

Leverkusen, den 12.06.2019

Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung nehmen wir wie Folgt Stellung:

Der Referentenentwurf ist – nicht zuletzt auf Grund der diversen fachlichen Ausführungen u.a. von Verbänden - massiv verändert und nachgebessert worden, so dass eine weitere Mitwirkung von Verbänden und Institutionen – auch wenn dies der Deutsche Bundestag aus seiner Zuständigkeit heraus nicht muss - geboten gewesen wäre. Viele der nunmehr vorgenommenen Änderungen im Gesetzestext bzw. der Klarstellungen in der Gesetzesbegründung sind zu begrüßen und durchaus mit der Systematik des Wettbewerbsrechts (nunmehr) in Einklang zu bringen.

Vor allem führen aber weiterhin die mit falschem wettbewerbsrechtlichem Verständnis im Gesetz erwähnte Geltendmachung von Vertragsstrafen und diesbezügliche Vorgaben bzw. Überprüfungen zu einer Behinderung der Verbände, ihren gesetzgeberischen Auftrag wahrzunehmen haben. Die Berichts- und Mitteilungspflichten (§ 8a Abs. 3 UWG-E iVm § 4b UKlaG-E) beeinträchtigen in verfassungswidriger Weise den Status von Vereinen. Auch die Verordnungsermächtigung in § 8a Abs. 3 UWG-E iVm § 4d UKlaG-E sieht keine Regelung zum Datenschutz vor. Insofern wird der IDO Verband – sollte das Gesetz in dieser Form ergehen – die angekündigten Maßnahmen der Verfassungsbeschwerde (<https://www.ido-verband.com/wp-content/uploads/2019/01/Rechtsgutachten.pdf>) und der Einleitung eines EU-Vertragsverletzungsverfahrens veranlassen.

§ 8a Abs. 2 Nr. 2 UWG-E

Der IDO Verband hat erfahren, dass es bereits jetzt diverse „Vorratsgründungen“ von Vereinen gibt. Es gibt einen „grauen Markt“ von Verbandsgründungen, die zwecks Eintragung in die zu schaffende Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände, initiiert worden sind, um die vorgesehenen zeitlichen Vorgaben erfüllen zu können. Das Merkmal, dass ein solcher Verband „ein Jahr seine satzungsgemäßen Aufgaben wahrgenommen hat“, ist insofern zu leicht zu erfüllen. Die satzungsgemäßen Aufgaben eines Verbandes bestehen bei vorgenannten Vereinen nicht in der – in der Regel defizitären - Durchführung eines Prozessbetriebes. Bekanntlich stellen solche Verbände ihre satzungsgemäßen Ziele dar, indem sie einen (inhaltlich) bedeutungslosen Newsletter oder einen nicht nachvollziehbaren bzw. tatsächlich nicht vorhandenen Beratungsservice propagieren. Daher besteht die Befürchtung, dass im Vorlauf des Inkrafttretens des Gesetzes gegründete Vereine sich mit Absichten auf die Liste setzen lassen könnten, die das Gesetz gerade vermeiden will.

Aus diesem Grunde fordert der IDO Verband den Gesetzgeber auf, die Anforderungen in § 8a Abs. 2 Nr. 2 UWG-E zu verschärfen, um vorbeschriebene Vereine auszugrenzen. Ein Verband sollte sich über einen Zeitraum von 5 Jahren beweisen, bevor er die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zuerkannt erhält. Dies stellt auch keine Einschränkung der Effektivität bei der Durchsetzung von Verbraucherrechten dar. Denn es gibt genügend Verbände, die diese vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben erfüllen können.

§ 8a Abs. 2 Nr. 3 b) UWG-E, § 8b Abs. 2 Nr. 1 UWG-E und § 4 Abs. 2 Nr. 3 b) UKlaG-E

Das Merkmal „... seine Ansprüche nicht vorwiegend geltend machen wird, um für sich Einnahmen aus ... Vertragstrafen zu erzielen“ stellt eine massive Behinderung der aktivlegitimierten Verbände dar. Zu deren Aufgaben gehört es, Vertragsstrafenvereinbarungen, die zur Vermeidung von Gerichtsverfahren (siehe § 13 Abs. 1 UWG-E) getroffen werden, zu überwachen.

