- und Werbepraktiken anderer EU-Mitgliedsstaaten unflexibel. In Deutschland würde der Wirtschaft noch solange verboten bleiben, was in anderen Mitgliedsstaaten u. U. längst legal ist, ehe nicht der Gesetzgeber in einem langwierigen Gesetzgebungsverfahren erneut moderne Tatbestände schafft.

Während die Regelung zur Irreführenden Werbung (§ 5 UWG n.F.) im Wortlaut im Wesentlichen der europäischen Werbe-Richtlinie (84/450/EG und 97/55/EG) entspricht und die Vorschrift zur vergleichenden Werbung (§ 6 UWG n.F.) - weil erst 2000 in Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG neu gefasst – aus dem alten UWG (dort § 2) übernommen wurde, ist mit § 7 UWG n.F. ein völlig neu gefasstes Tatbestandssystem zu den sog. „unzumutbaren Belästigungen“ geschaffen worden. Hierbei handelt es sich um Wettbewerbsmaßnahmen, die bereits unabhängig von ihrem Inhalt als Belästigung empfunden werden. § 7 UWG n.F. übernimmt einerseits die bislang von der Rechtsprechung aus § 1 UWG a.F. zum Aspekt der belästigenden Werbung hergeleiteten Grundsätze. Andererseits wird hier Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie (2002/58/EG) umgesetzt, ohne jedoch die in der Richtlinie enthaltenen Spielräume im Interesse der Wirtschaft auszuschöpfen. Zwar bezweckt die europäische Vorgabe den Schutz der Privatsphäre des Adressaten vor unerbetener Werbung. Für die umstrittene Regelung zur Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG n.F.) hat sich der deutsche Gesetzgeber jedoch für die sog. „opt-in-Lösung“ (Telefonwerbung gegenüber Verbraucher nur bei vorheriger Einwilligung) anstelle der von der Richtlinie gedeckten „opt-out-Lösung“ (Verbraucher kann Werbeanruf ablehnen) entschieden, obgleich letztere einen sachgerechten Ausgleich zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen des Werbenden (Meinungs- und Berufsfreiheit, Art. 5, 12 GG) und des Umworbenen (negative Informationsfreiheit, Schutz der Privatsphäre, Art. 5, 2 Abs. 1 GG) bietet. Mit der gewählten Lösung hat der deutsche Gesetzgeber dem Direktmarketing eine schwere Bürde auferlegt, die für diesen Bereich gerade nicht die angekündigte Liberalisierung des deutschen Wettbewerbsrechts bedeutet. Diese Bürde wiegt im internationalen Vergleich umso schwerer, als die Mehrheit der EG-Mitgliedsstaaten den auch in Art. 10 der Fernabsatz-Richtlinie (97/7/EG) enthaltenen Regelfall des europäischen Verbraucherschutzrechts, das liberale „opt-out-Modell“, für den Bereich des Telefonmarketings in nationales Recht umgesetzt haben.

Die bisherigen Rechtsfolgen wettbewerbswidrigen Verhaltens (Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch) sind durch eine Sanktion erweitert worden. Allerdings begegnet der neue Gewinnabschöpfungsanspruch (§ 10 UWG n.F.), durch den der mit unlauterem Wettbewerb erzielte Mehrerlös durch Wirtschafts- bzw. Verbraucherverbände eingezogen werden kann, einer Vielzahl rechtlicher und praktischer Bedenken. Rechtsdogmatisch bedeutet ein mit Strafcharakter versehener zivilrechtlicher

Anspruch, der zum Zwecke der Abschreckung privaten Verbänden eine Einziehungsbefugnis für wettbewerbswidrig erlangten Gewinn gewährt, einen Systembruch; Bestrafung und Abschreckung unterliegen nach unserer Rechtsordnung allein dem Strafmopol des Staates. Hinzu kommen die Schwierigkeiten in der Berechnung des Anspruchs. Zunächst ist festzuhalten, dass die Effektivität von Werbemaßnahmen überhaupt wegen der mannigfachen Entscheidungsmotive des Verbrauchers sowie wegen vielfältiger weiterer Einflüsse nicht hinreichend bestimmen lässt. Wie will dann aber festgestellt werden, welcher Mehrerlös auf der Unlauterkeit einer Werbeaktion beruht? Auch § 287 ZPO, wonach die Gerichte dann, wenn der Gewinn streitig ist, die Höhe schätzen können, hilft nicht weiter; eine solche Schätzung kann nur auf Grundlage von Tatsachen (welche Werbemaßnahme hat welche Wirkung) erfolgen, die aber wiederum kaum zu ermitteln sind.

