

## **STELLUNGNAHME**

der

**ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände e. V.**

vom

**5. Oktober 2018**

zum

**Referentenentwurf**

**eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs**

Die ABDA unterstützt das grundsätzliche Anliegen des Gesetzentwurfs, den fairen Wettbewerb im Interesse der Verbraucher und der weiteren Marktteilnehmer zu stärken. Nachfolgend nehmen wir zu einigen im Entwurf vorgesehenen Regelungen Stellung, die für die deutsche Apothekerschaft von Belang sind. Dabei machen wir besonders darauf aufmerksam, dass die Möglichkeit der Durchführung wettbewerbsrechtlicher Verfahren sowohl für die Apothekerkammern als auch für die Apothekervereine/-verbände der Länder von erheblicher Bedeutung ist, um unlauteres Verhalten im Markt zeitnah und effektiv zu unterbinden. Maßnahmen des Gesetzgebers, die diese Möglichkeit einschränken, begünstigen weder einen fairen Wettbewerb noch sind sie im Interesse der Patienten und Verbraucher.

## I. Zu den Inhalten des Referentenentwurfs

### 1. Artikel 1 Ziffer 1:

Der Referentenentwurf sieht vor, § 8 Absatz 3 Nummer 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) dahingehend zu ändern, dass rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen Ansprüche nach § 8 Absatz 1 UWG-RefE u.a. nur noch dann zustehen, wenn sie in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8a UWG-RefE eingetragen sind. Bezüglich dieser Neufassung bitten wir Folgendes zu berücksichtigen:

- a) § 8a Absatz 2 UWG-RefE setzt voraus, dass es sich bei den qualifizierten Wirtschaftsverbänden um eingetragene Vereine handelt. Damit wird insbesondere den Kammern der Heilberufe, die auf Landesebene als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind, die Anspruchsbefugnis im Rahmen des § 8 UWG-RefE entzogen. Nach aktueller Rechtslage sind die Kammern der freien Berufe sowohl klagebefugt als auch anspruchsberechtigt im Sinne des § 8 Absatz 3 Nummer 2 UWG. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt und ist vom Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 2004 bestätigt worden. Das Bundesverfassungsgericht hat in der vorgenannten Entscheidung (BVerfGE 11, 366) dazu Folgendes ausgeführt:

*„Die Wettbewerbsklage gegen Kammermitglieder ist vom BGH 1972 erstmals (vgl. BGH, NJW 1972, Seite 1410 = GRUR 1972, Seite 607) und in den letzten Jahren vielfach für zulässig erachtet worden (vgl. die Nachw. in BGH, NJW 2002, Seite 2039). Ausschlaggebend war vor allem die Überlegung, dass Verstöße gegen Berufspflichten häufig einen wettbewerblichen Bezug haben, weil sie andere Marktteilnehmer benachteiligen. Dies gilt vor allem für berufsrechtliche Regelungen, die die Außendarstellung betreffen; werden sie verletzt, können für rechts-treue Berufsangehörige Wettbewerbsnachteile entstehen. Die höhere Effizienz der Untersagungsverfügung, die verschuldensunabhängig und in einem vollstreckbaren Titel ausgesprochen wird, gibt nach dieser Rechtsprechung den Kammern ein Mittel an die Hand, das im Verhältnis zu Belehrung, Rüge oder Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens besser und schneller wirkt. Andererseits werden dadurch die im Berufsrecht niedergelegten Rechte und Pflichten der Kammer und ihrer Mitglieder nicht verändert. Voraussetzung eines Anspruchs der Kammer auf Unterlassung im Rahmen des Gesetzes über den unlauteren*

*Wettbewerb ist eine Verletzung der berufsrechtlichen Regeln, hier der §§ 57, 57a StBerG. Das Zivilgericht kann eine Unterlassungspflicht nur aussprechen, wenn auch diese Voraussetzung erfüllt wird. Diese Auslegung erweitert und verstärkt die Eingriffsmöglichkeiten der Kammern gegenüber ihren Mitgliedern. Sie dient aber der Wahrung der Gesamtinteressen des Kammerversbands und hält sich damit in den Grenzen, die die Verfassung der Rechtsprechung bei der Normauslegung setzt.“*

Da wir davon ausgehen, dass durch den Referentenentwurf die Situation im Hinblick auf die Kammern der freien Berufe nicht geändert werden sollte, regen wir an, in § 8 Absatz 3 Nummer 4 nach dem Wort „*Handwerkskammern*“ die Wörter „*und den Kammern der freien Berufe*“ zu ergänzen.

