



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 65. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 23. Oktober 2019, 14:01 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender
Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziges Tagesordnungspunkt

Seite 8

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

BT-Drucksache 19/12084

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Dr. Nina Scheer [SPD]

Abg. Dr. Lothar Maier [AfD]

Abg. Roman Müller-Böhm [FDP]

Abg. Amira Mohamed Ali [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



- b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Stephan Brandner, Fabian Jacobi, Dr. Lothar Maier, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Abmahnmissbrauchs

BT-Drucksache 19/13205

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Dr. Nina Scheer [SPD]

Abg. Dr. Lothar Maier [AfD]

Abg. Roman Müller-Böhm [FDP]

Abg. Amira Mohamed Ali [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- c) Antrag der Abgeordneten Roman Müller-Böhm, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

Maßnahmen für mehr Fairness bei Abmahnungen

BT-Drucksache 19/13165

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Dr. Nina Scheer [SPD]

Abg. Dr. Lothar Maier [AfD]

Abg. Roman Müller-Böhm [FDP]

Abg. Amira Mohamed Ali [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- d) Antrag der Abgeordneten Dr. Manuela Rottmann, Tabea Rößner, Claudia Müller, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Abmahnungen – Transparenz und Rechtssicherheit gegen Missbrauch

BT-Drucksache 19/6438

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss Digitale Agenda

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Dr. Nina Scheer [SPD]

Abg. Dr. Lothar Maier [AfD]

Abg. Roman Müller-Böhm [FDP]

Abg. Amira Mohamed Ali [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Mitgliederliste	Seite 4
Sprechregister Abgeordnete	Seite 6
Sprechregister Sachverständige	Seite 7
Zusammenstellung der Stellungnahmen	Seite 29

**Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Frieser, Michael Heil, Mechthild Heveling, Ansgar Hirte, Dr. Heribert Hoffmann, Alexander Jung, Ingmar Luczak, Dr. Jan-Marco Müller, Axel Müller (Braunschweig), Carsten Sensburg, Dr. Patrick Steineke, Sebastian Ullrich, Dr. Volker Warken, Nina Wellenreuther, Ingo Winkelmeier-Becker, Elisabeth	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Amthor, Philipp Frei, Thorsten Gutting, Olav Hauer, Matthias Launert, Dr. Silke Lindholz, Andrea Maag, Karin Middelberg, Dr. Mathias Nicolaisen, Petra Noll, Michaela Schipanski, Tankred Thies, Hans-Jürgen Throm, Alexander Vries, Kees de Weisergerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz Dilcher, Esther Fechner, Dr. Johannes Groß, Michael Heidenblut, Dirk Lauterbach, Prof. Dr. Karl Post, Florian Scheer, Dr. Nina Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Esken, Saskia Högl, Dr. Eva Miersch, Dr. Matthias Müller, Bettina Nissen, Ulli Özdemir (Duisburg), Mahmut Rix, Sönke Schieder, Marianne Vogt, Ute	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan Jacobi, Fabian Maier, Jens Maier, Dr. Lothar Peterka, Tobias Matthias Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried Hartwig, Dr. Roland Haug, Jochen Seitz, Thomas Storch, Beatrix von Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco Helling-Plahr, Katrin Martens, Dr. Jürgen Müller-Böhm, Roman Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Fricke, Otto Innen, Ulla Schinnenburg, Dr. Wieland Skudelny, Judith Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay Mohamed Ali, Amira Movassat, Niema Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla Lay, Caren Möhring, Cornelia Renner, Martina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 27, 28
Fabian Jacobi (AfD)	18
Ingmar Jung (CDU/CSU)	17
Jens Maier (AfD)	17
Dr. Lothar Maier (AfD)	19
Amira Mohamed Ali (DIE LINKE.)	18
Roman Müller-Böhm (FDP)	17
Dr. Manuela Rottmann (BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN)	16
Dr. Nina Scheer (SPD)	18, 19
Thomas Seitz (AfD)	19
Elisabeth Winkelmeier-Becker (CDU/CSU)	19



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Nina Diercks, M.Litt (University of Aberdeen) Rechtsanwältin, Hamburg	9, 27
Dr. Martin Fries Ludwig-Maximilians-Universität München Institut für Internationales Recht	9, 25
Dr. Martin Jaschinski Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Berlin	10, 26
Prof. em. Dr. Helmut Köhler Neusäß	11, 26
Dr. Otmar Lell Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv), Berlin Leiter Team Recht und Handel	12, 25
Dr. Peter Jens Schröder Handelsverband Deutschland – HDE e. V., Berlin Bereichsleiter Recht und Verbraucherpolitik	13, 24
Ferdinand Selonke Verband Sozialer Wettbewerb e. V., Berlin Geschäftsführer	14, 23
Joachim Nikolaus Steinhöfel Rechtsanwalt, Hamburg	14, 21
Dr. Tobias Timmann Rechtsanwalt, Düsseldorf	15, 19



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Meine Damen und Herren, ich begrüße Sie herzlich zur öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs auf Drucksache 19/12084, zum Gesetzentwurf der Fraktion der AfD – Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Abmahnmissbrauchs auf Drucksache 19/13205, dem Antrag der Fraktion der FDP – Maßnahmen für mehr Fairness bei Abmahnungen auf Drucksache 19/13165 und dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Abmahnungen – Transparenz und Rechtssicherheit gegen Missbrauch auf Drucksache 19/6438. Ich begrüße die Kolleginnen und Kollegen aus dem Ausschuss und – soweit vorhanden – weitere interessierte Abgeordnete. Ich begrüße vor allen Dingen die neun Sachverständigen. Ich begrüße die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung sowie die Zuhörer auf der Tribüne. Gegenstand sind zwei Gesetzentwürfe und zwei Anträge, die alle die Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen bezwecken, dafür aber unterschiedliche Maßnahmen vorschlagen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht zur Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen höhere Anforderungen an die Befugnis zur Geltendmachung von Ansprüchen, die Verringerung finanzieller Anreize für Abmahnungen, mehr Transparenz sowie vereinfachte Möglichkeiten zur Geltendmachung von Gegenansprüchen vor. Die AfD-Fraktion stellt einen eigenen Gesetzentwurf dagegen, dessen erklärtes Ziel es ist, missbräuchliche Abmahnungen wirksam zu verhindern, ohne die Vorteile des Systems der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes und des lautereren Wettbewerbs zu gefährden. Der Antrag der FDP-Fraktion kritisiert den Gesetzentwurf der Bundesregierung als nicht weitgehend genug und strebt insbesondere einen Systemwechsel beim Ersatz der Abmahnkosten an. Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bemängeln in ihrem Antrag unter anderem, dass der Entwurf der Bundesregierung eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthalte, und fordert mehr Transparenz und Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Wir haben heute ein technisches Problem, denn um 15.35 Uhr soll im Plenum eine Aktuelle Stunde auf Antrag der FDP zum Thema

„Meinungsfreiheit“ beginnen. Das ist ein Thema, für das dieser Ausschuss federführend zuständig ist. Deshalb müssen wir die Anhörung etwas früher als geplant, nämlich etwa um 15.30 Uhr, beenden, außer es verschiebt sich der Plenarablauf wieder etwas nach hinten, was nicht ganz ausgeschlossen ist. Dann gewinnen wir diese Zeit. Ich bin aber überzeugt, dass uns das mit schnellerem Sprechen und etwas mehr Disziplin, als wir sonst auch schon üben, gelingen wird.