Noch nicht absehbar ist die voraussichtlich destruktive Wirkung auf das bislang gut funktionierende „Abmahnwesen“. Der überwiegende Teil (geschätzte 75%) der Wettbewerbsstreitigkeiten wurde bisher auf schnelle Weise durch Abmahnung und strafbewehrte Unterlassungserklärung außergerichtlich (ggf. auch über rasche Eilverfahren) erledigt. Es ist zu befürchten, dass der neue Gewinnabschöpfungsanspruch der Effizienz dieser Praxis entgegenwirkt. Denn der Abgemahnte verpflichtet sich mit seiner Unterwerfungserklärung nicht nur dazu, die behauptete Handlung in Zukunft zu unterlassen, sondern bringt die Akzeptanz ihrer Wettbewerbswidrigkeit zum Ausdruck. Er muss daher befürchten, dass seine Unterwerfungserklärung Präjudizwirkung für einen möglichen Gewinnabschöpfungsanspruch hat und wird daher das Unterwerfungsverlangen des Abmahnenden im Zweifel nicht freiwillig akzeptieren. Weitere Folge wäre, dass eine zunehmende Anzahl der bislang rasch über außergerichtliche Abmahnungen erledigten Wettbewerbsstreitigkeiten nunmehr auf dem Gerichtsweg ausgetragen werden.

Insgesamt ist festzuhalten, dass im neuen UWG die behauptete Liberalisierung in zentralen Bereichen nicht wirklich umgesetzt worden ist. Die Ausformulierung eines umfangreichen Katalogs konkreter wettbewerbswidriger Fallgruppen verhindert eine dynamische Anpassung der Wirtschaftspraxis an geänderte europäische Standards und geht dabei bisweilen von einem veralteten Verbraucherleitbild (geschäftsunerfahrener Verbraucher) aus, das der europäischen Entwicklung (Leitbild des informierten, verständigen Durchschnittsverbrauchers) hin-

terherhinkt. Die restriktive Umsetzung europäischer Vorgaben in § 7 UWG n.F. schnürt die Werbewirtschaft ein. Und über jedem neuen, nicht zweifelsfreien Vorgaben des UWG entsprechenden Marketingkonzept schwebt das mit zusätzlichen Kosten verbundene Gespenst einer möglichen Gewinnabschöpfung. Dem gegenüber fallen die tatsächlichen Erleichterungen im neuen UWG (Abschaffung des Sonderrechts für Schluss- und Räumungsverkäufe sowie der Sonderregeln für Insolvenzwareverkauf, Herstellerwerbung und Kaufscheinhandel) vergleichsweise wenig ins Gewicht.

#### **Künftige Fortsetzung**

Das Projekt litt unter dem verzögerten Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens, das immerhin bereits 2001 eingeleitet, aber erst endgültig im Juli 2004 mit Inkrafttreten des neuen UWG abgeschlossen wurde. Daher war zunächst nur eine theoretische Beurteilung und Prognostizierung der Praxiswirkungen möglich. Eine wirkliche Beurteilung der angewandten Praxis steht noch aus. Zwei Diplomarbeiten unter meiner Betreuung zu Einzelthemen („Unzumutbare Belästigungen“ und „Vergleichende Werbung im Kontext des neuen UWG“), für die die Diplomanten Kontakt zu Wirtschafts- bzw. Verbraucherverbänden aufgenommen haben, werden hierfür erste Aufschlüsse geben.

#### **Veröffentlichungen**

##### **Fachaufsätze zur UWG-Reform**

**Benz**, Werbung von Kindern unter Lauterkeitsgesichtspunkten. Zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, § 4 Nr. 2, WRP 2003, 1160 ff.

**Berlit**, Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Von den guten Sitten zum unlauteren Verfälschen, WRP 5/2003, 563 ff.

**Borck**, Vorläufige Anmerkungen zum „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3.7.2004, WRP 12/2004, 1440 ff.

**Doepner**, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregeln, WRP 11/2003, 1292 ff.

**Engels/Salomon**, Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003, WRP 1/2004, 32 ff.

**Eppe**, Der lauterkeitsrechtliche Tatbestand des übertriebenen Anlockens im Wandel – am Beispiel der Wertreklame, WRP 2/2004, 153 ff.

**Fezer**, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform, WRP 2/2003, 296 ff.

**Gottschalk**, UWG-Reform: Die Auswirkungen auf Vertragsstrafeversprechen und gerichtliche Unterlassungstitel, WRP 11/2004, 1321 ff.

