

**23.02.15****Empfehlungen  
der Ausschüsse**

R - AV - Wi

zu **Punkt ...** der 931. Sitzung des Bundesrates am 6. März 2015

---

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Der **federführende Rechtsausschuss (R)**,  
der **Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz (AV)** und  
der **Wirtschaftsausschuss (Wi)**

empfehlen dem Bundesrat,

zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

Wi 1. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 3 Absatz 3 UWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob als Kriterium für die Unlauterkeit im Sinne des § 3 Absatz 3 UWG-E anstelle des Begriffs der "fachlichen Sorgfalt" ein geeigneterer Maßstab gewählt werden kann.

Begründung:

In dem Gesetzentwurf wird das Kriterium der "fachlichen Sorgfalt" in § 3 Absatz 3 UWG-E als Lauterkeitsmaßstab auch im Verhältnis von Unternehmern zu Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern (B2B) neu eingeführt. Dadurch entsteht die Gefahr von Rechtsunsicherheit und Abgrenzungsproblemen,

da unklar ist, was unter "fachlicher Sorgfalt" im Verhältnis zu den Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern zu verstehen ist. Insbesondere im Verhältnis zu den Mitbewerbern geht es darum, deren wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeiten nicht unangemessen zu beeinträchtigen. Diesbezüglich stellt der Maßstab der "fachlichen Sorgfalt" kein geeignetes Wertungskriterium dar.

AV 2. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe b (§ 4 UWG)

In Artikel 1 Nummer 3 ist Buchstabe b wie folgt zu fassen:

'b) In dem Satzteil vor Nummer 1 werden die Wörter "Unlauter handelt insbesondere," durch die Wörter "Gegen die für ihn jeweils geltende fachliche Sorgfalt verstößt insbesondere," ersetzt.'

Begründung:

In Anpassung an die Systematik der Richtlinie 2005/29/EG erscheint es konsequent, in § 4 UWG künftig Beispiele für Verstöße gegen die fachliche Sorgfalt zu normieren. Im Gegensatz zur bisherigen Formulierung soll es sich bei den hier normierten Beispielen nun aber lediglich um widerlegliche Vermutungen handeln. Damit wird für Unternehmer die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen eines gesetzlich normierten Beispiels, einen Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt zu widerlegen und damit im Ergebnis auch die Rechtsfolge der Unlauterkeit seiner Handlungen abzuwenden. Eine solche Umgestaltung des § 4 UWG kann damit im Einzelfall u.a. zu einer Absenkung des bisherigen Verbraucherschutzniveaus führen. Eine solche Änderung wird jedoch weder von der Richtlinie 2005/29/EG vorausgesetzt, noch sind hierfür zwingende Gründe aus der bisherigen Rechtspraxis und Regelungshistorie ersichtlich. Im Interesse eines umfassenden Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist von der Einführung einer solchen Beweislastregel abzusehen. Im Übrigen sind auch keine tragfähigen Gründe dafür ersichtlich, die Beispiele des § 4 UWG künftig als abschließende Aufzählung auszugestalten. Aus diesem Grund sollte das Wort "insbesondere" weiterhin im Satzteil vor Nummer 1 erhalten bleiben.

R, Wi 3. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 4a Absatz 2 Nummer 3 UWG)

In Artikel 1 Nummer 4 ist § 4a Absatz 2 Nummer 3 wie folgt zu ändern:

a) Das Wort "bewusste" ist zu streichen.

- b) Nach dem Wort "beeinträchtigen," sind die Wörter "worüber sich der Unternehmer bewusst ist," einzufügen.

Begründung:

Das Wort "bewusste" vor dem Wort "Ausnutzung" erweist sich als entbehrlich. Unter dem Begriff des "Ausnutzens" wird bereits ein rücksichtsloses, egoistisches Vorteilziehen aus einer Situation verstanden. Dieses beinhaltet daher für sich schon eine subjektive Komponente, die keiner zusätzlichen Hervorhebung im Gesetzestext bedarf.