Jetzt noch die üblichen Hinweise zum Ablauf. Sie als Sachverständige erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Bei den Stellungnahmen gehen wir alphabetisch vor und beginnen daher heute mit Frau Diercks. Bitte bemühen Sie sich, nicht mehr als vier Minuten zu sprechen. Drei Minuten wären angesichts der knapp bemessenen Zeit noch besser. Und im Saal läuft dann oben eine Uhr. Wir stellen sie gleich schon einmal auf drei Minuten, dann geht es schneller und wir haben mehr Zeit für die Fragen. Nach zweieinhalb Minuten gibt es eine akustische Vorwarnung. Wenn die Uhr dann anschließend auf rot geht, sind die Minuten abgelaufen. Daran anschließend gibt es Fragestunden. Die Abgeordneten können zwei Fragen stellen, entweder jeweils eine Frage an zwei unterschiedliche Sachverständige oder zwei Fragen an denselben Sachverständigen. In dieser Fragerunde gehen wir dann umgekehrt vor – von rechts nach links. Herr Timmann wird dann die Fragen als Erster beantworten. Wenn wir weitere Runden haben, geht es wieder in der anderen Reihenfolge.

Einige weitere grundsätzliche Hinweise: Die Anhörung ist öffentlich. Das Sekretariat, hier zu meiner Rechten, fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Ich glaube zwar nicht, dass der folgende Hinweis heute von Bedeutung sein wird, aber rein vorsorglich möchte ich darauf hinweisen, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht, § 112 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), oder Strafrecht, § 106b Strafgesetzbuch (StGB), geahndet werden können. Dies gilt es auch deshalb unbedingt zu beachten, weil der betroffene Straftatbestand von der Staats-



anwaltschaft von Amts wegen verfolgt wird, der Ausschuss also keinen Einfluss auf die Frage der Strafverfolgung hat. So viel zur Einleitung. Frau Diercks, Sie haben das Wort.

SVe Nina Diercks: Schnell reden kann ich, glaube ich, ich bemühe mich dann mal. Ich habe mich ausschließlich mit denjenigen Regelungen beschäftigt, die die missbräuchlichen Abmahnungen von Datenschutzrechtsverstößen verhindern wollen. Ein grundlegendes Problem sehe ich in diesem Entwurf darin, dass er ein Problem beseitigen will, das so nicht da ist. Es gibt keine Abmahnwellen im Datenschutzbereich. Nichtsdestotrotz hat das Ganze auch Licht. Aus meiner Perspektive sehr schön und richtig ist, dass der Gesetzentwurf vorsieht, dass keine Sperrwirkung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hinsichtlich der Rechtsbehelfe des OWiG besteht. Genauso erkennt dieser Entwurf grundsätzlich an, dass die DSGVO als Marktverhaltensregelung wirkt.

Aufgrund der Kürze der Zeit direkt zur Normkritik: Damit steige ich ein mit dem Mitbewerberbegriff des vorgeschlagenen § 8 Abs. 3 Nr. 1 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG). Der Mitbewerberbegriff bisher ist vollkommen klar durch die Rechtsprechung und durch entsprechende Kasuistik definiert. Die Aufweichung dessen oder die Veränderung des Mitbewerberbegriffs wird meines Erachtens nur dazu führen, dass etliche Gerichtsverfahren herausgefordert werden, in denen das dann immer wieder neu definiert werden muss. Insbesondere im Zusammenhang mit der Gesetzesbegründung wird es so sein, dass zwei Gruppen, nämlich Start-ups und Unternehmen in wirtschaftlichen Schieflagen, willkürlich aus dem Mitbewerberbegriff herausgenommen werden. Gerade die bedürfen jedoch durchaus wettbewerbsrechtlicher Rechtsbehelfe. Kommen wir dann zu den Regelbeispielen zum Abmahnmissbrauch – eine grundsätzlich gute Idee. Das Problem ist, die sind alle faktisch bisher schon im jetzigen § 8 Abs. 4 UWG enthalten. Auch hier finden wir wieder eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen. Auch die werden wieder Gerichtsverfahren herausfordern. Dies vor allem deswegen, weil es Regelbeispiele sind, die mit „insbesondere“ eingeleitet werden. Das heißt, dass

jeder Abgemahnte – zum Beispiel – sofort sagen wird: Das ist eine erheblich überhöhte Vertragsstrafe. Dann wird man sich darüber wieder auseinandersetzen müssen. Daher plädiere ich dafür, den bisherigen § 8 Abs. 4 UWG einfach beizubehalten.

Aufwendungsersatz soll gestrichen werden im Zusammenhang mit der DSGVO. Da haben wir zunächst erst einmal das Problem, dass nach der jetzigen Regelung 98,315 Prozent der Unternehmen betroffen sind, wenn man die Definition der EU-Kommission ansieht. Dann ist nicht erklärbar, warum es diesen vielen Unternehmen in Deutschland so schwer gemacht werden soll, ihre berechtigten Interessen durchzusetzen, indem sie auch noch die Kosten dafür tragen sollen, obwohl sie im Recht sind. Das Schlimmste, oder das, womit ich wirklich große Probleme habe, ist die Beschränkung der Vertragsstrafe bei DSGVO-Verstößen. Dort soll es nämlich so sein, dass keine Vertragsstrafe mehr festgehalten wird. Dazu möchte ich nur kurz sagen, damit können keine Gewinne erzielt werden, es geht um Unterlassungserklärung- und Vertragsstrafeversprechen, die den Unterlassungsanspruch des Abmahnenenden absichern. Erst bei einem erneuten Verstoß des Abgemahnten gegen das, was er unterlassen soll, wird eine Vertragsstrafe generiert. Ich empfehle daher, auch diese Regelung nicht ins Gesetz zu übernehmen. Wenn ich noch einen Satz sagen darf? Ganz kurz, ich habe jetzt sehr schnell geredet, sehr viel. Alles lässt sich im Einzelnen ausführlich in der Stellungnahme nachlesen, die ich vorbereitet habe. Ich würde sagen, die Kombination dieser Regelungen, insbesondere die Streichung des Aufwendungsersatzes und der Vertragsstrafeversprechen bei Datenschutzverstößen, die mit wettbewerbsrechtlichen Rechtsbehelfen angegangen werden sollen, lässt die Abmahnung als effektives Institut der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung vor dem Hintergrund der Selbstregulation, die wir im Wettbewerbsrecht haben, leider zwecklos und zahnlos als leere Hülle zurück. Danke.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Frau Diercks. Als nächstes hat das Wort Herr Fries.

SV Dr. Martin Fries: Vielen Dank. Ich möchte in meinen kurzen Bemerkungen kurz auf die beiden Akteure schauen, über die wir uns hier Gedanken



