

Stellungnahme

zum Referentenentwurf des BMJV für ein „Gesetz zur
Stärkung des fairen Wettbewerbs“

Unser Zeichen

AZ DK: LR-UWG

Kontakt: Dr. Daniel Bohne

Telefon: +49 30 20225-5366

Telefax: +49 30 20225-5345

E-Mail: daniel.bohne@dsgv.de

Berlin, 10.10.2018

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Die Deutsche Kreditwirtschaft bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) übersandten Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ Stellung nehmen zu können. Wir machen von dieser Möglichkeit gern Gebrauch und bitten um Berücksichtigung der nachfolgenden Petita.

Vorbemerkung

Das Rechtsinstitut der Abmahnung hat sich seit Langem als ein im Wettbewerbsrecht – aber darüber hinaus auch in weiteren Rechtsgebieten, insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz und im Urheberrecht – probates Mittel erwiesen, um rechtliche Auseinandersetzungen schnell und ohne Inanspruchnahme der Gerichte einer endgültigen Klärung zuzuführen. Es ist allerdings nicht zu leugnen, dass dieses Rechtsinstitut nicht erst in jüngster Zeit dadurch in Misskredit geraten ist, dass vereinzelt Abmahnungen nicht primär zum Zweck der Regelung eines strittigen Rechtsverhältnisses ausgesprochen werden, sondern mit dem vorrangigen Ziel, Ansprüche auf Erstattung von Abmahnkosten (in erster Linie Rechtsanwaltskosten) und ggf. Vertragsstrafeversprechen zu generieren.

Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt vor diesem Hintergrund ausdrücklich die Gesetzesinitiative, diese Fehlentwicklungen im Bereich der Abmahnungen weiter einzudämmen.

Nachfolgend nehmen wir zu einzelnen Vorschlägen des Referentenentwurfs zu Änderungen im UWG (A.) und UKlaG (C.) Stellung. Des Weiteren weisen wir auf den Bedarf einer gesetzgeberischen Klarstellung zum Umfang des wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruchs hin (B.) und beantworten die Frage des BMJV zum besonderen Regelungsbedarf der Abmahnung von Datenschutzverletzungen (D.).

A. Zu Art. 1 des RefE (vorgeschlagene Änderungen im UWG)

I. Aktivlegitimation/Klagebefugnis (§ 8 Abs. 3 UWG-E)

Der Referentenentwurf schlägt zur Eindämmung des sog. Abmahnwesens zunächst eine Erhöhung der Anforderungen an die Aktivlegitimation/Klagebefugnis im UWG vor. Hierzu vorab eine allgemeine Anmerkung: Ziel des Gesetzes ist die Eindämmung des Abmahnmissbrauchs, also solcher Abmahnungen, die nicht dem Ziel der Wiederherstellung eines lautereren Wettbewerbsverhaltens des Abgemahnten dienen, sondern primär dem Erzielen von Einkünften durch die Geltendmachung von Kosten – insbesondere Rechtsanwaltskosten – und Vertragsstrafen. Aus unserer Sicht sind daher Regelungen über die Kostenerstattung das effektivste Mittel zur Erreichung des gesetzten Ziels. Mit dem Ausschluss des Kostenerstattungsanspruchs des Abmahnenden und mit der bereits bestehenden gesetzlichen Regelung zu einem Kostenerstattungsanspruch des Anspruchsgegners in § 8 Abs. 4 UWG (§ 8b UWG-E) entfällt der wirtschaftliche Anreiz für missbräuchliche Abmahnungen. In diesem Bereich scheint unseres Erachtens aber noch nicht sämtliches Potenzial ausgeschöpft zu sein.

Zu den Vorschlägen des Referentenentwurfs im Einzelnen:

1. Aktivlegitimation der Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)

§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E sieht als Neuerung vor, nicht mehr per se jedem Mitbewerber die Anspruchsbeziehung gegen unlauter Handelnde zuzugestehen, sondern nur dem Mitbewerber, der in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt. Diese Verschärfung begrüßen wir grundsätzlich. Denkbar wäre noch eine Ergänzung um eine zeitliche Komponente, die sicherstellt, dass die in nicht unerheblichem Maße ähnlichen Waren oder Dienstleistungen nicht nur temporär vertrieben oder nachgefragt werden, sondern mit einer gewissen Stetigkeit.