Eine subjektive Komponente sieht die Richtlinie 2005/29/EG hinsichtlich der Beeinträchtigung des Urteilsvermögens des Verbrauchers vor. Der insofern relevante Artikel 9 Buchstabe c der Richtlinie 2005/29/EG lautet an dieser Stelle wörtlich: "... dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Gewerbetreibende bewusst ist, ...". Mit der Einfügung des Relativsatzes "worüber sich der Unternehmer bewusst ist" wird daher den Vorgaben in Artikel 9 Buchstabe c der Richtlinie 2005/29/EG genügt. Zugleich wird durch die nahezu wörtliche Übernahme des Richtlinien textes dem Ziel des Entwurfs des Änderungsgesetzes, den Regelungsgehalt der Richtlinie in den Gesetzestext zu inkorporieren, Rechnung getragen.

AV 4. Zu Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a (§ 5a Absatz 2 Satz 3 -neu- UWG)

In Artikel 1 Nummer 6 Buchstabe a ist dem § 5a Absatz 2 folgender Satz anzufügen:

"Als Verheimlichen gilt auch die Bereitstellung wesentlicher Informationen in einer Weise, bei der mit einer Kenntnisnahme durch den Verbraucher nicht gerechnet werden kann."

Begründung:

In der Praxis zeigt sich, dass bei unseriösen Geschäftspraktiken häufig die für den Verbraucher wesentlichen Informationen, wie beispielsweise die Entgeltlichkeit, Zusatzkosten oder erhebliche Leistungseinschränkungen, in den AGB versteckt werden und die Unternehmer bewusst darauf vertrauen, dass die Verbraucher diese Informationen nicht wahrnehmen. Dies gilt auch nach dem Rückgang der klassischen Abo-Fallen bzw. wird in der Praxis auch nicht durch die (auf Grund der Button-Lösung oder der im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie eingeführten) erweiterten Informationspflichten vollständig ausgeschlossen. In seiner Wirkung kommt das Verstecken dem Verheimlichen gleich. Daher ist es geboten, dies bei der Neugestaltung des § 5a UWG klarzustellen.

AV 5. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1 UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

bei  
Annahme  
entfallen  
Ziffern  
6 und 7

'7a. In § 10 Absatz 1 wird das Wort "vorsätzlich" gestrichen.'

Begründung:

Eine Änderung der Anspruchsvoraussetzungen des § 10 Absatz 1 UWG zu Gunsten eines nunmehr umfassenderen Anwendungsbereichs hat der Bundesrat bereits in seiner EntschlieÙung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (BR-Drucksache 817/12 - Beschluss -, dort Ziffer 17) und im Rahmen der Beratungen zum Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken (BR-Drucksache 219/13 - Beschluss -, dort Ziffer 18) gefordert. In der GegenäuÙerung hat die Bundesregierung in Aussicht gestellt, diese Frage weiter zu prüfen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch solle auf Grund eines Prüfauftrages des Deutschen Bundestages ohnehin evaluiert werden (BT-Drucksache 17/13429). Demgegenüber bekräftigt der Bundesrat nochmals seine Auffassung, wonach sich der gesetzgeberische Handlungsbedarf bereits aus dem im Jahr 2012 von Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer veröffentlichten Rechtsgutachten "Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und KartellbuÙen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit" ergibt. Einer weiteren Evaluierung bedarf es daher nicht.

Die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung sollte unabhängig vom schuldhaften Handeln des Unternehmens bestehen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch ist als ein Anspruch eigener Art nicht auf Schadensersatz gerichtet, sondern auf Herausgabe eines ungerechtfertigt erlangten Gewinns. Rechtssystematisch ist daher ein Verschulden nicht zwingend erforderlich, so dass eine Abkehr vom Verschuldenserfordernis als gerechtfertigt zu betrachten ist. Auch Gewinne aus unverschuldeten Verstößen stehen dem Handelnden nicht zu.

AV 6. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1 UWG)\*

entfällt bei Annahme von Ziffer 5

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

'7a. In § 10 Absatz 1 werden nach dem Wort "vorsätzlich" die Wörter "oder fahrlässig" eingefügt.'

bei Annahme entfällt Ziffer 7

Begründung:

Mit dem Änderungsvorschlag soll das Instrument der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG praxisgerecht ausgestaltet werden. Es ist weiterhin unbefriedigend, wenn schwere Wettbewerbsverstöße ohne angemessene wirtschaftliche Sanktion bleiben. Gerade privaten Klageberechtigten ohne hoheitliche Ermittlungsbefugnisse wird der Nachweis eines vorsätzlichen Rechtsverstoßes in der Regel kaum gelingen, wodurch eine Rechtsdurchsetzung durch Private nahezu unmöglich gemacht wird. Das Vorsatzerfordernis für den Gewinnabschöpfungsanspruch soll daher aufgegeben werden.