machen, wenn wir über diesen Gesetzentwurf zum Abmahnmissbrauch sprechen. Zunächst auf die Akteure, die abgemahnt werden, die sich nach dem Duktus des Regierungsentwurfs tendenziell in der Opferrolle befinden. Ich glaube, – wer das mal erlebt hat im Bekanntenkreis oder sogar am eigenen Leibe – das ist tatsächlich eine unschöne Situation, wenn man abgemahnt wird. Man weiß vielleicht gar nichts von dem Rechtsverstoß. Man soll Geld zahlen, man bekommt eine sehr harte, enge Frist gesetzt, und dann muss man irgendwie adäquat reagieren. Das gelingt vielleicht professionellen Unternehmen. Aber kleinen Unternehmen, die nicht so lange darüber nachgedacht haben, was sie da tun, denen gelingt das womöglich nicht. Und das ist ein Schutzbedarf, den wir da sehen, den es vielleicht in ganz ähnlicher Weise im Verbraucherrecht gibt. Und man kann sich überlegen, wie man diese Marktakteure schützt. Der Gesetzentwurf sieht dafür Transparenzregeln vor. Darüber kann man geteilter Meinung sein. Ich finde jedenfalls, es ist ein nachvollziehbarer Ansatz. Gleichzeitig darf man nicht vergessen, dass nicht alle Akteure, die da abgemahnt werden, sich in der gleichen Situation befinden. Es gibt durchaus auch diejenigen Akteure, die sehr bewusst das Risiko in Kauf nehmen, dass sie einen Rechtsbruch begehen, und die einfach ganz bewusst sagen, dass sie die Investition nicht erbringen wollen. Die sich zum Beispiel sagen: Mit dem Impressum – was ich da reinschreibe, da schaue ich ein bisschen, was die anderen machen, und dann passt das so. Ich scheue die Investition und gehe das Risiko ein. Ein solcher Akteur verdient es aus meiner Sicht nicht unbedingt, an der Stelle geschützt zu werden. Das heißt, die Lage ist etwas heterogen. Und wenn wir „überschützen“, dann benachteiligen wir denjenigen, der das Geld in die Hand genommen, in eine Rechtsberatung investiert hat und sich darum gekümmert hat, dass er die gesetzlichen Vorschriften einhält. Um den nicht zu benachteiligen, im Sinne eines dann ungleichen Wettbewerbs, wäre aus meiner Sicht das Erste, was man machen müsste, dass man – wenn man sieht, materielles Recht ist zu kompliziert für die Menschen, die es zu befolgen haben, das können die einfachen Leute oder die kleinen Unternehmen da draußen nicht einhalten – dann sollte man als Erstes darüber nachdenken, dieses materielle Recht zurückzufahren und

vielleicht zu sagen, wir wollen da nicht so streng sein. Das ist im Datenschutzrecht recht schwierig, das weiß ich, weil es europäisches Recht ist, aber als Idealvorstellung, glaube ich, kann das schon taugen.

Und zum Schluss noch kurz der Blick auf die Seite der Abmahnenden. Da geht der Gesetzentwurf heran mit der Haltung, diejenigen, die gewinnorientiert arbeiten, das sind so ein bisschen die bösen Abmahner, die anderen sind die guten Abmahner. Diese Zweiteilung gefällt mir nicht. Das sage ich ganz offen und zwar deswegen, weil ich glaube, dass die allermeisten Akteure im Rechtswesen gewinnorientiert arbeiten, einschließlich der hehren Organe der Rechtspfleger – alias Rechtsanwälte –, die doch in der ganz überwiegenden Mehrzahl arbeiten, um Geld zu verdienen. Das als Anknüpfungspunkt zu nehmen und zu sagen, das sind unseriöse Abmahner, das passt irgendwie nicht. Wenn man den Eindruck hat, die machen am Ende zu viel Reibach mit der Sache, dann könnte man darüber nachdenken, ob vielleicht die Sätze, die gesetzlich reguliert sind, die die ja ansetzen dürfen – ob die vielleicht zu hoch sind. Ob das, was das Gesetz an Vergütung vorsieht, ob das vielleicht heute aufgrund von Digitalisierung und sinkenden Kosten auf Seiten derjenigen, die als Abmahner tätig sind – ob man diese Sätze vielleicht heruntersetzen kann. Damit wage ich mich weit vor, aber darüber dürfen Sie dann nachdenken. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Herzlichen Dank, Herr Fries. Als nächstes hat das Wort Herr Jaschinski, bitte schön.

SV Dr. Martin Jaschinski: Vielen Dank. Wettbewerbsrecht ist Verbraucherschutzrecht, das heißt, wenn im Rechtsverkehr irgendein Unternehmen mit Mondpreisen wirbt oder wenn es irgendwelche Zuckerpillen als Krebsheilmittel verkauft, dann haben wir in Deutschland keine große Behörde, die hier einschreitet, sondern wir setzen auf die Kraft des Marktes. Die Wettbewerber sollen dagegen vorgehen, und die Verbände sollen dagegen vorgehen. Sie sind sozusagen die Polizisten, die tätig werden, um dafür zu sorgen, dass verbraucherschützende Gesetze auch wirklich durchgesetzt werden. Und das ist ein System, das hier in Deutschland sehr effizient ist. Das läuft seit vielen Jahrzehnten sehr



erfolgreich. Und an diesem System will, glaube ich, keiner etwas ändern. Auch der Gesetzentwurf sagt ja ausdrücklich, dieses Handeln von den klassischen Akteuren des Wettbewerbsrechts wollen wir nicht einschränken. Es gibt natürlich auch, und das ist hier das Problem, einige Unternehmen, einige Rechtsanwälte, die das System ausnutzen. Die machen dann Massenabmahnungen wegen kleiner Bagatellfälle, und da ist die innere Rechtfertigung nicht mehr da. Es geht ihnen nicht mehr um die Sache, sondern nur noch ums Geldverdienen. Nur diese Fälle sollen durch dieses Gesetz reguliert werden. Und damit haben wir ein bisschen einen Zielkonflikt. Das grundsätzliche Vorgehen soll so bleiben, wie es ist. Das wollen wir nicht schwächen, sonst schwächen wir den Verbraucherschutz. Aber die bösen Abzockanwälte, die wollen wir irgendwie schädigen. Rechtsmissbräuchliches Vorgehen ist bislang auch schon untersagt, aber da ist manchmal der Nachweis in der Praxis ein bisschen schwer. Man kann das nicht so ganz greifen, und deswegen werden zum Teil hier die Hürden in dem Gesetz erhöht. Das macht auch durchaus Sinn, aber man muss natürlich bei jeder Regelung aufpassen: Ist es jetzt nur eine weitere Hürde für die Abmahnindustrie oder die Abzockanwälte, oder wird dadurch auch das System gestört? Es gibt Normen, die sind sehr geeignet dafür, nur die Abmahnanwälte zu treffen. Aber es gibt auch viele Normen – oder zumindest einige Normen, die über das Ziel hinausschießen und alle Anwälte, alle Unternehmen, die hier vorgehen, treffen. Ich will zwei Beispiele nennen. Die eine Norm ist der vorgeschlagene § 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG. Da wird gesagt, eine Abmahnung, bei der ein unangemessen hoher Streitwert angegeben wird, ist rechtsmissbräuchlich. Das ist auf dem ersten Blick nachvollziehbar. Aber Streitwerte werden von Gerichten fast beliebig festgesetzt, es gibt keinen festen Streitwertkatalog. Insofern hat in Zukunft jeder, der angreift, immer ein absolutes Risiko, dass er rechtsmissbräuchlich agiert, weil er den späteren Streitwert nicht richtig prognostiziert. Eine weitere Sache, die irgendwie auch das System schädigt, ist die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands. Wir haben in Deutschland bis jetzt relativ wenige sehr spezialisierte Wettbewerbsgerichte, die angerufen werden. Und das ist auch gut so, denn Wettbewerbsrecht lernt man nicht in der Uni.

Wettbewerbsverfahrensrecht ist richterrechtlich geprägt, es ist ganz kompliziert. Und die Gerichte müssen häufig in sehr kurzer Zeit entscheiden, denn Wettbewerbsrecht spielt sich fast immer im Eilrechtsschutz ab. Das heißt, ein Richter kriegt einen Antrag auf einstweilige Verfügung. Er muss dann entscheiden, er kann nicht lange nachblättern. Wenn Sie jetzt erreichen, dass irgendwelche Richter, die sich damit überhaupt nicht auskennen, in Zukunft wettbewerbsrechtliche Verfahren machen, dann führt das zu Zufallsergebnissen, die das Risiko für Angreifer, für die normalen, „guten“ Angreifer, deutlich erhöhen. Die Verfahrenskosten werden insgesamt deutlich höher werden, und damit wird letztlich der Verbraucherschutz geschwächt. Und das ist, glaube ich, nicht das Ziel dieses Gesetzes. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes Herr Köhler, bitte schön.

