

Klingelhöferstraße 4 · 10785 Berlin  
Telefon 030 / 59 00 91 500 · Telefax 030 / 59 00 91 501  
Postfach 30 30 79 · 10730 Berlin

Friedrichstraße 83 · 10117 Berlin  
Telefon 030 / 20225-5381 · Telefax 030 / 20225-5385  
Postfach 11 01 80 · 10381 Berlin

Bundesministerium der Justiz  
und für Verbraucherschutz  
Referat III B 5  
Mohrenstraße 37  
10117 Berlin

27. September 2018  
Fr/Dr. C/Gö

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs  
Geschäftszeichen: III B 5-7034/15-31 383/2018**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Übersendung des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs und die damit verbundene Gelegenheit der Stellungnahme.

Wir begrüßen ausdrücklich das mit dem Referentenentwurf verfolgte Ziel, den Missbrauch der Abmahnung und die damit einhergehenden Belastungen für Unternehmen einzudämmen.

Aufgrund der nach unseren Erfahrungen ausgebliebenen Abmahnwelle zur DSGVO befürworten auch wir, derzeit auf spezielle Regelungen zur Abmahnung von Verstößen gegen die DSGVO zu verzichten. Aus unserer Sicht sind jedoch einige andere Änderungen zu den im Referentenentwurf vorgeschlagenen Neuregelungen erforderlich (dazu unter I.).

Des Weiteren regen wir an, aufgrund der aktuellen Rechtsprechung zum Folgenbeseitigungsanspruch bei unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine zusätzliche Klarstellung zur Reichweite des Beseitigungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG aufzunehmen, um eine Kohärenz mit dem durch die Musterfeststellungsklage geschaffenen Instrument der kollektiven Rechtsdurchsetzung herzustellen und auch in diesem Zusammenhang unbillige Belastungen für Unternehmen zu verhindern (dazu unter II).

**I. Änderungen zum Referentenentwurf**

**1. Änderung zu Art. 1 Nr. 2 (§ 8a UWG-E)**

**§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E ist wie folgt neu zu fassen:**

*„(2) Ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, gewerbliche oder selbständige berufliche Interessen zu verfolgen und zu fördern sowie zu Fragen des lauterer*

Wettbewerbs zu beraten und zu informieren, wird auf seinen Antrag in die Liste eingetragen, wenn

**1. von ihm Unternehmen, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, oder Verbände, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, nach deren Anzahl und Marktbedeutung repräsentativ vertreten werden,“**

**Begründung:**

Die in dem Referentenentwurf als Voraussetzung für die Abmahnbefugnis von Wirtschaftsverbänden festgelegte absolute Zahl von mindestens 50 vertretenen Unternehmen bzw. mindestens fünf vertretenen Verbänden würde die Anspruchsberechtigung von Verbänden in Branchen ausschließen, in der es nur wenige tätige Unternehmen gibt. Beispielsweise gibt es in Deutschland zwanzig Bausparkassen, darunter zwölf private und acht öffentliche Bausparkassen.

Für andere Branchen, in denen sehr viele Unternehmen tätig sind, könnte hingegen die Mindestanzahl von 50 Unternehmen zu gering sein, um einem Missbrauch der Abmahnbefugnis entgegenzuwirken.

Aus diesem Grund sollte darauf verzichtet werden, eine Mindestanzahl von Mitgliedern festzulegen. Vielmehr sollte weiterhin auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze abgestellt werden. Demnach kommt es entscheidend darauf an, ob in dem Verband Gewerbetreibende aus der einschlägigen Branche – direkt oder über die Mitgliedschaft in einem Mitgliedsverband – nach Anzahl und/oder Marktbedeutung repräsentativ vertreten sind, so dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008, Az. I ZR 197/06, Rn. 12; vgl. bereits BGH, Urteil vom 11. Juli 1996, Az. I ZR 79/94, Rn. 26, zur früheren Regelung in § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.). Diese Rechtsprechung sollte aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Eingang finden in § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E.