R 7. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 -neu- UWG)

entfällt bei Annahme von Ziffer 5 oder 6

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

'7a. § 10 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- a) Im bisherigen Wortlaut wird das Wort "vorsätzlich" gestrichen.
- b) Folgender Satz wird angefügt:

"Dies gilt nicht, wenn die nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung nicht vorsätzlich vorgenommen wurde." '

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind, was die Frage der Gewinnabschöpfung angeht, nicht ausreichend. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung hat der Bundesrat mit Beschluss vom 1. Februar 2013, vgl. BR-Drucksache 817/12 (Beschluss), Ziffer 17, und im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken mit Beschluss vom 3. Mai 2013, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18, die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG im Hinblick auf die Rege-

---

\* Vom AV als Hilfsempfehlung zu Ziffer 5 beschlossen.

lung des Verschuldens zu ändern. Die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 UWG genannten rechtsfähigen Verbände, qualifizierten Einrichtungen sowie die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern haben in der Praxis Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, insbesondere Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen, so dass sie von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bislang nur zurückhaltend Gebrauch machen.

Um die Rechtsdurchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu verbessern, ist folgende Änderung des § 10 UWG angezeigt:

§ 10 Absatz 1 UWG sollte zur Vereinfachung der Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs dahingehend geändert werden, dass künftig das Verschulden vermutet wird und nicht - wie bisher - vom Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen ist. Hierzu ist im bisherigen Wortlaut das Wort vorsätzlich zu streichen und stattdessen in einem neuen Satz 2 eine Vermutungsregelung aufzunehmen: danach soll das Verschulden vermutet werden und der Schuldner den Entlastungsbeweis führen können, indem er dargetut, dass er die nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung nicht vorsätzlich vorgenommen hat. An den Entlastungsbeweis sollten dabei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

Nach geltender Rechtslage stellt der den Gläubigern obliegende Vorsatz-Nachweis die Anspruchsdurchsetzung vor sehr hohe Hürden beziehungsweise macht diese teils unmöglich. Nicht zu Unrecht steht dieser Umstand seit langem in der Kritik. Durch die vorgeschlagene Vermutungsregelung wird die Rechtsdurchsetzung für die Gläubiger erleichtert, gleichzeitig aber das Interesse der Schuldner dahingehend gewahrt, nur für schuldhaftes Handeln haften zu müssen. Die vollständige Streichung des Verschuldenserfordernisses in § 10 UWG wäre ebenso wenig wie die Herabsetzung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit eine Alternative. Würde man den Gewinnabschöpfungsanspruch auch in Fällen des nicht vorsätzlichen Handelns zuerkennen, so müsste jeder Unternehmer, der sich in einem Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit beziehungsweise Unzulässigkeit bewegt und deshalb mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest bedenklichen Verhaltens rechnen muss, davon ausgehen, den Gewinn zu verlieren. Der Unternehmer wäre hierdurch häufig einem nicht unerheblichen Prozessrisiko ausgesetzt. Ein solches Prozessrisiko ist in den Fällen, in denen ein Mitbewerber durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen echten Schaden erleidet, gerechtfertigt. Dies gilt indes nicht beim Gewinnabschöpfungsanspruch. Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch dient der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem individuellen Schadensausgleich. Der Abnehmer, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten Nachteile erlitten hat, erhält den Anspruch gerade nicht. Vielmehr sollen die Fälle erfasst werden, in denen die Geschädigten den Anspruch nicht geltend machen. Der Anspruch dient demnach weniger dem Interessenausgleich, sondern vielmehr einer wirksamen Abschreckung. Es geht vielmehr um die wirtschaftliche Neutralisierung von schwerwiegenden Wettbewerbsverstößen. Um mit Blick auf das erwähnte Prozessrisiko unangemessene Belastungen für die Wirtschaft zu vermeiden, erscheint es gerechtfertigt, dass in den Fällen der nicht schuldhaften - auch fahrlässigen - Zuwiderhandlung der

Abschreckungsgedanke zurücktritt (vgl. BT-Drucksache 15/1487, S. 23 f.; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, § 10, Rnr. 1 und 3).