SV Prof. em. Dr. Helmut Köhler: Ich habe drei Punkte anzusprechen; alles andere müssen Sie meiner Stellungnahme entnehmen. Der erste Punkt ist der, den Frau Diercks angesprochen hat: Die DSGVO. Aus meiner Sicht – ich fürchte, die Abmahnwelle ist deshalb ausgeblieben, weil die Unternehmen vor dem Risiko, dass ihre Klage als unzulässig abgewiesen wird, zurückscheuen. Das zweite ist, die DSGVO enthält eine abschließende Regelung ihrer Durchsetzung. Mitbewerber sind darin nicht vorgesehen. Private Personen und Verbände sind nur im Rahmen der Art. 77 und 80 DSGVO anspruchsberechtigt und nur zur Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte. Und wenn der deutsche Gesetzgeber jetzt diese Regelung drin lässt, dann verstößt er mit größter Wahrscheinlichkeit gegen vorrangiges Unionsrecht, und das bedeutet letzten Endes ein Vertragsverletzungsverfahren. Der Gesetzgeber wäre daher gut beraten, auf diese Frage nicht einzugehen, sondern es den Parteien zu überlassen, entsprechende Klagen vor Gericht vorzubringen. Dann wird ein Gericht, spätestens der Bundesgerichtshof (BGH), diese Frage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorlegen, und dann haben wir vielleicht Rechtsklarheit, aber so lehnt sich der Gesetzgeber eigentlich zu Unrecht auf die falsche Seite. Ich möchte einen Vorschlag erwähnen, der zwar nicht von mir stammt, aber den ich sehr billige, nämlich dass man ein Online-Melderegister für Abmahnungen einführt, das beim



Bundesamt für Justiz geführt werden könnte. Das würde dazu beitragen, dass man diese umständlichen Melde-/Berichtspflichten vermeidet. Der dritte Punkt – materiellrechtlich noch einmal: § 13 Abs. 4 hat jetzt im Entwurf zum UWG zwei Nummern. Die Nr. 2 muss aus meiner Sicht sowieso weg, und was die Nr. 1 angeht, ist sie einerseits zu eng und andererseits zu weit gefasst. Es müsste eine Regelung erfolgen, die ungefähr lautet „Der Aufwendungsersatzanspruch von Mitbewerbern ist ausgeschlossen bei Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 UWG“ – und somit alle UWG-Tatbestände erfasst, und nicht nur Verstöße gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten. Ich will es an einem Beispiel erläutern. Ein kleiner Bäcker fängt eine neue Bäckerei an und hält sich nicht an die Ladenöffnungszeiten. Ein Mitbewerber schaltet einen Anwalt ein und mahnt den kleinen Bäcker kostenpflichtig ab. Da sieht man deutlich, dass gerade kleine und kleinste Unternehmen praktisch gezwungen werden, sich da zu unterwerfen, obwohl das wirklich ein Peanuts-Verstoß ist. Das muss nicht sein, dass man das noch zusätzlich mit einem Aufwendungsersatzanspruch sanktioniert. Das war es aus meiner Sicht.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herzlichen Dank, Herr Köhler. Als nächster ist Herr Lell an der Reihe, bitte schön.

SV **Dr. Otmar Lell**: Vielen Dank. Aus unserer Sicht hat die Debatte über den Abmahnmissbrauch zwei Seiten. Auf der einen Seite unterstützen wir die generelle Zielrichtung des Gesetzes, weil wir denken, dass die private Rechtsdurchsetzung in Deutschland ein Erfolgsmodell ist, auch im internationalen Vergleich. Wir sollten dabei bleiben, wir wollen keinen Systemwechsel in Richtung eines behördlichen Modells. Und gerade deshalb, finden wir, ist es wichtig, dass wir Fehler innerhalb dieses zivilrechtlichen Systems angehen, damit dieses System nicht durch Abmahnmissbrauch in Misskredit gerät. Andererseits – das ist die zweite Sichtweise, die wir auch haben als klagebefugter Verband – ist es wichtig, dass die Maßnahmen gegen Abmahnmissbrauch nicht über das Ziel hinausschießen. Das ist eine schwierige Balance, die wird man nie perfekt hinbekommen. Und an der einen oder

anderen Stelle sollte auch noch einmal nachgelegt werden. Damit zu den konkreten Regelungen – erst einmal zu dem Punkt des datenschutzrechtlichen Klagerechts. Wir finden, dass der Gesetzgeber hier einen ausgewogenen Kompromiss vorschlägt, der die Klagebefugnisse von Verbraucher- und Wettbewerbsverbänden erhält. Das finden wir sehr wichtig, denn nur so können die Verbände auch in Zukunft verhindern, dass Unternehmen durch Datenschutzverstöße Vorteile im Wettbewerb erlangen. Wir haben allerdings noch einige Wünsche an den Gesetzgeber, was die allgemeinen Regelungen zum Abmahnmissbrauch angeht, weil wir da unsere Klagefähigkeit/Abmahnfähigkeit über Gebühr eingeschränkt sehen. Das ist zunächst mal die Vertragsstrafe bei unerheblichen Verstößen. Die soll bei 1.000 Euro gedeckelt werden. Das ist angemessen für Kleinstunternehmen, aber nicht für größere, denn bei denen wären dann solche kleineren Verstöße überhaupt nicht mehr zu ahnden, weil denen 1.000 Euro einfach egal sind.

Dann zur Formulierung der Missbrauchstatbestände. Das ist auch schon gesagt worden: Die Regelbeispiele sind schwierig, sind zu starr. Man muss Missbrauch aus einer Gesamtschau der Umstände würdigen, und das ist mit den Regelbeispielen nicht möglich. Besonders problematisch ist hier aus unserer Sicht, dass eine erheblich zu weit formulierte Unterlassungsverpflichtung missbräuchlich sein soll. Denn wie weitreichend eine Unterlassungsverpflichtung formuliert ist, das ist eine der schwierigsten Fragen für Abmahnende und Gerichte. Deswegen sollte dieses Regelbeispiel komplett gestrichen werden. Aufwendungsersatzanspruch des Abgemahnten im Falle unberechtigter Abmahnungen – das ist im Prinzip in Ordnung, aber dieser Aufwendungsersatz darf nicht dazu führen, dass es eine unverhältnismäßig hohe Kostenlast für den Abmahnenden gibt. Schließlich zu den Berichtspflichten: Die, meinen wir, sollten gestrichen werden, denn diese Berichtspflichten würden gerade bei uns erhebliche Mittel binden, die dann für die Rechtsdurchsetzung fehlen, ohne aber einen erkennbaren Nutzen zu bringen. Und schließlich noch eine Sache, gerade weil die von den anderen wahrscheinlich nicht angesprochen werden wird: Der Designschutz. Wir finden die Reparaturklausel sehr wichtig. Die wird Wettbewerb in den Ersatzteilmarkt für Autos



bringen und damit die Preise erheblich senken. Allerdings kommt das Verbrauchern, die alte Autos haben, nur dann zu Gute, wenn diese Reparaturklausel auch bald greift und somit auch für bereits eingetragene Designs gilt, etwa in acht bis zehn Jahren. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Lell. Als nächstes hat das Wort Herr Schröder, bitte schön.