Allerdings weisen wir darauf hin, dass mit der Beschränkung auf „ähnliche Waren oder Dienstleistungen“ in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E die Gefahr besteht, dass anerkannte Konstellationen des sich erst aus der konkreten geschäftlichen Handlung ergebenden Wettbewerbsverhältnisses (sog. **„Ad hoc-Wettbewerbsverhältnis“**, siehe z.B. die BGH-Entscheidung „Statt Blumen ONKO-Kaffee“, Urt. v. 12.01.1972 - I ZR 60/70) womöglich dann nicht mehr in den Anwendungsbereich des UWG fallen würden. Wir regen daher an, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass diese besonderen Fallkonstellationen auch unter Geltung der strengeren Anforderungen an die Mitbewerbereignenschaft i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E grundsätzlich erfasst bleiben sollen.

2. Aktivlegitimation der Wirtschaftsverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E i.V.m. § 8a UWG-E)

§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E sieht im Vergleich zur geltenden Rechtslage eine neue Konzeption zur Aktivlegitimation der rechtsfähigen Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen (Wirtschaftsverbände) vor, die im Ergebnis ebenso eine Verschärfung der Anforderungen an deren Klagemöglichkeiten bedeutet.

Während nach geltendem Recht (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung im jeweiligen Einzelfall dem Gericht gegenüber dargelegt werden müssen, ist nunmehr im Referentenentwurf eine eher (mittelbare) Anspruchsberechtigung über die Eintragung in eine vom Bundesamt für Justiz (BfJ) geführte Liste vorgesehen. Der Vorschlag lehnt sich somit an die Aktivlegitimation der Verbraucherverbände an.

Die materiellen Voraussetzungen, die ein Wirtschaftsverband erfüllen muss, um in die Liste beim BfJ eingetragen zu werden und die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG geltend machen zu können, finden sich nunmehr in einem neuen § 8a UWG-E, dort konkret in Abs. 2.

a. Grundsätzliche Anmerkungen zur „Listenlösung“ für Wirtschaftsverbände

Zu der geplanten Listenlösung bei den Wirtschaftsverbänden ist vorab darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber zum UWG 2004 seinerzeit mit guten Argumenten noch auf eine solche Lösung verzichtet hatte. In der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum UWG 2004 heißt es (vgl. BT-Dr. 15/1487, S 22 f.):

„Eine Übernahme des bei den Verbraucherverbänden praktizierten Listensystems erfolgt nicht. Ein Listensystem würde voraussetzen, dass die dort eingetragenen Verbände generell zur Erhebung von Unterlassungsklagen ermächtigt sind. Bei Verbraucherverbänden ist dies der Fall, wenn sie die erforderliche Zahl von Mitgliedern haben und sich allgemein dem Verbraucherschutz widmen. Bei Verbänden zum Schutz gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen hängt die Klagebefugnis aber vor allem davon ab, dass ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehören, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Der Begriff der erheblichen Zahl ist nach allgemeiner Ansicht nicht wörtlich zu verstehen. Es kommt vielmehr darauf an, dass dem Verband Unternehmer angehören, die auf dem in Rede stehenden sachlichen und räumlichen Markt nach Anzahl und Gewicht ein gemeinsames Interesse der Angehörigen der betroffenen Branche repräsentieren (vgl. BGH WRP 2000, 389 ff.). Ob dies im konkreten Fall vorliegt, erschließt sich den zuständigen Gerichten häufig erst nach einer Gesamtbeurteilung sämtlicher Umstände des Einzelfalles. Die Eintragung in eine beim Bundesverwaltungsamt geführte allgemeine Liste könnte eine solche Prüfung nicht ersetzen.“

Die jetzt vorgeschlagene Listenlösung führt dazu, dass die Anspruchsberechtigung der Wirtschaftsverbände vorab **abstrakt** durch das BfJ zu prüfen wäre, was die Gefahr begründet, den Besonderheiten des konkreten Einzelfalles einer unlauteren geschäftlichen Handlung nicht immer gerecht zu werden.