AV 8. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1 UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

'7a. In § 10 Absatz 1 werden die Wörter "und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern" gestrichen.'

Begründung:

Die Anspruchsvoraussetzung, wonach der Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erlangt sein muss, ist zu streichen. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unlautere Geschäftspraktiken hat der Bundesrat die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG im Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal entsprechend zu ändern (BR-Drucksache 219/13 - Beschluss -, dort Ziffer 18). Dieses Tatbestandsmerkmal wurde zur Umschreibung der Streuschäden verwendet und ist zu streichen, da die Streudelikte nur ein Anwendungsfall der Gewinnabschöpfung durch kollektiven Rechtsschutz sind, die Gewinnabschöpfung aber unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Schadens der Verbraucher gerechtfertigt ist.

R, AV 9. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1,

Absatz 4 Satz 2 und 3,

Absatz 5 und

Absatz 6 -neu- UWG)

bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 10

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

'7a § 10 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter "den Bundeshaushalt" durch die Wörter "ein Sondervermögen des Bundes" ersetzt.
- b) Absatz 4 Satz 2 und 3 werden aufgehoben.
- c) In Absatz 5 werden die Wörter "Bundesamt für Justiz" durch die Wörter "Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz" ersetzt.
- d) Folgender Absatz wird angefügt:

"(6) Die Bundesregierung errichtet ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung der nach Absatz 1 abgeschöpften und an das Sondervermögen herausgegebenen Gewinne. Die an das Sondervermögen des Bundes herauszugebenden Gewinne sind zweckgebunden zur Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen und zur Erstattung von erforderlichen Aufwendungen, die den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 Berechtigten bei der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach Satz 1 und § 8 Absatz 1 entstehen, zu verwenden. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die näheren Bestimmungen für das Organisationsstatut zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung des Sondervermögens des Bundes zu treffen." '

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind, was die Frage der Gewinnabschöpfung angeht, nicht ausreichend. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung hat der Bundesrat mit Beschluss vom 1. Februar 2013, vgl. BR-Drucksache 817/12 (Beschluss), Ziffer 17, und im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken mit Beschluss vom 3. Mai 2013, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18, die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG im Hinblick auf Abschöpfung der Unrechtserlöse an den Bundeshaushalt zu ändern. Die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 UWG genannten rechtsfähigen Verbände, qualifizierten Einrichtungen sowie die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern haben in der Praxis Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, insbesondere Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen, so dass sie von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bislang nur zurückhaltend Gebrauch machen.

Um die Rechtsdurchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu verbessern, sind folgende Änderungen des § 10 UWG angezeigt:

Eine Abschöpfung der Unrechtserlöse an den Bundeshaushalt ist nicht gerechtfertigt. Die gerechte Verteilung von Vorteilen und Lasten gebietet vielmehr die Abführung des durch die Aktivlegitimierten abgeschöpften Vorteils in ein Sondervermögen des Bundes.

Die dem Sondervermögen des Bundes zugewiesenen Mittel sollen unter anderem dafür verwandt werden, das Prozessrisiko der klagebefugten Einrichtungen und Verbände zu verringern, um Klagehemmnisse abzubauen.

Die Organisation und Verwaltung des Bundessondervermögens ist dem Bun-



desministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als dem zuständigen Fachministerium zu übertragen und die Verwaltung des Bundessondervermögens in einer Verordnung zu normieren. Der Bundesrat hat sich für eine entsprechende Verwaltung der nach dem UWG abgeschöpften Gewinne bereits ausgesprochen, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18. In der Gegenäußerung zum genannten Beschluss des Bundesrates, (vgl. BT-Drucksache 17/13429, S. 17f.) hat die Bundesregierung zu Bedenken gegeben, dass die Einrichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens, an den die abgeschöpften Gewinne abgeführt werden sollen, zu neuem Bürokratieaufwand führen würde. Nach Ansicht des Bundesrates spricht dieser Bürokratieaufwand allerdings nicht gegen die Errichtung eines Bundessondervermögens. Der Bundesrat bittet zu bedenken, dass mit diesem Vorschlag auch behördliche Entlastungseffekte verbunden sein werden. Denn mit der Einrichtung des Bundessondervermögens wird das Bundesamt für Justiz nicht mehr über die Berechtigung eines Erstattungsanspruches gemäß § 10 Absatz 4 Satz 2 und 3 UWG entscheiden müssen. In der Folge können die derzeit bestehenden Regelungen in Absatz 4 aufgehoben werden. Im Übrigen ermöglicht die staatliche Verwaltung des Bundessondervermögens einen direkteren Einfluss auf die Verwendung der an die klagebefugten Einrichtungen und Verbände weitergeleiteten Mittel. So kann die Weiterleitung der Mittel mit der Zweckbindung verknüpft werden, diese zur Finanzierung der Verbraucherarbeit in der Organisation zu nutzen. Würde demgegenüber eine unmittelbare Herausgabe der abgeschöpften Gewinne an die klagenden Verbände und Einrichtungen erfolgen, wären die Möglichkeiten einer Einflussnahme auf die Mittelverwendung entsprechend geringer.