SV **Dr. Peter Jens Schröder**: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Lassen Sie mich zunächst grundsätzlich feststellen, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung beim Kampf gegen den Abmahnmissbrauch nach unserer Auffassung ein großer Schritt nach vorne ist. Mit einem ganzen Maßnahmenbündel soll der Missbrauch der Abmahnmöglichkeiten nach dem Lauterkeitsrecht endlich eingedämmt werden. Die geplanten gesetzlichen Änderungen sind nach unserer Auffassung auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Dies gilt insbesondere für die geplante Streichung des fliegenden Gerichtsstands. Diese Änderung verhindert die Wahl des zuständigen Gerichts nach Gusto des Abmahners und sorgt damit für mehr Fairness zwischen Abmahner und Abgemahntem im Prozess. Die Streichung stellt daher ein Herzstück der geplanten Reformmaßnahmen dar. Wenn die geplanten Änderungen vom Bundestag beschlossen werden, erwarten wir einen regelrechten Durchbruch im Kampf gegen den Abmahnmissbrauch, auch wenn natürlich nicht alle Fehlentwicklungen beseitigt werden können. Dies ist nach einer über zehnjährigen Debatte auch wirklich überfällig. Es ist an der Zeit, endlich unseriösen Rechtsanwälten und Verbänden, welche die Möglichkeiten von Abmahnungen und Unterlassungsklagen ausschließlich nutzen, um Gebühren zu generieren und Aufwendungsersatzansprüche zu erhalten, und denen, nebenbei gesagt, die Durchsetzung des geltenden Rechts und lauterer geschäftlichen Handelns ziemlich egal ist, Grenzen zu setzen. Der Handelsverband Deutschland – HDE e.V. hat deshalb im Jahr 2017 bereits mit insgesamt zehn Wirtschaftsverbänden, darunter dem Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK), Großhandel, Markenverband, Werbewirtschaft, nochmals mit einem gemeinsamen Papier auf die Problematik und den gesetzlichen Handlungsbedarf

aufmerksam gemacht. Wir begrüßen die geplanten Neuregelungen des Regierungsentwurfs daher ausdrücklich. Auch wenn an einzelnen Stellen noch Nachjustierungen erforderlich sind, hat der Gesetzentwurf das Potenzial, die Fairness des Wettbewerbs zu verbessern. Trotz dieser grundsätzlich sehr positiven Bewertung möchte ich noch auf zwei wichtige Punkte eingehen, die aus unserer Sicht geändert werden sollten. Der erste Punkt betrifft die Klagebefugnis für Gewerkschaften. Die neue Klagebefugnis ist unnötig. Die entsprechende Ergänzung in § 8 Abs. 3 des Gesetzentwurfs zum UWG (UWG-E) sollte gestrichen werden. Gewerkschaften haben als nicht eingetragene Vereine bisher keine Klagebefugnis nach dem Lauterkeitsrecht. Die Gesetzesbegründung widerspricht in diesem Punkt der vorherrschenden Auffassung. Es bleibt auch nach intensivem Studium der Gesetzesbegründung offen, welche selbstständigen beruflichen Interessen die Gewerkschaften in Zukunft durchsetzen sollen. Arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen sind jedenfalls keine abmahnfähigen Marktverhaltensregeln. Es ist daher keine Notwendigkeit zu erkennen, den Gewerkschaften eine Klagebefugnis für alle denkbaren Wettbewerbsverstöße zu gewähren. Der Gesetzgeber sollte auf diese Erweiterung verzichten. Zweitens und letztens zu den Abmahnmöglichkeiten nach der DSGVO – erforderlich ist nach unserer Auffassung weiterhin eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz, dass Abmahnungen nach dem Lauterkeitsrecht bei Verstößen gegen die DSGVO nicht in Betracht kommen, weil es sich bei den Datenschutzbestimmungen eben nicht um Marktverhaltensregeln handelt. Dies würde für die Unternehmen, die durch die Neuregelung der DSGVO zurecht erheblich verunsichert sind, endlich Rechtsklarheit schaffen. Der in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E vorgesehene Ausschluss von Aufwendungsersatzansprüchen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) bei Datenschutzverstößen ist zwar vom Gesetzgeber gut gemeint, es besteht aber die Gefahr, dass damit die Regeln der DSGVO für alle anderen Unternehmen als abmahnfähige Marktverhaltensregeln qualifiziert werden. Dies wäre das Gegenteil von dem, was wir erreichen wollen, und würde wohl auch gegen Europarecht verstoßen. Nicht nachvollziehen können wir jedenfalls die vorgesehene Beschränkung des



Anwendungsbereichs der geplanten Neuregelung auf KMU.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Schröder. Als nächstes hat das Wort Herr Selonke.

SV **Ferdinand Selonke**: Wir als Verband möchten zu dem Gesetzentwurf wie folgt Stellung beziehen: Das Festhalten an dem bewährten System der privaten Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht findet grundsätzlich unsere Zustimmung. Soweit der Regierungsentwurf sich hier auch die effektive Sanktionierung von Verstößen ausdrücklich zum Ziel gesetzt hat, begrüßen wir das. Bedauerlicherweise mussten wir jedoch feststellen, dass der Regierungsentwurf eine weitreichende Schwächung des Systems der Abmahnung und der Vertragsstrafe im Wettbewerbsrecht anstrebt. So nachvollziehbar wir das Anliegen finden, missbräuchliche Abmahnungen zu bekämpfen, erweisen sich doch zumindest die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Instrumentarien für die große Mehrheit der Akteure – das sind laut Gesetzentwurf 90 Prozent – als zu weitgehend. Die Vertragsstrafe als effektives Mittel der Durchsetzung von Unterlassungsversprechen halten wir weiterhin für notwendig. Und die hat natürlich auch nur eine Funktion, die Präventivfunktion, wenn sie abschreckend wirkt. Das wird durch den Gesetzentwurf versucht, weitgehend zu beseitigen. Würde das Gesetz in der gegenwärtigen Fassung beschlossen, so sehen wir einen ganz erheblichen Kostenanstieg für seriöse Wettbewerber, für Verbände, für den Steuerzahler und auch einen ganz erheblichen Anstieg der gerichtlichen Verfahren, weil hier alles geklärt werden muss. Es wird über jeden Punkt neu gestritten werden. Im Einzelnen: Gut finden wir die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E, die hier vom Gesetzgeber vorgegeben wird. Wir haben die Hoffnung, dass da dann die Klagebefugnis für seriöse Verbände klargestellt und nicht mehr bei jedem Rechtsstreit in Frage gestellt wird, was gegenwärtig dazu dient, Verfahren zu verschleppen. Problematisch scheinen uns jedoch diese Berichtspflichten, die aufgeführt werden. Das ist aus unserer Sicht ein exemplarisches Monstrum. Wer soll das machen? Wir als Verband müssten für diese Aktion neue Mitarbeiter einstellen. Die müssten über jeden

einzelnen Fall berichten. Wer soll sich das am Ende angucken? Was soll daraus gewonnen werden? Das bleibt völlig unklar. Da man für das Gesetz nicht einmal seriöse Zahlen hat, wagen wir auch zu bezweifeln, dass sich daraus etwas ergeben soll. Nun dürfte dieser Punkt auch zu einem ganz erheblichen Anstieg der Kosten führen. Problematisch stellen sich aus unserer Sicht die im Gesetzentwurf aufgeführten Regelbeispiele der missbräuchlichen Abmahnung dar. Die sind erstens unbestimmt und zweitens auch zu weitgehend; aus unserer Sicht sind sie zu streichen. Zwingend änderungsbedürftig ist der Gegenanspruch, der in § 13 Abs. 5 UWG-E formuliert wird. Der ist sowohl formal als auch inhaltlich falsch. Wenn einem unberechtigt Abgemahnten hier Ansprüche zuerkannt werden, führt das bei den Wettbewerbsverbänden, die zumeist nur eine geringe Pauschale aufrufen, dazu, dass die eigentlich bei jeder Abmahnung Geld draufzahlen, selbst wenn sie nur in einem geringen Umfang unterliegen. Ebenso problematisch finden wir die Vertragsstrafen von 1.000 Euro. Das führt dazu, dass eigentlich zum Missbrauch aufgerufen wird, weil das Gros der Wettbewerber dann nicht mehr von der Vertragsstrafe abgeschreckt wird. Auch die hier vorgesehene Pflicht der Anrufung der Einigungsstelle halten wir für Quatsch, weil eine Einigungsstelle eine beidseitige Zustimmung voraussetzt. Das umgeht der Gesetzgeber, indem hier nur einer Seite das Recht gegeben wird, die Einigungsstelle anzurufen. Letztlich und abschließend möchten wir noch darauf hinweisen, dass wir Probleme bei der Überleitungsvorschrift sehen; gegenwärtig gehen wir davon aus, dass das Gesetz keine korrekte Überleitung hat. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Selonke. Als nächstes hat Herr Steinhöfel das Wort, bitte schön.