**2. Änderung zu Art. 1 Nr. 5 (§ 13 UWG-E)**

**In § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E ist der Begriff „ihres Ausmaßes“ zu streichen und die Vorschrift unter Beibehaltung der übrigen Formulierung wie folgt neu zu fassen:**

*„(4) Der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen ist für Anspruchsberechtigte nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 oder Nummer 2 ausgeschlossen, wenn*

**1. die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihrer Schwere und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt und“**

**Begründung:**

Als Beispiele für die ihrer Art, ihrer Schwere und ihren Folgen nach unerheblichen Beeinträchtigungen werden in der Begründung zu § 13 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E u.a. die Verwendung der Angabe „2 Wochen“ statt „14 Tage“ in einer Widerrufsbelehrung sowie geringfügige Abweichungen von den Vorgaben der Art. 13, 14 DSGVO genannt.

Diese Beeinträchtigungen sollten auch dann als unerheblich im Sinne des § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E gewertet werden können, wenn sie angesichts des Umfangs der Geschäftstätigkeit des Gewerbetreibenden eine größere Anzahl von Verbrauchern betreffen. Denn Abmahnungen sollten nicht nur gegenüber kleineren Unternehmen, sondern gegenüber allen Unternehmen unabhängig von ihrer Größe nicht zur Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen, sondern vielmehr im Interesse eines rechtstreuen Wettbewerbs erfolgen. Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs würde ein falsches Signal setzen, wenn es finanzielle Anreize für missbräuchliche Abmahnungen nur gegenüber kleineren Unternehmen beseitigen würde.

## **II. Ergänzende Regelung zum Folgenbeseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG**

Wir regen an, in dem Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs ergänzend klarstellende Bestimmungen zur Reichweite des Folgenbeseitigungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG aufzunehmen.

Die Notwendigkeit dieser Regelung ergibt sich aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die bei unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Beseitigungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG anerkannt hat. So hat der BGH mit Urteil vom 14. Dezember 2017 (Az. I ZR 184/15, Rn. 43) – entgegen der Vorinstanz – entscheiden, dass im Falle von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Beseitigungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 UWG dem Grunde nach bestehe. Unter Berufung auf diese Entscheidung hat das OLG Dresden mit Urteil vom 10. April 2018 (Az. 14 U 82/16, Rn. 57) angenommen, dass sich im Falle einer unwirksamen Gebührenregelung aus § 8 Abs. 1 UWG ein Folgenbeseitigungsanspruch der nach § 8 Abs. 3 UWG Anspruchsberechtigten auf Rückzahlung der belasteten Gebühr an alle betroffenen Kunden ergebe.

### **1. Kohärenz zu den Anforderungen an die kollektive Rechtsdurchsetzung**

**Wir regen an, § 8 Abs. 1 UWG um folgenden neuen Satz 3 zu ergänzen:**

***„Der Anspruch auf Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn er auf eine Leistung des Unternehmens gerichtet ist, die betroffene Verbraucher selbst verlangen können.“***

#### **Begründung:**

Nach der oben genannten aktuellen Rechtsprechung dürften die nach § 8 Abs. 3 UWG Anspruchsberechtigten im Falle von für unwirksam erklärten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Beseitigung nach § 8 Abs. 1 UWG und dabei insbesondere bei unwirksamen Gebührenklauseln die Rückzahlung der belasteten Gebühren an alle betroffenen Kunden verlangen können. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck des Lauterkeitsrechts sowie den kürzlich durch das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12. Juli 2018 (BGBl. I, S. 1151) festgelegten engen Voraussetzungen für die kollektive Verfolgung von Individualansprüchen der Verbraucher.