Das zeigt sich an der in § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E enthaltenen Voraussetzung der Tätigkeit der Mitgliedsunternehmen des Verbandes „**auf demselben Markt**“. Diese Voraussetzung ist aus der aktuellen Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG übernommen und soll mutmaßlich genauso wie dort verstanden bzw. ausgelegt werden. Dort ist mit „auf demselben Markt“ gemeint, dass sich die Verbandsmitglieder und der *Verletzer* (der nicht Mitglied des Verbandes sein muss) auf demselben Markt befinden müssen, da sich die Voraussetzung auf das Verhältnis zwischen den Verbandsmitgliedern und dem verletzenden Wettbewerber bezieht (vgl. *Köhler/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 36. Auflage 2018, § 8 Rdn. 3.35). Der Markt, um den es geht, bestimmt sich letztlich also (auch) durch die Geschäftstätigkeit des verletzenden Wettbewerbers (vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Auflage 2016, § 8 Rdn. 101, mit Nachw. zur Rspr.). Die Voraussetzung „auf demselben Markt“ lässt sich mithin immer nur am *konkreten Fall* prüfen, nicht jedoch abstrakt im Rahmen eines Antragsverfahrens, zu dessen Zeitpunkt es gar keinen verletzenden Mitbewerber gibt, auf dessen Markt auch die Mitglieder des um Aufnahme in die Liste ersuchenden Wirtschaftsverbandes tätig sein könnten. Wir regen eine Überprüfung und ggf. Anpassung des Regelungsvorschlags an.

b. Aktivlegitimation gemäß § 8a Abs. 2 UWG-E für „eingetragenen Vereinen“ gleichstehende Wirtschaftsverbände mit abweichender Verfassung, insbesondere qualifizierte Körperschaften des öffentlichen Rechts

Wir begrüßen grundsätzlich die in § 8a Abs. 2 UWG-E zum Ausdruck kommende Einschränkung der Aktivlegitimation auf qualifizierte Verbände bzw. Rechtsträger, insbesondere „**eingetragene Vereine**“. Allerdings sollten neben eingetragenen Vereinen anderweitig verfasste, aber eingetragenen Vereinen gleichstehende Verbände, vor allem **Körperschaften des öffentlichen Rechts**, anspruchsberechtigt bleiben.

Die grundsätzliche Anspruchsberechtigung abweichend verfasster Verbände, insbesondere Körperschaften des öffentlichen Rechts, ist nach bisheriger Rechtslage soweit ersichtlich unbestritten. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat die Anspruchsberechtigung z.B. der öffentlich-rechtlich organisierten Kammern der freien Berufe (Körperschaften des öffentlichen Rechts) auf der Grundlage von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG stets bejaht (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2001, I ZR 29/99 [„Vertretung der Anwalts-GmbH“] für Rechtsanwaltskammern; BGH, Urt. v. 25.06.2015, I ZR 145/14 [„Mobiler Buchhaltungsservice“] für Steuerberaterkammern; BGH, Urt. v. 31.03.2016, I ZR 88/15 [„Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur“] für die Patentanwaltskammer). Dasselbe gilt für die Handwerksinnungen (vgl. BGH, Urt. v. 27.09.1995, I ZR 156/93 [„Sozialversicherungsfreigrenze“] zur Vorgängerregelung § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.). Diese sollten, soweit sie die weiteren für eingetragene Vereine geltenden materiellen Voraussetzungen erfüllen, daher eingetragenen Vereinen gleichgestellt werden.

3. Aktivlegitimation der Verbraucherverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG-E i.V.m. § 4 UKlaG-E)

§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG-E i.V.m. § 4 UKlaG-E sieht vor, dass solche Verbraucherschutzverbände berechtigt sind, Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG geltend zu machen, die in die beim BfJ geführte Liste der qualifizierten Einrichtungen eingetragen sind. Diese Eintragung erlangen gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG-E Verbraucherschutzverbände, die mindestens **drei Verbände**, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, oder mindestens **75 natürliche Personen** als Mitglieder haben.