SV **Joachim Nikolaus Steinhöfel**: Der Entwurf verfehlt das gesetzgeberische Ziel. Er baut bürokratische Hürden auf, die das gesamte System komplizieren. Er macht Indizien wie Streitwertangaben zu absoluten Kategorien des Rechtsmissbrauchs. Er will den fliegenden Gerichtsstand weitestgehend abschaffen. Dies hätte massive Kollateralschäden bei Verbraucherschutz und Rechtsdurchsetzung zur



Folge, die jeden vernünftigen Bezug zum verfolgten Zweck vermissen lassen. Es gibt keine belastbare und seriöse Faktengrundlage für die teils drastischen Eingriffe in bewährte Regelungen des UWG. Der Entwurf wirkt wie ein Triumph von Lobbyisten, die die Debatte mit Schlagworten wie „Abmahnindustrie“, „Existenzbedrohung“ und „Abmahnwellen“ anheizen, aber weder Interesse am Verbraucherschutz noch an fairem Wettbewerb oder Rechtssicherheit zu haben scheinen. Ob die Bundesregierung über valide Zahlen zu missbräuchlichen Abmahnungen verfügt, zeigt ihre Antwort auf eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion aus Juli 2018 – Zitat: „Der Bundesregierung liegen hierzu keine Erkenntnisse vor“. Ebenso deutlich der Gesetzentwurf selbst: Dort ist die Rede von Anzeichen, von Vermutungen, aber nicht von Tatsachen oder Fakten. Es liegen der Bundesregierung keine verlässlichen statistischen Daten vor, sondern lediglich nicht repräsentative Berichte, die nur einen ersten Einblick gewähren und lediglich vereinfachte Berechnungen zulassen. Der Gesetzentwurf basiert also auf Mutmaßungen, Schätzungen und Spekulationen. Massenhafte Abmahnungen können nur dann ein Geschäftsmodell sein, wenn es auch massenhaft Gesetzesverstöße gibt. Einerseits unterliegt insbesondere der Online-Handel zahlreichen Informationspflichten aus Brüssel, die primär dem Schutze der Verbraucher dienen, andererseits führen diese zwingend zu immer mehr Gesetzesverstößen. Es stellt sich also mit großer Deutlichkeit die Frage, ob nicht ein Vollzugsdefizit beim Verbraucherschutz im Online-Handel vorliegt. Werden diese Verstöße als unerheblich oder als Bagatellen eingeschätzt, stellt sich die Frage nach ihrer Notwendigkeit. Sind sie aber notwendig, berührt es wiederum Grundprinzipien des Rechtsstaats, wenn sie nicht durchgesetzt werden. Eine Reaktion des Gesetzgebers auf Abmahnmissbrauch sollte erst dann erfolgen, wenn man dessen Umfang und dessen Schwerpunkte, die Akteure und die betroffenen Vorschriften verlässlich ermittelt hat. Aus eigener Erfahrung und bestätigt durch Rücksprache mit führenden deutschen Wettbewerbsrichtern spielt der Missbrauch in der Gerichtspraxis keine entscheidende Rolle. Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien gewähren eine hinreichende Handhabe zu dessen

Bekämpfung. Eingriffe in den Ersatz der Abmahnkosten oder gar deren Abschaffung, also eine Aufgabe des Verursacherprinzips, hätten den sofortigen, deutlichen und flächendeckenden Anstieg von Rechtsverstößen zur Folge. Steht Rechtstreue künftig unter Finanzierungsvorbehalt? Kann ein Anbieter, den Abmahnungen in seiner Existenz gefährden, die Gewährleistungsansprüche seiner Kunden befriedigen? Ein schwerer Schlag für Verbraucher, Unternehmen, Verbände und Justiz, darüber hinaus für das gesetzgeberische Ziel völlig ungeeignet, wäre die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes. Dieser hätte massive Kollateralschäden bei Rechtsdurchsetzung, Verbraucherschutz, Rechtssicherheit, Verfahrensdauer und Kosten zur Folge. Es existieren nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass ausgerechnet die bundesweit anerkannten hochkompetenten Wettbewerbsrichter Komplizen des Abmahnmissbrauchs sein könnten. Dass diese, so der Entwurf auf Seite 35, „bereitwillig“ einstweilige Verfügungen erlassen, deutet mangelnden Respekt vor Gewaltenteilung und richterlicher Unabhängigkeit an. Die an selber Stelle geäußerte Befürchtung, dies geschehe ohne Anhörung des Gegners, ist aufgrund einer Entscheidung des Verfassungsgerichts obsolet, die beim Verfassen des Entwurfs bereits ein Jahr vorlag. Der Gesetzentwurf ist eine Überreaktion des Gesetzgebers und bildet ein Szenario ab, das nur Verlierer kennt.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Steinhöfel. Als nächstes und als letztes hat das Wort Herr Timmann, bitte schön.

SV **Dr. Tobias Timmann**: Vielen Dank. Der Gesetzentwurf soll dem Ziel dienen, missbräuchliche Abmahnungen, die primär zur Erzielung von Gebühren und Vertragsstrafen ausgesprochen werden, auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts einzudämmen. Das Ziel ist grundsätzlich zu begrüßen. Regelungen, die tatsächlich zur Erreichung dieses Ziels beitragen, ebenso. Der vorliegende Gesetzentwurf hingegen stellt eine gesetzgeberische Überreaktion und Überregulierung dar, die weitreichende negative Auswirkungen auf die lautere Rechtsdurchsetzung rechtstreuer Marktteilnehmer hätte. Ich will das an vier Beispielen aufzeigen. Erstes und weitreichendstes Beispiel für die Überreaktion des