- Kessler**, UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation, WRP 3/2005, 264 ff.
- Köhler**, Koppelungsangebote (einschließlich Zugaben) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht, GRUR 2003, 729 ff.
- Köhler**, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 4/2003, 265 ff.
- Leistner/Pothmann**, E-mail-Direktmarketing im neuen europäischen Recht und in der UWG-Reform, WRP 2003, 815 ff.
- Nippe**, Die Neuordnung des Rechts der Sonder- und Räumungsverkäufe im Vorschlag für eine UWG-Reform, WRP 5/2003, 568 ff.
- Omels**, Zur Unlauterkeit der gezielten Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 10 UWG), WRP 2/2004, 136 ff.
- Quiring**, Die Anwebung von Mitarbeitern im Lichte der UWG-Reform – und vice versa, WRP 10/2003, 1181 ff.
- Sack**, Regierungsentwurf einer UWG-Novelle, ausgewählte Probleme, BB 21/2003, 1073 ff.
- Sack**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 5/2003, 549 ff.
- Sack**, Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle, WRP 4/2001, 327 ff.
- Sack**, Vergleichende Werbung und die Erheblichkeitsschwelle in § 3 des Regierungsentwurfs einer UWG-Novelle, WRP 1/2004, 30 f.
- Sack**, Gesetzwidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle, WRP 11/2004, 1307 f.
- Schloßer**, Unlautere Werbung durch Stellenanzeigen, WRP 2/2004, 145 ff.
- Schulz**, Die neuen Verjährungsvorschriften des UWG, WRP 3/2005, 274 ff.
- Schünemann**, Unlauterkeit in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 7/2004, 925 f.
- Sosnitza**, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland. Zum Regierungsentwurf des UWG v. 09.05.2003, GRUR 2003, 739 ff.
- Stadler/Micklitz**, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 5/2003, 559 ff.
- Vogt**, Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 2001 bis 2003, NJW 46/2003, 3306 ff.
- Weiler**, Ein lauterkeitsrechtliches Vertragsauflösungsrecht des Verbrauchers?, WRP 4/2003, 423 ff.
- Wimmer-Leonhardt**, UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, JurPC Web-Dok. 219/2003, Abs. 1 – 35 (= GRUR 2004, 12 ff.)
- Stellungnahmen aus der Praxis (im Internet veröffentlicht):**
- Stellungnahme **der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.** vom 03.06.2003 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.05.2003 (17 Seiten).
- Stellungnahme des **Deutschen Industrie- und Handelskammertages (DIHK)** vom 24.02.2003 zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (13 Internetseiten).
- Stellungnahme der **Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände (BDH)** vom 28.02.2003 zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (18 Seiten).
- Stellungnahme des **Deutschen Direktmarketingverbandes (DDV)** vom 24.02.2003 zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (9 Seiten) sowie Ergänzungen vom 20.05.2003, Juni 2003 und 22.08.2003 zum Regierungsentwurf vom 07.05.2003.
- Stellungnahme des **Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e.V. (BITKOM)** vom 27.02.2003 zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (7 Seiten).
- Stellungnahme der **IHK Rhein-Neckar** vom 18.02.2003 zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (5 Seiten).
- Stellungnahme des **Deutschen Anwaltsvereins** vom 23.02.2003 zum Referentenentwurf zu einem Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (4 Seiten).
- Stellungnahme des **Deutschen Richterbundes** vom Feb. 2003 zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 23.01.2003 (2 Seiten).
- Gutachten**
- Fezer**, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, Gutachten im Auftrag der Bundesministerin der Justiz, vom 12.06.2001 (WRP 2001, 989 ff.).
- Schricker/Henning-Bodewig**, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz von Juli 2001 (WRP 2002, 1317 ff.).
- Micklitz/Stadtler**, „Unrechtsgewinnabschöpfung“ – Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruchs im UWG, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft, 2003 (Nomos Verlag 2003),

#### **Bezug zu EU**

**Apostolopoulos**, Einige Gedanken zur Auslegung der nationalen Generalklauseln im Hinblick auf eine Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2/2005, 152 f.

**Keßler/Micklitz**, BB Europareport: Der Richtlinienvorschlag über unlautere Praktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr, BB 40/2003, 2073 ff.

**Keßler/Micklitz**, Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG, Nomos Verlag, 2003

**Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig**, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 12/2002, 1317 ff.

**Köhler/Lettl**, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 9/2003, 1019 ff.

**Lettl**, Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 8/2004, 1079 f.

**Säcker**, Das UWG zwischen den Mühlsteinen europäischer Harmonisierung und grundrechtsgebote-ner Liberalisierung, WRP 9/2004, 1199 f.

**Schricker/Henning-Bodewig**, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, WRP 12/2001, 1367 ff.

**Veelken**, Kundenfang gegenüber dem Verbraucher (Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken), WRP 1/2004, 1 f.