Diese Vorgabe bleibt hinter den Anforderungen an die Aktivlegitimation in anderen Gesetzen, namentlich den Vorgaben zur **Musterfeststellungsklage** zurück. Nach § 606 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in der zum

01.11.2018 in Kraft tretenden Fassung sind solche Verbraucherverbände berechtigt eine Musterklage zu erheben, die als Mitglieder mindestens **zehn Verbände**, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, oder mindestens **350 natürliche Personen** haben. Hintergrund für diese vergleichsweise strengeren Anforderungen ist u.a. das Anliegen, missbräuchliche Klageerhebungen zu verhindern.

Ist es ebenso primärer Zweck des Referentenentwurfs, Rechtsmissbrauch zu verhindern, müssen die Anforderungen an die Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände nach UWG-E (und UKlaG-E) den Anforderungen der Musterfeststellungsklage, denen es ebenso um den Ausschluss von Missbrauch geht, entsprechen. Anderenfalls würde es zu einer Aushöhlung der Anforderungen an die Musterfeststellungsklage kommen.

Zudem ist eine Ungleichbehandlung auch deshalb nicht zu rechtfertigen, weil es außerdem sowohl bei der Musterfeststellungsklage einerseits als auch bei der Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG (und § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG-E) andererseits jeweils um kollektive Rechtsdurchsetzung geht. Die Begründung des Referentenentwurfs betont an anderer Stelle (S. 28), und zwar bei der Frage des Gerichtsstands, dass ein Gleichlauf zwischen Gerichtsstand der Musterfeststellungsklage und Gerichtsstand für Ansprüche aufgrund des UWG intendiert sei. Ein Gleichlauf sollte auch für die Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände gelten, und zwar ausgerichtet an den Vorgaben der Musterfeststellungsklage.

II. Zum Ausschluss des Anspruchs auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen (§ 13 Abs. 4 UWG-E)

1. Anwendung von § 13 Abs. 4 UWG-E auch auf Verbraucherschutzverbände und IHKS

Nach dem Referentenentwurf soll der Ersatz erforderlicher Aufwendungen für die Abmahnung unter bestimmten Umständen zulasten der in § 8 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 UWG-E genannten Beteiligten ausgeschlossen sein. Grundsätzlich halten wir eine Beschränkung der Erstattung von Aufwendungen für eine geeignete Maßnahme, um Missbrauch vorzubeugen (s.o.). Allerdings können wir nicht nachvollziehen, warum dieses Mittel zur Bekämpfung des Missbrauchs sich nur gegen Mitbewerber und deren Verbände richten soll, nicht aber gegen Einrichtungen zum Schutz von Verbraucherinteressen oder Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern. Insbesondere bei Einrichtungen zum Schutz der Verbraucherinteressen sind gleichfalls missbräuchliche Abmahnungen festzustellen, die es ebenso zu unterbinden gilt, wie missbräuchliche Abmahnungen von anderen Stellen. Geht es dem Referentenentwurf um Abmahnmissbrauch bzw. die Bekämpfung desselben, so können nicht einzelne Gruppen grundsätzlich Aktivlegitimierter hiervon ausgenommen werden. Die Beschränkung von § 13 Abs. 4 UWG-E auf Mitbewerber und Wirtschaftsverbände ist nicht gerechtfertigt. Wir fordern daher nachdrücklich, die Beschränkung der Regelung in § 13 Abs. 4 UWG-E auf „Anspruchsberechtigte nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 oder Nummer 2“ aufzugeben und so auf alle Anspruchsberechtigten zu erstrecken. Eine solche Erweiterung läuft Verbraucherschutzinteressen nicht zuwider, da eine Einrichtung zum Schutz von Verbraucherinteressen selbstverständlich auch in den von § 13 Abs. 4 UWG-E erfassten Fallgestaltungen unlauteren Wettbewerb bekämpfen und Abmahnungen aussprechen kann. Allein der Anspruch auf Erstattung von erforderlichen Aufwendungen würde beschränkt.