Gesetzgebers ist die intendierte weitgehende Einschränkung des sogenannten fliegenden Gerichtsstandes. Hierbei handelt es sich um einen erheblichen Eingriff in das effektiv funktionierende System der privaten Rechtsdurchsetzung in Deutschland, die vom Zweck des Gesetzes nicht gedeckt ist. Ein Zusammenhang zwischen dem fliegenden Gerichtsstand und missbräuchlicher Rechtsdurchsetzung ist durch nichts belegt. In der Praxis ist der fliegende Gerichtsstand jedoch ein Garant dafür, dass bei Gerichten eine besondere Sachkunde entstanden ist, die gerade im Bereich des Lauterkeitsrechts, bei dem es sich um eine absolute Spezialmaterie handelt, dringend angezeigt ist. Durch die weitgehende Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands würde diese besondere Sachkunde der Gerichte nachhaltig gefährdet, was zu einer erheblichen Schwächung der Rechtsdurchsetzung in Deutschland führen würde. Weitreichende Neuregelungen sieht der Gesetzesentwurf auch hinsichtlich der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung vor. Dazu gehört u. a. der Ausschluss von Aufwendersersatz bei bestimmten Fällen der berechtigten Abmahnung. Wenn durch das Gesetz Abmahnungen verhindert werden sollen, die primär zur Erzielung von Gebühren ausgesprochen werden, liegt es natürlich nahe, zur Erreichung dieses Zwecks an die finanziellen Vorteile einer Abmahnung anzuknüpfen. Das greift der Entwurf auf. Ein überzeugendes Ergebnis wurde jedoch nicht gefunden. Der Ausschluss knüpft zu einem an Verstöße gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr an. Hieran ist problematisch, dass generell bei allen Arten von Informationspflichtverletzungen ein Ersatz von Aufwendungen ausgeschlossen werden soll, obwohl es auch in diesem Bereich durchaus schwierige und noch ungeklärte Rechtsfragen gibt. Zum anderen ist der Ausschluss bei Verstößen gegen die DSGVO vorgesehen. Das wurde hier im Kreis schon intensiv angesprochen und diskutiert. Von mir nur so viel: Es hätte hier, glaube ich, näher gelegen, sich als erstes die Frage zu stellen, ob es sich bei der DSGVO überhaupt um eine Marktverhaltensregelung handeln kann, was meines Erachtens verneint werden sollte. Dritter Punkt: Neben der Abmahnung soll es zukünftig auch Vorschriften zur missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen geben, die

zudem deutlich ausgeweitet sind gegenüber dem, was heute im Gesetz vorgesehen ist. Es soll insbesondere ein Katalog von Regelbeispielen für missbräuchliches Verhalten eingeführt werden. Zukünftig wäre bei Vorliegen nur eines dieser Regelbeispiele grundsätzlich von einer Missbräuchlichkeit auszugehen. Es wäre den Gerichten also verwehrt, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen und sonstige Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Wenn man dann noch bedenkt, dass einzelne der aufgeführten Regelbeispiele relativ einfach eingreifen, würden von der Vorschrift auch seriöse Abmahnungen betroffen sein. Letzter Punkt, den auch Frau Kollegin Diercks vollkommen zurecht schon angesprochen hatte: Es soll einen Ausschluss oder ein Verbot der Vereinbarung von Vertragsstrafen bei bestimmten Arten der Abmahnung geben. Das würde dafür sorgen, dass ein zukünftiger, also ein weiterer Verstoß komplett sanktionslos bliebe, was in diesem Bereich zu einer kompletten Aussetzung des Rechts führen würde. Dabei lasse ich es bewenden. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Timmann. Damit sind wir am Ende der Einführungsrunde. Mir liegen schon eine Reihe von Wortmeldungen vor. Als Erstes die Kollegin Rottmann.

Abg. **Dr. Manuela Rottmann** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich möchte mich erstmal bei allen Sachverständigen bedanken. Es tut mir leid, dass wir jetzt so ein bisschen durchhetzen, aber ich habe alle Ihre Stellungnahmen gelesen. Die sind alle wertvoll; sie zeigen ein sehr buntes und – angesichts der Dauer, die wir jetzt schon in diesem Thema sind – auch etwas verstörendes Bild. Wir haben gleichzeitig ein kleines Defizit in dieser Anhörung: Hier sind jetzt, naturgemäß, nur Profis, die sich professionell mit diesem Thema befassen. Ich teile das, dass wir keine belastbaren Daten zum Umfang des Abmahnmissbrauchs haben, noch nicht mal ein gemeinsames Verständnis. Aber wir haben z.B. eine Petition, die gezeigt hat, dass es doch auch ein praktisches Problem gibt. Meine Frage an Herrn Fries: Sie beschreiben in Ihrer Stellungnahme ein Informationsdefizit der Abgemahnten, bestimmter Typen von Abgemahnten, als eigentlichen Problemfall. Mich würde interessieren: In welcher Situation muss der Abgemahnte mit diesem



Informationsdefizit umgehen? Und als zweite Frage: Die im Gesetzentwurf enthaltenen Beschreibungen des Abmahnmissbrauchs und auch die Tatbestände, in denen auf Vertragsstrafen oder auf Aufwendungsersatz verzichtet werden soll, sind die so formuliert, dass dieser Abgemahnte mit Informationsdefizit in der Situation, in der er über den Umgang mit der Abmahnung zu entscheiden hat, dadurch gestärkt wird? Oder gibt es da für ihn auch zusätzliche, neue Risiken?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Wir machen erst die Fragerunde, und dann kommen die Antworten. Als nächstes hat das Wort für Fragen der Kollege Jung.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Die erste Frage wäre zum fliegenden Gerichtsstand. Es ist ja ganz interessant, wenn ich mir Herrn Dr. Jaschinski und Herrn Dr. Schröder – die beide von derselben Fraktion benannt sind – anhöre, wie unterschiedlich sie an die Problematik herangehen und auch mit welchem unterschiedlichem Blick. Der eine mit dem Blick auf die fachlich versierten Gerichte, der andere mit dem Blick auf die Frage, der Abmahner und Abzocker kann sich jetzt alles aussuchen. Mich würde interessieren, ob Sie irgendwelche Wege dazwischen sehen, ob man das irgendwie abgrenzen kann, für bestimmte Fälle den fliegenden Gerichtsstand beibehalten und für andere nicht. Ich frage jetzt Herrn Dr. Jaschinski. Die zweite Frage würde ich gerne an Herrn Professor Köhler stellen. Wir haben jetzt gehört, die Aktivlegitimation von Gewerkschaften ist falsch, wenn ich es richtig verstanden habe, weil es die bisher auch nicht gab, und warum sollte man die jetzt einführen. Wenn ich die Begründung des Gesetzentwurfs richtig lese, steht da genau das Gegenteil drin, nämlich: Die Gewerkschaften waren bisher ja eh aktiv legitimiert, und dann können wir das jetzt auch gesetzlich so regeln. Ich würde gerne vom Kommentator, Herr Professor Köhler, hören, welche dieser beiden Varianten denn eigentlich richtig ist.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes hat Herr Maier das Wort.

Abg. **Jens Maier** (AfD): Ja, vielen Dank. War sehr interessant, was Sie hier dargestellt haben. Ich bin

Richter am Landgericht gewesen und war auch spezialzuständig für UWG-Sachen. Und ich habe diese Fälle gehasst, muss ich ehrlich sagen. Einerseits war es eine schnelle Nummer, wenn man Glück hatte; andererseits aber musste man da teilweise auch sehr tief einsteigen. Und daher betreffen meine Fragen auch den fliegenden Gerichtsstand. Meine Fragen gehen an Herrn Steinhöfel. Sie sind ja Rechtsanwalt. Der Entwurf der Regierung sieht die weitgehende Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands vor. Was meinen Sie, welche Konsequenzen und Risiken sich durch die von der Bundesregierung geplante Neuregelung ergeben? Das ist die erste Frage, und dann die zweite: Auf Seite 36 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung heißt es, es sei nicht Sinn und Zweck des fliegenden Gerichtsstands, die Spezialisierung einzelner Gerichte auf bestimmte Rechtsmaterien zu fördern, und es sei damit zu rechnen, dass nach einer kurzen Übergangszeit an allen Landgerichten eine entsprechende Erfahrung und Kompetenz vorhanden sein werde. Wie bewerten Sie diese Einschätzung? Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Maier. Herr Müller-Böhm ist der nächste.