- AV 10. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1,  
Absatz 4 Satz 3,  
Absatz 4a -neu-,  
Absatz 5 UWG)\*
- entfällt  
bei  
Annahme  
von  
Ziffer 9
- In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:
- '7a. § 10 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 werden die Wörter "an den Bundeshaushalt" durch die Wörter "an einen von der zuständigen Stelle des Bundes zu diesem Zweck eingerichteten Fonds" ersetzt.
  - b) In Absatz 4 Satz 3 wird das Wort "Bundeshaushalt" durch das Wort "Fonds" ersetzt.
  - c) Nach Absatz 4 wird folgender Absatz 4a eingefügt:

---

\* Vom AV als Hilfsempfehlung zu Ziffer 9 beschlossen.

"(4a) Die an den Fonds abgeführten Gewinne werden von der zuständigen Stelle des Bundes verwaltet. Sie werden zur Erstattung von erforderlichen Aufwendungen der nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 Berechtigten verwendet, die diesen bei der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 entstehen. Soweit die abgeführten Gewinne nicht zur Erstattung der Aufwendungen nach Satz 2 benötigt werden, können sie für Maßnahmen zur Förderung der Verbraucherberatung und des Verbraucherschutzes im Sinne von § 52 Absatz 2 Nummer 16 der Abgabenordnung verwendet werden. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Einrichtung, Aufgaben und Verwaltung des Fonds sowie das Verfahren und die Voraussetzungen zur Erstattung von Aufwendungen der nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 Berechtigten sowie die weitere Verwendung von Gewinnen gemäß Satz 3 zu regeln."

- d) In Absatz 5 werden die Wörter "Absätze 2 und 4" durch die Wörter "Absätze 1, 2, 4, und 4a" ersetzt.'

Begründung:

Die Abführung des abgeschöpften Gewinns an den Bundeshaushalt wird weiterhin als Hindernis für eine effektive Nutzung des Instruments der Gewinnaberschöpfung angesehen. Die gerechte Verteilung von Vorteilen und Lasten gebietet vielmehr die Abführung des durch die Aktivlegitimierten abgeschöpften Vorteils in ein Sondervermögen des Bundes. Die dem Sondervermögen des Bundes zugewiesenen Mittel sollen unter anderem dafür verwendet werden, das Prozessrisiko der klagebefugten Einrichtungen und Verbände zu verringern, um Klagehemmnisse abzubauen. Die Organisation und Verwaltung des Bundessondervermögens ist dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als dem zuständigen Fachministerium zu übertragen und die Verwaltung des Bundessondervermögens in einer Verordnung zu normieren.

R,  
AV

11. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 10 Absatz 1 Satz 2 -neu- UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

'7a. Dem § 10 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

"Der Gewinn kann entsprechend § 287 der Zivilprozessordnung geschätzt werden." '

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind, was die Frage der Gewinnabschöpfung angeht, nicht ausreichend. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung hat der Bundesrat mit Beschluss vom 1. Februar 2013, vgl. BR-Drucksache 817/12 (Beschluss), Ziffer 17, und im Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken mit Beschluss vom 3. Mai 2013, vgl. BR-Drucksache 219/13 (Beschluss), Ziffer 18, die Bundesregierung aufgefordert, die Regelung des § 10 UWG unter anderem im Hinblick auf die klarstellende Regelung der Möglichkeit der Gewinnschätzung zu ändern. Die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 UWG genannten rechtsfähigen Verbände, qualifizierten Einrichtungen sowie die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern haben in der Praxis Schwierigkeiten, lauterkeitsrechtliche Rechtsinstrumente, insbesondere Gewinnabschöpfung gemäß § 10 UWG, erfolgreich geltend zu machen, so dass sie von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bislang nur zurückhaltend Gebrauch machen.