2. Zum Merkmal „ihres Ausmaßes“ in § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E

Zudem weisen wir darauf hin, dass das Merkmal „ihres Ausmaßes“ in § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E als Maßstab zur Beurteilung eines Wettbewerbsverstößes als nur unerhebliche Beeinträchtigung der Marktteilnehmerinteressen, bei der ein Aufwendungsersatzanspruch ausgeschlossen sein soll, dazu führen

kann, dass bei Abmahnungen von Wettbewerbsverstößen großer Unternehmen der Aufwendungsersatzanspruch gerade nicht gemäß § 13 Abs. 4 UWG-E entfällt. Denn es liegt nahe, bei Wettbewerbsverstößen größerer Unternehmen davon auszugehen, dass das Ausmaß der Zuwiderhandlung stets die Interessen der Marktteilnehmer in erheblichen Maße beeinträchtigt, da meist eine größere Anzahl von Kunden betroffen sein dürfte. Dann aber wäre weiterhin ein auch finanzieller Anreiz gegeben, Wettbewerbsverstöße größerer Unternehmen abzumahnern, weil sich der Abmahnende sicher sein kann, hierfür stets auch Aufwendungsersatz verlangen zu können. Wir regen daher an, die Worte „ihres Ausmaßes“ in § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E zu streichen.

B. Klarstellungsbedürfnis zum Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG

Im Zusammenhang mit den geplanten Änderungen in § 8 Abs. 3 UWG-E ist es aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft angezeigt, vor dem Hintergrund einer seit kurzem von der Rechtsprechung vorangetriebenen erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruchs in § 8 Abs. 1 UWG zugleich eine Klarstellung zu Umfang und Reichweite dieses Anspruchs und dessen Verhältnis zu bereits bestehenden oder gerade neu geschaffenen gesetzlichen Regelungen zu treffen.

I. Hintergrund

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG kann derjenige auf Beseitigung (und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung) in Anspruch genommen werden, der eine nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Eine unzulässige Handlung nach § 3 UWG i.V.m. § 3a UWG liegt nach der Rechtsprechung auch dann vor, wenn ein Unternehmer eine gemäß §§ 307 ff. BGB unzulässige bzw. unwirksame AGB-Klausel verwendet; es handelt sich nach der Rechtsprechung bei den §§ 307 ff. BGB um Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG.

Ausdrücklichen Eingang in das UWG hatte der Beseitigungsanspruch mit dem UWG 2004 gefunden. In der Gesetzesbegründung heißt es zum Beseitigungsanspruch (BT-Dr. 15/1487, Seite 22):

„Der Beseitigungsanspruch war bislang im UWG nicht erwähnt, jedoch als Ergänzung und Weiterführung zum Unterlassungsanspruch gewohnheitsrechtlich anerkannt (vgl. Köhler/Piper a.a.O., vor §13 Rn. 33 m.w.N.). Die nunmehr ausdrückliche Regelung erfolgt lediglich zur Klarstellung. Eine Änderung der Voraussetzungen sowie des Inhalts und des Umfangs des Beseitigungsanspruchs ist nicht bezweckt. Voraussetzung ist demnach die Herbeiführung eines fortdauernden Störungszustandes, wobei die von dem Zustand ausgehenden Störungen rechtswidrig sein müssen. Inhaltlich ist der Anspruch entsprechend der Regelung in § 1004 BGB durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Es sind nur solche Maßnahmen geschuldet, die geeignet und erforderlich sind, die noch vorhandene Störung zu beseitigen und die dem Schuldner zumutbar sind.“

II. Anlass für das Klarstellungsbedürfnis

In jüngster Zeit haben Entscheidungen des BGH (Urt. v. 14.12.2017, I ZR 184/15 – „Klauselersetzung“) sowie des Oberlandesgerichts Dresden (Urt. v. 10.04.2018, 14 U 82/16) gezeigt, dass der Umfang des wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruchs zum Teil weiter gezogen wird, als es vom Gesetzgeber gewollt ist. Insbesondere das Erfordernis des fortdauernden Störungszustandes wird mittlerweile systemwidrig überdehnt, wenn, wie im Falle des OLG Dresden, auf Klage von Verbraucherverbänden rückwir-

kend Entgelte an Kunden zurückgezahlt werden sollen und damit in der Sache deren individuelle Ansprüche über das UWG geltend gemacht werden (hiergegen überzeugend *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Auflage 2018, Rdn. 1.107 f.).