- b) Nach der Gesetzesbegründung soll die Eintragung in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8a Absatz 2 UWG-RefE insbesondere dazu dienen, die für die wettbewerbsrechtlichen Verfahren zuständigen Gerichte zu entlasten, da diese im Rahmen der Verfahren oftmals nicht einfach überprüfen können, ob die Voraussetzungen für die Klagebefugnis eines Wirtschaftsverbandes vorliegt. Im Hinblick auf Vereine/Verbände, denen der Gesetzgeber eine besondere Aufgabe bzw. Befugnis zugewiesen hat, scheint das Erfordernis einer Eintragung in eine beim Bundesamt für Justiz (BfJ) geführte Liste jedoch als unnötige Formalie, deren Fehlen ein sinnvolles wettbewerbsrechtliches Einschreiten im Einzelfall verhindern kann, was möglicher Weise weder im Interesse der Verbraucher noch im Interesse der übrigen Marktteilnehmer ist.

Beispielsweise hat der Gesetzgeber den Apothekervereinen/-verbände der Länder in § 129 Absatz 5 SGB V als für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgebliche Organisationen der Apotheker auf Landesebene die Kompetenz zum Abschluss von ergänzenden Arzneilieferverträgen eingeräumt. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass diesen Organisationen eine besondere Stellung im Bereich der Arzneimittelversorgung zukommt. Es ist aus unserer Sicht kaum erklärlich, warum die Apothekervereine/-verbände der Länder in diesem Bereich auf Grundlage des Sozialgesetzbuches, nicht aber auf Grundlage des UWG ohne Eintragung tätig werden dürfen, obwohl letztere Verfahren im Einzelfall zu einer schnelleren gerichtlichen Klärung einzelner Fragestellungen führen und damit sowohl für Verbraucher als auch für andere Marktteilnehmer die notwendige Rechtssicherheit herbeiführen können.

Gleiches gilt für den Deutschen Apothekerverband e.V., dem der Gesetzgeber etwa nach § 129 Absatz 2 SGB V die Kompetenz zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Arzneimittelversorgung übertragen hat.

Aus den vorgenannten Gründen regen wir an, zu prüfen, ob für Vereine/Verbände, denen der Gesetzgeber in bestimmten Bereichen eine besondere Aufgabe bzw. Befugnis zugewiesen hat, vom Eintragungserfordernis nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 UWG abgesehen werden kann. Gleiches gilt für die entsprechenden im Referentenentwurf vorgesehenen Vorgaben in § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Unterlassungs-

klagengesetz-RefE (Artikel 2 Ziffer 2) und in § 33 Absatz 4 Nummer 1 GWB-RefE (Artikel 7 Ziffer 2).

## **2. Zu Artikel 1 Ziffer 5:**

Wir unterstützen Überlegungen, die Ansprüche der Abmahnenden auf den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen in den Fällen auszuschließen, in denen nur unerhebliche Zuwiderhandlungen vorliegen. Gleichwohl haben wir Bedenken, dass die in § 13 Absatz 4 Nummer 1 UWG-RefE gewählte Formulierung hinreichend bestimmt ist, um bei der Rechtsanwendung in der Praxis die Fälle zu bestimmen, in denen unerhebliche Zuwiderhandlungen vorliegen. Gerade im Hinblick auf etwaige datenschutzrechtliche Verstöße, die u.U. auch wettbewerbsrechtlich verfolgt werden können, lassen sich die Schwere, das Ausmaß und die Folgen der Zuwiderhandlung für Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer und Mitbewerber häufig nur schwer generalisierend bewerten. Hier besteht die Gefahr weiterer Rechtsunsicherheiten, die sich im Zweifel erst durch eine ggf. über mehrere Jahre erstreckende gerichtliche Klärung ausräumen lassen.

## **3. Zu Artikel 2 Ziffer 2:**

Unter entsprechender Bezugnahme auf die obenstehenden Ausführungen unter I.1.a) regen wir an, in § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 Unterlassungsklagengesetz-RefE nach dem Wort „*Handwerkskammern*“ die Wörter „*und den Kammern der freien Berufe*“ zu ergänzen.

## **4. Zu Artikel 10:**

Bezüglich der Regelungen zum Inkrafttreten des Gesetzes bitten wir darum zu prüfen, ob bezüglich des Erfordernisses der Eintragung in die Liste beim BfJ nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 UWG-RefE die vorgesehenen sechs Monate ab Verkündung des Gesetzes ausreichend sind, um sicherzustellen, dass alle eintragungsberechtigten Vereine das Eintragungsverfahren durchlaufen haben. Gegebenenfalls sollte die vorgenannte Frist angemessen verlängert werden.

Alternativ sollte erwogen werden, dass die vorgenannte Regelung keine Anwendung auf Verfahren findet, die zum Zeitpunkt der Verkündung des Gesetzes bereits rechts-hängig sind.

## **II. Zum Regelungsbedarf für die Abmahnung von Datenschutzverstößen**

Uns liegen aktuell keine Hinweise dafür vor, dass es im Bereich der Apotheken in größerem Umfang zu missbräuchlichen Abmahnungen durch Wettbewerbsverbände oder Mitbewerber wegen etwaiger Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben kommt.