Um die Rechtsdurchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu verbessern, ist folgende Änderungen des § 10 UWG angezeigt:

In § 10 Absatz 1 UWG sollte klarstellend geregelt werden, dass das Gericht künftig berechtigt sein soll, die Höhe des Gewinns entsprechend § 287 ZPO zu schätzen.

In Anbetracht der Komplexität der Gewinnberechnung ist es notwendig, auf § 287 ZPO zurückzugreifen, um das Instrument der Gewinnabschöpfung handhabbar zu machen. § 287 ZPO ermöglicht es einem Gericht, einen Schaden nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung aller Umstände zu schätzen. Die Anwendung des § 287 ZPO auf den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG ist - auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung - schon derzeit anerkannt (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, § 10, Rnr. 14; Münchener Kommentar, UWG, 1. Auflage, § 10, Rnr. 151; Fezer, UWG, 2. Auflage, § 10, Rnr. 217). Ebenfalls wurde bereits in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 10 Absatz 1 UWG auf die Geltung des § 287 ZPO zur Gewinnschätzung verwiesen (vgl. BT-Drucksache 15/1487, S. 24). Demnach dient die angeregte Änderung letztendlich der gesetzlichen Klarstellung.

Die Erlösermittlung durch Schätzung nach § 287 ZPO gilt ferner auch bei der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB, auch wenn die Parallelvorschrift zu § 10 UWG ebenfalls keine ausdrückliche Regelung dazu enthält (Fezer, Gutachten zur Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, S. 47). Darüber hinaus ist auch bei der verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 Absatz 4 Satz 1 GWB die Zulässigkeit einer Schätzung der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils ausdrücklich geregelt.

Wi 12. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 14 Absatz 2 UWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Möglichkeit des "fliegenden Gerichtsstands" (§ 14 Absatz 2 UWG) aufgehoben oder eingeschränkt werden kann.

Begründung:

Die Regelung des § 14 Absatz 2 UWG ermöglicht es bislang, im Onlinehandel Gerichtsstände so auszuwählen, dass die Erfolgsaussichten verbessert und die Kosten für die Beklagten ohne sachlichen Grund erhöht werden. Die Regelung ist damit eine wichtige Ursache für die Durchsetzung ungerechtfertigter Abmahnforderungen ("Abmahnmissbrauch"), unter denen gerade kleine und mittlere Handelsunternehmen im Onlinehandel besonders leiden. Damit wird die Entwicklung der kleinen und mittleren Unternehmen im Onlinehandel behindert.

Die Regelung stellt eine Durchbrechung des auf Grund allgemeiner Gerechtigkeitserwägungen geltenden Prinzips, nach dem die Klage am Wohn- und Geschäftssitz des Beklagten zu erheben ist, dar und führt zu Nachteilen für den Beklagten, welche nicht mit Praktikabilitätsabwägungen begründet werden können. Bei Wettbewerbsverstößen im Internet gibt es keinen physischen Ort der schädigenden Handlung. Dies kann aber kein Argument sein, den Gerichts-ort ins Belieben des Klägers zu stellen.

AV 13. Zu Artikel 1 Nummer 7a -neu- (§ 20 UWG)

In Artikel 1 ist nach Nummer 7 folgende Nummer 7a einzufügen:

'7a. § 20 wird nach der Überschrift wie folgt gefasst:

"(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 7 Absatz 1

a) in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 2 mit einem Telefonanruf oder

b) in Verbindung mit § 7 Absatz 2 Nummer 3 unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine

gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung wirbt,

2. im elektronischen Geschäftsverkehr im Sinne des § 312i Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen § 3 Absatz 4 in Verbin-

dung mit Nummer 28 des Anhangs eine in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen, übermittelt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 kann mit einer Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro geahndet werden, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2 mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist

1. für Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 1 die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,
2. für Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 2 die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien." '

Begründung:

Um den Schutz von Kindern vor versteckten Kosten bei digitalen Diensten wie Smartphone-Apps und Online-Spielen zu stärken, soll ein eigener Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen das Verbot direkter Kaufaufforderungen gegenüber Kindern gemäß Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG geschaffen werden.