Insofern sei erneut auf das Urteil des BGH „Wir dürfen nicht feiern“ vom 20.05.1999, Az. I ZR 66/97, verwiesen:

„Gerade weil ein solcher Verband ... in der Lage sein muß, das Wettbewerbsgeschehen zu beobachten und zu bewerten, ... entfällt notgedrungen auch ein Teil der fixen Kosten auf die Abmahntätigkeit (vgl. Großkomm. UWG/Kreft, vor § 13 Rdn. C 178; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 41 Rdn. 94). Ist sichergestellt, daß lediglich dieser Teil der Verbandstätigkeit durch die eingenommenen Abmahnpauschalen gedeckt wird, und ist weiter gewährleistet, daß die anderen Aufgaben des Verbandes nicht völlig hinter der Abmahntätigkeit zurücktreten, ist gegen eine Heranziehung dieser Einnahmen, die zwingend in der Gewinnermittlung aufgeführt sein müssen, nichts einzuwenden.“

Falls ein Verband die ihm – an Stelle eines gerichtlichen Unterlassungstitels – überreichten Unterlassungsvereinbarungen nicht überwacht, würde er sich dem Einwand des Rechtsmissbrauchs aussetzen, weil er seine Aktivlegitimation dann nicht wahrnimmt (siehe dazu Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. 2017, S. 315 Rn. 25 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH). Schon aus diesem Grunde müssen

Einnahmen aus Vertragstrafen bei der Beurteilung eines Missbrauchs-Kriteriums außen vor bleiben. Vertragstrafen kann ein Unterlassungsgläubiger im Übrigen nicht „generieren“. Deren Entstehung hängt ausschließlich von einer schuldhaften Pflichtverletzung des Unterlassungsschuldners ab, der Unterlassungsgläubiger hat hierauf keinen Einfluss. Nach dem mit dem Unterlassungsschuldner geschlossenen Vertrag dürfen Vertragstrafen bei pflichtgemäßem Vertragsverhalten des Unterlassungsschuldners nicht anfallen. Sie fallen nur an, wenn der Unterlassungsschuldner schuldhaft handelt, und sind dann ausschließlich vom Schuldner „generiert“ worden.

Einem Gläubiger vorzuschreiben, dass er jedenfalls teilweise die Rechte aus privatrechtlichen Vereinbarungen nicht mehr geltend machen darf, ist ersichtlich verfassungswidrig (Verstoß gegen Art. 14 GG). Um nicht die Eintragungskriterien zu gefährden, müsste ein Verband also darauf Acht geben, dass er z. B. bis Mitte des Monats einen Rahmen an Vertragstrafen nicht überschreitet und dann ab dem 15. eines Monats alle Verstöße gegen Unterlassungsvereinbarungen sanktionslos hinnimmt (und damit die entsprechenden Schuldner und deren vertragswidriges Verhalten faktisch privilegiert bzw. rechtlich privilegieren muss, was wiederum zu einer Ungleichbehandlung von Schuldnern führt), und damit auf seine vertraglichen Rechte verzichtet.

Da Unterlassungsvereinbarungen (auf deren Grundlage Vertragstrafen in Betracht kommen) an die Stelle eines sonst erforderlichen gerichtlichen Titels treten (und damit der Entlastung der Justiz dienen), ist es auch völlig systemwidrig, die Verfolgung von Verstößen gegen gerichtliche Untersagungen (durch Ordnungsmittelverfahren nach der ZPO) unbeschränkt zuzulassen, bei den Unterlassungsverträgen, die an deren Stelle treten und der Entlastung der Justiz dienen, aber eine Kappung vorzunehmen.