Dieses Phänomen tritt konkret im Kontext mit der Verwendung von – sich auch nachträglich und zum Teil nach Änderung der Rechtsprechung als unwirksam erweisender – AGB-Klauseln zu Tage, nachdem der BGH eine Sperrwirkung des UKlaG gegenüber den Regelungen des UWG in Bezug auf AGB verneint hat und auch hier einen Beseitigungsanspruch nach dem UWG im Grundsatz für möglich hält.

Der Fall des OLG Dresden, das eine Bank auf eine Klage eines Verbraucherschutzvereins (Verbraucherzentrale Sachsen) hin auf der Grundlage von § 8 Abs. 1 S. 1 UWG zur Rückzahlung von Entgelten an ihre Kunden verurteilt hatte, zeigt indes eindringlich, zu welchen rechtssystematischen Widersprüchen und Verwerfungen eine derart extensive Interpretation des Beseitigungsanspruchs im UWG führt: Der (verschuldensunabhängige) Beseitigungsanspruch mutiert in diesem Fall systemwidrig zu einem Schadensersatzanspruch ohne Verschulden, der noch dazu mit anderen bestehenden, wirkungsgleichen Rückerstattungs- und Ersatzansprüchen konkurriert. Der Beseitigungsanspruch im UWG ist jedoch ein bloßer Abwehranspruch, der darauf gerichtet ist, eine bestehende Störungsquelle zu beseitigen. Es geht um die Abwehr einer bereits eingetretenen, noch fortwirkenden (lauterkeitsrechtlichen) Beeinträchtigung, keinesfalls aber um den Ausgleich eventueller Schäden.

Die Verpflichtung von AGB-Verwendern, auf der Grundlage des UWG an individuelle Verbraucher Auszahlungen vorzunehmen, widerspricht zudem der traditionellen und sinnvollen Konzeption des UWG, dem individuellen Verbraucher keine eigenen Rechte aus diesem Gesetz zuzugestehen. In der Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG 2004 ist zu den seinerzeit vereinzelt geäußerten Vorschlägen zu individuellen Verbraucherrechten im Wettbewerbsrecht festgehalten (siehe Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG] vom 22.08.2003, BT-Dr. 15/1487, Seite 22):

„Diesem Anliegen trägt der Gesetzentwurf aus folgenden Gründen nicht Rechnung: Das Lauterkeitsrecht enthält, auch wenn durch diese Reform eine Liberalisierung – insbesondere im Bereich der Sonderveranstaltungen – erfolgt, sehr hohe Anforderungen an das Verhalten der Unternehmer im Wettbewerb. Die Anerkennung von individuellen Rechten des Verbrauchers bei Verstößen gegen das UWG würde dieses hohe Schutzniveau, welches gerade auch im Interesse des Verbrauchers besteht, im Ergebnis in Frage stellen. Der Unternehmer müsste bei Beibehaltung des materiellen Schutzniveaus jederzeit mit einer Vielzahl von Klagen von Verbrauchern wegen eines (angeblichen) Verstoßes gegen das UWG rechnen. Dies würde zu sehr hohen Belastungen für die Wirtschaft führen und hätte einen erheblichen Standortnachteil zur Folge. Diese Belastungen ließen sich nur dadurch auf ein für die Wirtschaft akzeptables Maß verringern, dass man das Schutzniveau absenkt und dadurch das Prozessrisiko für die Unternehmen verringert.“

Wird der Beseitigungsanspruch bei Klagen von Verbraucherverbänden bezüglich unwirksamer AGB-Klauseln jedoch derart extensiv ausgelegt, wie vom OLG Dresden, so werden letztlich doch individuelle Verbraucherrechte im UWG etabliert. Es findet damit eine systemwidrige Vermengung von kollektivem und individuellem Verbraucherschutz statt.

Der individuelle Verbraucher ist auf Rechte im UWG auch nicht angewiesen; er ist über das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) hinreichend geschützt, mit dessen Hilfe er wegen unwirksamer AGB zu Unrecht gezahlte Entgelte zurück verlangen kann. Aufgrund der zu befürchtenden rechtssystematischen Widersprüche zu den zivilrechtlichen Ansprüchen der Verbraucher, der komplexen Fragen unterschiedlicher

Verjährungsregeln sowie der (durch die faktische Rückwirkung) unkalkulierbaren Folgen für AGB-Verwender ist eine Klarstellung in § 8 Abs. 1 UWG zum Umfang des Beseitigungsanspruchs dringend geboten.

Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund der zum 01.11.2018 in Kraft tretenden Regelungen zur **Musterfeststellungsklage**. Diese sehen vor, dass Verbraucherverbände allein mit einem Mandat einzelner Verbraucher Ansprüche gegen Unternehmer geltend machen können. Die Musterfeststellungsklage ist das vom Gesetzgeber auserkorene Instrument der *kollektiven* Durchsetzung *individueller* Verbraucherrechte. Der jetzt von der Rechtsprechung neu entwickelte schadensersatzgleiche Beseitigungsanspruch zu Gunsten individueller Verbraucher auf der Grundlage des UWG verdrängt im Ergebnis diesen gerade erst verabschiedeten neuen gesetzgeberischen Ansatz bzw. höhlt diesen in weiten Teilen aus. Denn eine mandatsbasierte Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände sieht der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch in der von der Rechtsprechung neu entwickelten Form nicht vor und widerspricht so dem Ansatz der Musterfeststellungsklage und letztlich dem klar geäußerten Willen des Gesetzgebers. Somit überholt hier die gerade von der Rechtsprechung vorangetriebene Rechtsfortentwicklung faktisch die Gesetzgebung in einem ganz zentralen Punkt.

Die wirtschaftlichen Folgen dieser Rechtsprechungstendenzen für AGB-Verwender sind gravierend. Der Hauptgrund hierfür liegt in der potentiellen Rückwirkung gerade in Fällen, in denen sich die Unwirksamkeit einer in der Praxis verwendeten Klausel erst nachträglich und gegebenenfalls erst nach Aufgabe oder Änderung einer bisherigen (höchstrichterlichen) Rechtsprechung ergibt, die für die Unternehmen nicht vorhersehbar ist.

Wie zudem die vor dem OLG Dresden klagende Verbraucherzentrale Sachsen im Wege einer Publikation hat verlauten lassen (*Hummel*, Anmerkung zu OLG Dresden, Urt. v. 10.04.2018 – AZ: 14 U 82/16, VuR 2018, 266 ff.), soll es sich bei diesem Verfahren um eine bewusste Rechtsfortbildungsinitiative handeln. Ohne Zweifel kann Rechtsfortbildung durch die Gerichte erfolgen, allerdings liegt es näher, sich mit einem derartigen Ziel an den primär zuständigen Gesetzgeber und nicht im Wege verschiedener Verfahren an die Rechtsprechung zu wenden. Hierbei ist zu bedenken, dass der in Rede stehende wettbewerbsrechtliche „Folgenbeseitigungsanspruch“ (FBA) eine derart komplexe Maßnahme des kollektiven Rechtsschutzes wäre, dass sie – wenn überhaupt – in das gesetzliche System auch unter Berücksichtigung der politischen nationalen und europäischen Rahmenbedingungen eingebunden werden muss und diesen nicht widersprechen darf. Ohne eine derartige Einbindung führt ein „unbeschränkter FBA“, dessen Voraussetzungen erst in weiteren Verfahren gerichtlich entschieden werden sollen (vgl. *Hummel*, a. a. O.) zu derart erheblichen wirtschaftlichen Risiken nicht nur für das beklagte Unternehmen, sondern die gesamte Wirtschaft, dass eine höchstrichterliche Klärung trotz guter Erfolgsaussichten für die Beklagtenseiten als sehr riskant zu bewerten ist.