Der Absatz von digitalen Spielen, vor allem über Smartphone-Apps, hat in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen. Eine große Zielgruppe stellen dabei Kinder dar. Oftmals erfolgt der Einstieg über zunächst unentgeltliche Spiele, in deren Verlauf die Spieler motiviert werden, zusätzliche Leistungen wie eine bessere Ausstattung, Hilfsmittel oder Spielfiguren entgeltlich zu erwerben. Die Werbung und die Anreize zum Erwerb der Leistungen sind so gestaltet, dass sie die kindlichen Emotionen und Bedürfnisse direkt ansprechen. In zahlreichen Fällen (siehe u.a. BGH, Urteil vom 17.07.2013, Az. I ZR 34/12) verstoßen die eingesetzten Werbemethoden gegen das wettbewerbsrechtliche Verbot von unmittelbaren Kaufaufforderungen an Kinder (Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG).

Für die Eltern, über deren Telefondienstleister die Entgelte der Spieleanbieter in der Regel abgerechnet werden, können dabei erhebliche Kosten entstehen. Die technischen Möglichkeiten, bestimmte Funktionen zu sperren, sind in der Praxis oftmals nur unzureichend bekannt, zumal sie den Nutzer regelmäßig auch von anderen entgeltlichen Diensten ausschließen. Auch wenn die Wirksamkeit der von den Minderjährigen abgeschlossenen Verträge im Einzelfall

zweifelhaft sein kann, ist davon auszugehen, dass die geforderten Entgelte im Regelfall bezahlt werden.

Das wettbewerbsrechtliche Werbeverbot gemäß Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG kann derzeit nur zivilrechtlich durch die nach § 8 Absatz 3 UWG anspruchsberechtigten Personen und Einrichtungen (im Wesentlichen nur privatrechtlich organisierte Vereinigungen wie die Verbraucherverbände oder die Wettbewerbszentrale) durchgesetzt werden. Dabei sind auch die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Sanktion sehr begrenzt. Angesichts der großen Anzahl von Spielen und der erheblichen Umsatzzuwächse ist davon auszugehen, dass bislang nur in sehr eingeschränktem Maße auf Grundlage des Wettbewerbsrechts gegen unlautere Anbieter vorgegangen wird.

Um dem damit verbundenen Durchsetzungsdefizit mit effektiven Sanktionen, wie sie Artikel 13 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) verlangt, zu begegnen, soll neben den zivilrechtlichen Ansprüchen eine ordnungsrechtliche Sanktionsmöglichkeit für im elektronischen Geschäftsverkehr begangene Verstöße gegen das in Nummer 28 des Anhangs zu § 3 UWG verankerte Werbeverbot in Form eines Bußgeldtatbestandes geschaffen werden. Der Bußgeldrahmen soll mindestens 100 000 Euro betragen, um eine wirkungsvolle wirtschaftliche Sanktion zu ermöglichen.

Auch wenn viele digitale Spiele unter Umständen keine näheren Anhaltspunkte für eine Kinder- und Jugendgefährdung im engeren Sinne bieten (vgl. § 18 Absatz 1 JuSchG), kommt auf Grund ihres umfassenden Auftrags zum Jugendschutz in Bezug auf alle Medien mit Ausnahme des Rundfunks (vgl. BT-Drucksache 14/9013, S. 13) die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) als zuständige Behörde in Betracht.

#### AV 14. Zur Vorlage allgemein

Der Bundesrat sieht mit Sorge den von Niedrigpreisstrategien geprägten Konkurrenzkampf der Handelsunternehmen im Bereich der Lebensmittel, insbesondere bei Milch und Milcherzeugnissen. Dieser führt zu einem erheblichen Druck auf die Erzeugerpreise und stellt letztendlich auf Dauer auch eine Gefahr für die Sicherung der heimischen Milcherzeugung, insbesondere an Standorten mit Produktionsnachteilen, sowie für die stärkere Ausrichtung der Erzeugung auf Verbraucherwünsche wie Regionalität und Tiergerechtigkeit dar.

Der Bundesrat bittet deshalb die Bundesregierung zu prüfen, wie die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Wettbewerbsrechts, zum Beispiel im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder an anderen Stellen, geändert werden können, damit die berechtigten Interessen der Erzeuger eine stärkere Berücksichtigung finden.