Übersehen wird an dieser Stelle auch, dass die Unterlassungsvereinbarungen nicht auf der Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG beruhen, sondern auf dem Vertrag zwischen Unterlassungsgläubiger und Unterlassungsschuldner (ständige Rechtsprechung). Die Aktivlegitimation aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG hat der Schuldner durch seine Vertragserklärung beim Unterlassungsvertrag bereits anerkannt, sie kann nicht nochmals beurteilt werden (ständige Rechtsprechung).

Laut der Begründung des Regierungsentwurfs (S. 31 zu § 13 Abs. 4 UWG-E) soll die Begrenzung der Abmahnmöglichkeiten der Mitbewerber dadurch kompensiert werden, dass diese sich im Wege der Beschwerde an qualifizierte Wirtschaftsverbände wenden. Nachteilige Folgen für die Rechtsdurchsetzung sind nach der Begründung daher nicht zu befürchten. Auch insofern muss bei den Verbänden eine Zunahme von Verfahren berücksichtigt werden. Insofern wäre in der Begründung als Auslegungshilfe ein Hinweis wichtig, dass die Abarbeitung von Beschwerden ein Indiz dafür ist, dass der Verein seine Ansprüche nicht geltend macht, um für sich Einnahmen aus Abmahnungen zu erzielen. Würde es anders beurteilt werden, wären nachteilige Folgen für die Rechtsdurchsetzung – entgegen der Begründung – eben doch zu befürchten.

Die Limitierung der Überwachung von Unterlassungsvereinbarungen und der Sanktionierungen bei Verstößen ist kein wirksamer Verbraucherschutz mehr. Die Aktivlegitimation wird an dieser Stelle auszuhebeln versucht. Auch an dieser Stelle weisen wir darauf hin, dass der Entwurf unserer Meinung nach unvereinbar ist mit den Vorgaben des Art. 11 Abs. 1 S. 1, 2 lit a) der UGP Richtlinie (2005/29/EG). Danach müssen „geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken“ gewährleistet sein (S. 1), damit Mitbewerber und Organisationen u. a. mittels

„Rechtsvorschriften, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben“ in der Lage sind „gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen“ (S. 2 lit. a)). Die Unterlassungsvereinbarung ersetzt einen gerichtlichen Titel, was der Entlastung der Justiz dient. Wie wir dargelegt haben, letztendlich bestätigt auch durch die Stellungnahmen anderer Verbände und Institutionen zum vorherigen Entwurf, liegt auch in der Form des Regierungsentwurfs „kein geeignetes und wirksames Mittel“ i.S.d. UGP-Richtlinie mehr vor. Der mit der UGP-Richtlinie verfolgte Verbraucherschutzgedanke wird daher erheblich beeinträchtigt.

Die gesetzliche Intention, das Verhalten des Unterlassungsgläubigers zu bestrafen, falls dieser die Überwachung von Unterlassungsvereinbarungen ernst nimmt und – von dem Unterlassungsschuldner begangene – Verstöße gegen den Unterlassungsvertrag sanktioniert, ist mit den Verbraucherschutz-Bestrebungen der EU unvereinbar. Da der Gesetzgeber in diesem Falle offenbar beabsichtigt, Unternehmen zu schützen, die gegen vertragliche Regelungen, die auch dem Verbraucherschutz dienen, verstoßen, wird der IDO Verband diesbezüglich das EU Vertragsverletzungsverfahren einleiten, falls das Kriterium „die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen“ in dieser Form bleibt.

§ 13a Abs. 3 UWG-E

Es sollte zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass eine Zuwiderhandlung „in nur unerheblichem Maße“ dann nicht vorliegt, wenn ein Unternehmer wiederholt gegen eine vertragliche Verpflichtung, auch eine solche im Sinne des § 13 Abs. 4 UWG-E, verstößt.