So sieht das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage insbesondere vor, dass ein im Rahmen der Musterfeststellungsklage ergehendes Urteil ausschließlich für diejenigen Verbraucher wirken soll, die sich entschieden haben, ihre Ansprüche nach § 608 ZPO in der ab dem 1. November 2018 geltenden Fassung zum Klageregister anzumelden. Dieses Erfordernis eines Mandats der betroffenen Verbraucher (sog. Opt-In-Prinzip) ist zur Wahrung des Rechts auf rechtliches Gehör erforderlich. Es sollte der freien Entscheidung eines jeden Verbrauchers überlassen werden, ob er an der kollektiven Rechtsverfolgung im Rahmen des Musterfeststellungsverfahrens teilhaben oder aber seine Ansprüche selbst gerichtlich oder auch außergerichtlich geltend machen möchte. Dies entspricht auch dem im deutschen Zivilprozessrecht anerkannten Dispositionsgrundsatz der Parteien. Ohne eine Begrenzung des Beseitigungsanspruchs würden die nach § 8 Abs. 3 UWG Anspruchsberechtigten im Ergebnis ohne ein Mandat der betroffenen Verbraucher deren Individualansprüche, etwa auf Rückzahlung von belasteten Gebühren aufgrund unwirksamer Gebührenklauseln aus § 812 Abs. 1 BGB, geltend machen können.

Zudem würde ein solcher, etwa auf Rückzahlung von Gebühren an betroffene Verbraucher gerichteter Beseitigungsanspruch die engen Voraussetzungen für die Klagebefugnis bestimmter Verbraucherverbände umgehen, die in § 606 Abs. 1 ZPO in der ab dem 1. November 2018 geltenden Fassung für die Musterfeststellungsklage vorgesehen worden sind. Durch diese Begrenzung sollten nach der Gesetzesbegründung insbesondere eine kommerzielle Klageindustrie und missbräuchliche Klageerhebungen zur Gewinnerzielung verhindert werden. Auch sollte ausgeschlossen werden, dass das Instrument des kollektiven Rechtsschutzes zur Schädigung von Wettbewerbern eingesetzt

wird (vgl. Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, Bundestags-Drucksache 19/2507, Seite 22). Unter Umgehung dieser in der Musterfeststellungsklage für den kollektiven Rechtsschutz festgelegten Voraussetzungen könnten (ohne die von uns vorgeschlagene Ergänzung) über § 8 Abs. 1 UWG im Ergebnis Individualansprüche durch alle nach § 8 Abs. 3 UWG anspruchsberechtigten Verbraucherschutzverbände, Wirtschaftsverbände und auch Mitbewerber geltend gemacht werden.

Aufgrund des Zwecks des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, die Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen und das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu schützen (§ 1 Satz 1 UWG), ist der Gesetzgeber – entgegen der neueren Rechtsprechung zum Folgenbeseitigungsanspruch – davon ausgegangen, dass Ansprüche einzelner betroffener Verbraucher nach geltendem Recht weder durch das UKlaG noch durch das UWG geltend gemacht werden können. In dem Gesetzesentwurf zur Einführung der Musterfeststellungsklage wird hierzu insbesondere ausgeführt (vgl. Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, Bundestags-Drucksache 19/2507, Seite 14 – Hervorhebung von den Verfassern):

*„Das UKlaG gewährt Unterlassungs- und Widerrufsansprüche bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, insbesondere wegen der Verwendung von nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und wegen verbraucherschutzgesetzwidriger Praktiken. [...] Individuelle Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, wie sie im Rahmen von breit gestreuten Schäden mit vielen Betroffenen entstehen und deren Rechtsverfolgung erleichtert werden soll, können allerdings im Rahmen der im UKlaG vorgesehenen Klagearten nicht verfolgt werden. Eine mit dem UKlaG vergleichbare Sachlage ergibt sich hinsichtlich der Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung unlauterer geschäftlicher Handlungen aus § 8 Absatz 1 UWG sowie des Anspruchs auf Gewinnabschöpfung aus § 10 Absatz 1 UWG. Auch insoweit können Ansprüche einzelner Betroffener bislang nicht verfolgt werden.“*

Die vorgeschlagene Klarstellung zur Reichweite des Folgenbeseitigungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG ist auch mit dem europäischen Recht vereinbar. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>1</sup> verpflichtet in Art. 11 Abs. 2 die Mitgliedstaaten lediglich dazu, einen Unterlassungsanspruch vorzusehen. Da den Mitgliedstaaten in Art. 11 Abs. 2 dieser Richtlinie freigestellt ist, ob sie überhaupt einen Beseitigungsanspruch regeln, ergeben sich keine Vorgaben an die Ausgestaltung eines solchen Beseitigungsanspruchs.