Doch auch ohne eine höchstrichterliche Rechtsprechung ist der von der Verbraucherzentrale Sachsen gewählte Ansatz, Gesetzgebung über die Rechtsprechung zu betreiben, wirtschaftlich fatal, weil er über einen ungewiss langen Zeitraum zu großer Rechtsunsicherheit führt. Der „Folgenbeseitigungsanspruch“ wird dem Vernehmen nach seit der Entscheidung des OLG Dresden in zahlreichen weiteren Verfahren geltend gemacht. Es ist davon auszugehen, dass hier entsprechend der bisherigen Entwicklung divergierende Rechtsprechung in den Instanzen erfolgt. Die damit einhergehende rechtliche und wirtschaftliche Unsicherheit für die Wirtschaft, aber auch für die Verbraucher, sollte ein weiterer Grund für den Gesetzgeber sein, derartige Rechtsfortbildungsinitiativen durch eine zeitgerechte und maßvolle Gesetzgebung zu unterbinden. Dabei ist festzustellen, dass mit der Musterfeststellungsklage diese Gesetzgebung bereits besteht (s.o.) und es daher im Ergebnis nur darum gehen kann, einen derartigen wettbewerbsrechtlichen „Folgenbeseitigungsanspruch“ durch eine gesetzgeberische Aussage zu verhindern.

III. Vertiefte Diskussionen und gesetzgeberisches Handeln erforderlich

Wir halten es vor dem dargestellten Hintergrund für erforderlich, diese Punkte zeitnah einer eingehenden Erörterung zu unterziehen und Klarstellungen zum Umfang des wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruchs von gesetzgeberischer Seite anzustoßen.

C. Zu Art. 2 des RefE (vorgeschlagene Änderungen im UKlaG)

I. Aktivlegitimation der Verbraucherverbände (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG-E i.V.m. § 4 UKlaG-E)

§ 4 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG-E knüpft an die bisherige Regelung in § 4 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG an. Danach wird in die Liste der qualifizierten Einrichtungen gemäß § 4 Abs. 1 UKlaG ein eingetragener Verein auf seinen Antrag eingetragen, wenn er mindestens **drei Verbände**, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, oder mindestens **75 natürliche Personen** als Mitglieder hat. Die zahlenmäßigen Anforderungen halten wir vor dem Hintergrund der Regelungen zur Musterfeststellungsklage für anpassungsbedürftig. Wir verweisen insofern nach oben auf unsere Ausführungen zur Aktivlegitimation der Verbraucherverbände nach dem UWG (s. Seiten 4 f.).

II. Aktivlegitimation der Wirtschaftsverbände (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-E i.V.m. § 8a UWG-E)

Hinsichtlich der Anspruchsberechtigung der Wirtschaftsverbände nach dem UKlaG verweist der Referentenentwurf auf den neuen § 8a UWG-E. Wir verweisen insofern auf unsere Anmerkungen zur Aktivlegitimation der Wirtschaftsverbände nach dem UWG (s.o. Seiten 3 f.). Die dortigen Ausführungen gelten auch für das UKlaG.

D. Abmahnung von Datenschutzverstößen

Das BMJV hat die interessierten Verbände in seinem Schreiben vom 11.09.2018 darauf hingewiesen, dass sich die Frage, ob es Sonderregelungen zur **Abmahnfähigkeit** von **Datenschutzverletzungen** geben soll, noch in der Ressortabstimmung befindet. Zugleich fragte das BMJV, ob die Empfänger des Verbändeschreibens diesbezüglich selbst einen Regelungsbedarf sehen.

Zwar ist nach unseren Beobachtungen eine „Abmahnwelle“ im Kontext des Inkrafttretens der Datenschutz-Grundverordnung bislang ausgeblieben. Die Deutsche Kreditwirtschaft sieht gleichwohl einen Regelungsbedarf, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass zu einem späteren Zeitpunkt doch noch eine Vielzahl von Abmahnungen in diesem Bereich ausgesprochen wird.

Die Frage, ob Datenschutzvorschriften Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG sind mit der Folge, dass ihre Verletzung im Zusammenhang mit einer geschäftlichen Handlung auf der Grundlage des UWG als unlauter zu beurteilen ist und abgemahnt werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. aus der Rechtsprechung verneinend OLG München, Urt. v. 12.01.2012, 29 U 3926/11; bejahend z.B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.05.2012, 6 U 38/11). Folge dieser rechtstatsächlichen Lage ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen. Angesichts der komplexen Regelungen im Datenschutzrecht sehen sich Unternehmen der Gefahr ausgesetzt, auch bei Datenschutzverletzungen von vergleichsweise geringem Gewicht auf der Grundlage des UWG abgemahnt zu werden. Dies begründet für uns die Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber hier eine klarstellende Regelung findet.