§ 8a Abs. 3 UWE-E iVm § 4b UKlaG-E

Die Berichtspflichten beeinträchtigen in unverhältnismäßiger Weise die Vereinsrechte und sind u. E. verfassungswidrig. Der Regierungsentwurf greift in die Vereins- bzw. Privatautonomie der Vereine ein, und zwar im vollen Betätigungs-Spektrum, nicht nur für den sog. Abmahnbetrieb (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG); er steht in dieser Form nicht in Einklang mit Art. 9 GG. Vereine werden durch ihren Vorstand geleitet. Dieser wird von den stimmberechtigten Mitgliedern gewählt und hat diesen Bericht zu erstatten. Das gilt insbesondere auch für Ein- und Ausgaben, für Zuwendungen an Mitglieder oder Vergütungsabsprachen. Eine Regelung, wonach diese Kernbereiche des Vereinsrechts so umgestaltet werden, dass Kontrolle und Rechenschaftslegung nun gegenüber einer Behörde zu erfolgen haben, ist weder mit dem Vereinsrecht noch mit Art. 9 GG vereinbar. In unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf hatten wir bereits darauf hingewiesen. Ferner stützen wir uns insofern auf ein Rechtsgutachten (Veröffentlichung im Bundesanzeiger vom 18.01.2019).

Auch an dieser Stelle weisen wir darauf hin, dass der Entwurf unserer Meinung nach unvereinbar ist mit Art. 11 Abs. 1 S. 1, 2 lit a) der UGP Richtlinie (2005/29/EG). Danach müssen „geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken“ gewährleistet sein, damit Mitbewerber und Organisationen u. a. mittels „Rechtsvorschriften, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben“ in der Lage sind „gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen“. In der Form des Regierungsentwurfs liegt kein „geeignetes und wirksames Mittel“ mehr vor. Der mit der UGP-Richtlinie verfolgte Verbraucherschutzgedanke wird erheblich beeinträchtigt.

Auch die Präsidentin des DAV, Frau Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, hat in einer Pressemitteilung des DAV das irrationale Handeln des Gesetzgebers erkannt. Wir zitieren wie folgt: *„Es ist völlig unverständlich, warum der Gesetzgeber einerseits den Verbraucherschutz durch strenge gesetzliche Auflagen stärkt, zugleich jedoch Verstöße als Bagatellen abtut und Abmahnungen ... pauschal unter Missbrauchsverdacht stellt.“*

Dazu lässt sich ergänzen, dass der Gesetzgeber nicht nur den Verbraucherschutz – entgegen den Vorgaben der EU – „aus den Augen verliert“, sondern er auch noch die Anspruchsberechtigungen abzubauen versucht, scheinbar damit Verstöße, ggf. im Interesse der Wirtschaft, möglichst sanktionslos bleiben. Da die Verbände seit mehr als 100 Jahren die Funktion einer fehlenden Behörde wahrnehmen, lässt sich die Situation so vergleichen, dass der Gesetzgeber (vergleicht man die Situation mit der einer Behörde) einer Behörde untersagen würde, ab dem 15. eines Monats weiter Bußgeldforderungen einzunehmen, weil das von der breiten Masse der Rechtsverletzer so erwartet wird.

§ 8a Abs. 3 UWG-E iVm § 4b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 und 3 b) UKlaG-E

Dem Gesetzgeber hat offenbar immer noch die falsche Vorstellung, es gäbe „Abmahnvereine“. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG gibt es Unternehmerverbände. Diese haben u. a. die gesetzlich übertragene Möglichkeit, Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Ein Unternehmerverband führt darüber hinaus aber auch Prozesse aus anderen Gründen, z. B. wegen rückständiger Mitgliedsbeiträge, wegen Verletzung eigener Namens- oder Markenrechte, wegen eigener Beeinträchtigung von Rechten, z. B. als Betroffener unlauterer Werbung, z. B. Kaltakquise usw. Ohne jegliche Differenzierung spricht der Gesetzeswortlaut von „Klagen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche“ bzw. „Erstattung von Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung“, von „Abmahnungen“, „Vertragsstrafen“ usw. Alle diese Posten sind auch für Ansprüche relevant, die der Verein als in eigenen Rechten Betroffener (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG oder §§ 823 ff. BGB bzw. Vertragsrecht usw.) geltend macht. Es wird nicht deutlich, dass sich die begehrten Auskünfte auf Ansprüche, die im Rahmen der Aktivlegitimation aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG geltend gemacht werden, beziehen sollen.