Schließlich ginge eine Möglichkeit der Verbraucherschutzverbände, Wirtschaftsverbände und Wettbewerber, Ansprüche von Verbrauchern nach § 8 Abs. 1 UWG geltend zu machen, insbesondere im Hinblick auf die fehlende Begrenzung der Anspruchsberechtigung sowie das völlige Fehlen eines Mandates der Verbraucher deutlich über die Anforderungen an die europäische Sammelklage aufgrund des Richtlinienvorschlags<sup>2</sup> hinaus, der im Rahmen des „New Deal For Consumers“ vorgestellt worden ist.

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlament und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates.

<sup>2</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2018 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG

## 2. Jedenfalls: Ausschluss von Beseitigungsansprüchen nach § 8 Abs. 1 UWG infolge einer Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Falls die unter Ziffer 1. vorgeschlagene Ergänzung des § 8 Abs. 1 UWG als zu weit angesehen werden sollte, sollte in § 8 Abs. 1 UWG jedenfalls folgender Satz 3 aufgenommen werden:

*„Ein Anspruch auf Beseitigung ist ausgeschlossen bei Zuwiderhandlungen nach §§ 1 bis 2a des Unterlassungsklagengesetzes.“*

### **Begründung:**

Ein Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG sollte für Zuwiderhandlungen ausgeschlossen sein, für die das UKlaG bereits in §§ 1 bis 2a Ansprüche der nach §§ 3 oder 3a Anspruchsberechtigten auf Unterlassung, Widerruf oder Beseitigung vorsieht.

Insbesondere ist aufgrund der schutzwürdigen Interessen von Unternehmen im Falle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Einschränkung von Folgenbeseitigungsansprüchen nach § 8 Abs. 1 UWG geboten. Wenn ein Unternehmen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, können nach § 1 UKlaG die nach § 3 UKlaG Anspruchsberechtigten Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch Widerruf verlangen.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach §§ 307 bis 309 BGB hat gezeigt, dass es für die Verwender schwer vorherzusehen ist, ob eine Klausel in Zukunft vom BGH als wirksam angesehen wird. So hat der BGH unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung beispielsweise Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Kreditbearbeitungsgebühr (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2014, Az. XI ZR 170/13, Rn. 32) oder zum Aufrechnungsverbot (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2018, Az. XI ZR 309/16, Rn. 16) für unwirksam erklärt. Auch hat der BGH zahlreiche Gebührenklauseln, die jahrzehntelang branchenüblich waren sowie in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur überwiegend als wirksam erachtet worden sind, ebenfalls als unwirksam bewertet. Aus diesem Grunde ist es für Unternehmer selbst unter Zugrundelegung der im Lauterkeitsrecht nach § 3 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (sowie Art. 5 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie über den unlauteren Wettbewerb) vorausgesetzten unternehmerischen Sorgfalt oft nicht vorhersehbar, ob eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom BGH als wirksam bestätigt wird bzw. wie lange diese noch vom BGH als wirksam anerkannt bleibt.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH zu der Verbandsklage bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen betont, dass ein Unterlassungsanspruch im Falle der für unwirksam erklärten Allgemeinen Geschäftsbedingungen deswegen mit den schutzwürdigen Interessen des Unternehmens vereinbar sei, weil dem Unternehmen in der Zeit ab der erfolgten Abmahnung bis zur rechtskräftigen Entscheidung hinreichend Zeit gegeben werde, sich in seinen Dispositionen auf eine ab Rechtskraft für die Zukunft geltende Unterlassungspflicht einzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1981, Az. VIII ZR 335/79, Rn. 15; BGH, Urteil vom 12. Dezember 2007, Az. IV ZR 130/06, Rn. 17).