§ 8a Abs. 3 UWG-E iVm § 4b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UKlaG-E

Es ist nicht ersichtlich, warum ein Verein, der nur 75 Mitglieder für die Eintragung in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände benötigt (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E), im Rahmen der Berichterstattung sämtliche Mitglieder angeben muss (§§ 8a Abs. 3 UWE-E iVm § 4b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UKlaG-E). Laut Begründung des Entwurfs gehören dazu die „Namen“. Da bei der Häufigkeit von Namen (z. B. Max Müller) keine Zuordnung möglich ist, wird sich die geforderte „Bezeichnung“ auf Adressen erstrecken müssen. Bei größeren Verbänden sind hunderte bzw. tausende Personen (beim IDO Verband sind es über 2.600 unmittelbare Mitglieder) zu benennen. Dadurch wird das Bundesamt für Justiz verpflichtet, jede natürliche Person (Einzelunternehmen, GbR-Gesellschafter, Geschäftsführer usw.) über die Datenerhebung (Datenspeicherung usw.) zu informieren. Jedes der Mitglieder könnte nach Art. 15 DSGVO Auskunft über die Verarbeitung seiner Daten beim Bundesamt für Justiz verlangen. Der Gesetzgeber mag darüber nachdenken, wie er bei der Vielzahl von Berufsverbänden, die sich eintragen werden, und deren insgesamt möglicherweise Hunderttausenden von Mitgliederdaten umgehen will. In welchem Übermaß hier in unverhältnismäßiger – gerade zu sinnloser Weise – Mitgliederdaten erhoben werden sollen, wird deutlich, wenn man sich einmal die Vereine

anschaut, die sich vermutlich in die Liste eintragen lassen werden: Berufsvertretungen, Anwaltvereine, Brauereiverbände, Buch und Zeitschriftenhändlerverbände, Verbände der Heilpraktiker, Lebensmittelhändler- und Weingutgesitzervereine (die Beispiele und noch viele mehr sind bei Ahrens (Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. 2017, S. 305) nachzuschlagen. Wie soll das Bundesamt für Justiz (und die dort im Datenschutzrecht handelnden Personen) in der Lage sein festzustellen, welche personenbezogenen Daten der Mitglieder von Vereinen das Bundesamt nach § 8a Abs. 3 UWG-E iVm § 4b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UKlaG-E verarbeitet hat, und hiernach fristgerecht Auskunft erteilen?

Ein Großteil der Mitglieder wird mit dem Abmahnbetrieb ggf. gar nichts zu tun haben, weil es sich um Branchen handelt, in denen die Aktivlegitimation gar nicht wahrgenommen wird. Dem IDO Verband gehört z.B. ein als Airline tätiges Unternehmen an. Evident genügt diese Anzahl nicht, um Ansprüche nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG geltend machen zu können. Warum also sollen solche Unternehmen beim Bundesamt für Justiz gemeldet werden?

Wir fordern daher aus verfassungsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Gründen die Beschränkung der Mitgliederdaten (§ 4b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UKlaG-E) auf die Zahl von 75 Mitglieder (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E).

§ 8a Abs. 3 UWG-E iVm § 4d UKlaG-E

Auch an dieser Stelle erfolgt keine Berücksichtigung des Datenschutzes, insbesondere was die Möglichkeiten Dritter betrifft, über eine Akteneinsicht an die sensiblen Mitgliederdaten zu gelangen (siehe dazu bereits unsere vorstehenden Ausführungen). Evtl. Akteneinsichtsrechte Dritter müssen daher Datenschutz- und Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen angemessen berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen



Leonie Boddenberg
Geschäftsführerin
Qualifizierte Person iSd § 12 Abs. 4 S. 1 RDG