Der BGH führte hierzu aus (Hervorhebung von den Verfassern):

*„Schutzwürdige Belange des Verwenders einer unwirksamen Klausel werden durch diese – vom Normzweck her gebotene – Auslegung [...] nicht berührt. Insbesondere enthält sie keine mit dem Unterlassungsgebot nicht zu vereinbarende Verpflichtung, die Folgen einer zunächst vereinbarten, nachträglich als unwirksam festgestellten Klausel rückwirkend zu beseitigen. Von dem Verwender einer solchen Klausel wird nicht verlangt, bereits abgewickelte Verträge rückabzuwickeln oder den Vertragspartner von sich aus vorsorglich auf die Unangemessenheit der Klausel*

aufmerksam zu machen. Die Unterlassungspflicht des Verwenders geht vielmehr - für die Zukunft und damit ohne Rückwirkung - lediglich dahin, sich bei der Durchsetzung seiner Rechte nicht auf die unwirksame Klausel zu berufen, sie insoweit nicht zu "verwenden" und lediglich nach Maßgabe des dispositiven Rechts (§ 6 Abs 2 AGBG) vorzugehen. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Verwenders wird dadurch nicht beeinträchtigt."

Es entspricht daher der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, dass im Falle von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein kollektiver Rechtsschutz lediglich in Form der Unterlassungsklage nach dem UKlaG vorgesehen ist. Das UKlaG beinhaltet hingegen keine Rechtsgrundlage dafür, dass im Falle der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel im Rahmen der Verbandsklage beispielsweise Gebühren zurückgefordert oder Verträge rückabgewickelt werden. Diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers sollte über § 8 Abs. 1 UWG nicht unterlaufen werden können (vgl. Bunte, ZIP 2016, 956, 957 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 7. August 2015, Az. 2 U 107/14, Rn. 214 f.; a.A. BGH, Urteil vom 14. Dezember 2017, Az. I ZR 184/15, Rn. 47, wonach mangels ausdrücklicher Regelung im UWG keine Sperrwirkung des UKlaG im Hinblick auf den Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG bestehen soll).

Im Übrigen sieht das UWG Zahlungsansprüche lediglich in Form des ein Verschulden erfordernden Schadensersatzanspruchs nach § 9 UWG sowie den Vorsatz erfordernden Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG vor. Ein verschuldensunabhängiger Beseitigungsanspruch auf Zahlung von Geld (z.B. Rückzahlung der aufgrund unwirksamer Gebührenregelung belasteter Gebühren) würde dem deutschen Haftungssystem widersprechen. Daher sollte nach § 8 Abs. 1 UWG insbesondere nicht verlangt werden können, dass zu Unrecht erhobene Gebühren oder Entgelte zurückzuerstatten sind (vgl. hierzu Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, 36. Auflage 2018, § 8 UWG Rn. 1.107 f.; Bunte, ZIP 2016, 956, 957 und 960 f.).

Ein Folgenbeseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG gerichtet auf Zahlung von Geld, auf Rückabwicklung von Verträgen oder zur Durchsetzung anderer individueller Ansprüche der Verbraucher im Falle von nach §§ 1 bis 2a UKlaG umfassten Zuwiderhandlungen widersprüche im Übrigen den durch die Musterfeststellungsklage geschaffenen Voraussetzungen für eine kollektive Rechtsverfolgung. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen unter Ziffer II. 1 verwiesen werden.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VERBAND DER PRIVATEN  
BAUSPARKASSEN



i.A.

(Agnes Freise)

BUNDESGESCHÄFTSSTELLE  
LANDESBAUSPARKASSEN



i. A.

(Dr. Ralf Conradi)