Abg. **Roman Müller-Böhm** (FDP): Auch von meiner Seite ganz herzlichen Dank für Ihre Ausführungen. Ich glaube, man kann sagen, dass diese Anhörung zum Gesetzgebungsverfahren hoffentlich noch sehr viel Positives zusätzlich beitragen wird. Herr Timmann, ich würde mich gerne auf zwei Äußerungen von Ihnen konzentrieren. Einmal sprachen Sie gerade vom Ausschluss des Ersatzes der Abmahnkosten bei berechtigten Abmahnungen. Da hatten Sie ein Beispiel genannt, wo Sie der Meinung sind, dass da fehlschlagen würde, was im Gesetz gefordert ist. Könnten Sie vielleicht ein Beispiel oder eine Fallkonstellation nennen, wo es gerechtfertigt wäre, durchaus auch den Ausschluss des Ersatzes von Abmahnkosten zu legitimieren? Ein weiterer Komplex, den Sie angesprochen hatten, waren die Gegenansprüche des Anspruchsgegners auf Aufwendungsersatz bei missbräuchlicher Rechtsverfolgung, unberechtigter oder fehlerhafter Abmahnung. Da hatten Sie auch Kritik geübt, konnten das jetzt nicht so ganz ausführlich darstellen. Vielleicht könnten Sie da noch zwei, drei Punkte ergänzen. Das wäre für uns sicherlich ganz interessant. Vielen Dank.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes Frau Mohamed Ali.

Abg. **Amira Mohamed Ali** (DIE LINKE.): Vielen Dank auch von mir für die Gutachten und für die heutigen Stellungnahmen. Ich glaube, man kann doch feststellen, dass zumindest die überwältigende Mehrheit der Sachverständigen diesen Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht für unproblematisch hält, sondern darin vielmehr eher eine Schwächung der Verbraucherrechte sieht. Ich habe zwei Fragen an Herrn Selonke. In Ihren Ausführungen haben Sie ja schon sehr deutlich gemacht, dass Sie diesen Entwurf sehr kritisch sehen und befürchten, dass dadurch mehrere negative Konsequenzen ins Haus stehen, u.a. auch ein Kostenanstieg, im Grunde genommen für alle Beteiligten. Und dass auch die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe zu einer erheblichen Belastung der Gerichte führen werden. Ich würde Sie gerne bitten, etwas näher auszuführen: Welche unlauteren Handlungen im Bereich des Verbraucherschutzes könnten nach Ihrer Einschätzung aufgrund dieser neuen Regelung, wenn sie denn so kommt, nicht mehr ausreichend im Sinne des UWG kontrolliert werden? Und warum wäre das Ihrer Ansicht nach so, bzw. welche Regelungen müssten sich in diesem Entwurf verändern, um das zu vermeiden? Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Ich habe mich auch selbst auf die Frageliste gesetzt und habe erstmal eine Frage an Herrn Jaschinski: Es wurde ja eben schon angesprochen – ich glaube, es war Herr Fries – dass die Zahl der Abmahnungen natürlich die entsprechenden Gebühren generiert – je mehr Abmahnungen, desto mehr Gebühren. Auf der anderen Seite wurde gesagt, man müsste eigentlich die erfolgreichen Abmahnungen irgendwie zusammenfassen. Eine Frage, die sich dann stellt, ist: Kann man nicht in irgendeiner Weise ein Kostendegressionsmodell einführen, damit auf der einen Seite dann, wenn mit der Abmahnung ein Geschäft gemacht, es irgendwann billiger wird? Dann steigt ja letztlich der Kostenaufwand nicht. Und auf der anderen Seite einen Anreiz schaffen, damit dort abgemahnt wird, wo Abmahnungen noch nötig sind, aber die Sanktionsfunktion der Abmahnung nicht reduziert wird? Meine zweite Frage richtet sich an den Kollegen Köhler: Wir

haben ja schon von mehreren gehört, dass die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands ein Problem sei. Wir haben in zwei Wochen hier im Rahmen einer Sachverständigenanhörung über die Frage der Festschreibung der Streitwertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde zu beraten. Und in demselben Gesetzentwurf wird auch über die zunehmende Spezialisierung von Gerichten zu entscheiden sein, insbesondere was Insolvenzrecht, Presserecht und Erbrecht angeht. Wenn man über Zwischenlösungen nachdenkt, wenn man das tatsächlich abschaffen sollte, müsste nicht in dieser Logik dann in dem ZPO-Gesetzentwurf eine Spezialzuständigkeit für UWG-Sachen bei den entsprechenden Zivil- und/oder Handelskammern geschaffen werden – je nachdem, im Augenblick läuft das ja zum Teil auch bei Zivilkammern – so dass sich letztlich der Ertrag des Vorschlags auflösen würde, er neutralisiert würde? Das war meine Frage. Als nächstes habe ich Herrn Jacobi auf der Rednerliste.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD) Danke schön. Ich würde in dieser Runde auch zwei Fragen an den Kollegen Steinhöfel richten wollen. Die eine zum Thema Kostenerstattung für eine erste Abmahnung. Sowohl unser Vorschlag als auch, wenn ich das richtig gesehen habe, der von der FDP geht ja in die Richtung, zumindest in manchen Bereichen diesen Kostenerstattungsanspruch für die erste Abmahnung einzuschränken. Das wird kritisiert. Wie würden Sie die Kritik an diesem Vorschlag bewerten, teilen Sie die? Und der zweite Punkt – Abmahnungen, geradezu Abmahnungswellen auf Grundlage der DSGVO – auch mit ein Anlass für diesen Gesetzentwurf. Sehen Sie diese Gefahr, und wenn ja, wo sehen Sie die effektivste Möglichkeit, dem zu begegnen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jacobi. Als nächstes die Kollegin Scheer.

Abg. **Dr. Nina Scheer** (SPD): Meine Fragen gehen an Frau Diercks. Herr Köhler hatte den Punkt aufgeworfen, dass ein Verstoß gegen vorrangiges Unionsrecht vorläge. Vielleicht können Sie dazu kurz Stellung beziehen? Dann ist auch noch die Frage, inwieweit – das kam ja auch bei einigen auf – die DSGVO gegenüber dem UWG eine Sperrwirkung entfalten könnte? Dann, weil es auch



sehr prominent vertreten war, nochmal die Frage zum Gerichtsstand – wie bewerten Sie das?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann habe ich Herrn Seitz.

Abg. **Thomas Seitz** (AfD): Auch von meiner Seite nochmal ein Dankeschön an alle Sachverständigen und die Frau Sachverständige für die sehr profunden Ausführungen. Ich hätte auch zwei Fragen an Herrn Steinhöfel. Zum ersten: Auf der Seite 35 der Drucksache hat ja die Bundesregierung zu § 14 des UWG-Entwurfs bezüglich der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes damit argumentiert, dass eine Missbrauchsgefahr bestehe, weil der Antragsteller Gerichte anrufe, die einstweilige Verfügungen bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlassen oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetzen. Häufig wählten Antragsteller auch Gerichte, die weit entfernt vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners liegen, weil sie hofften, dass der Antragsgegner aufgrund der Entfernung keinen Widerspruch einlegt. Wie sieht Ihre Erfahrung aus der Praxis dazu aus? Können Sie diese Befürchtung bestätigen? Die zweite Frage betrifft den fliegenden Gerichtsstand, der ja aus der Sicht der Bundesregierung nicht erforderlich ist. Das UWG erfordert keine besondere Spezialisierung, und die Sachkunde der Kammern für Handelssachen reiche aus. Wie sehen Sie das aus der Sicht der Praxis? Teilen Sie diese Einschätzung, oder wenn nicht, warum nicht? Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes ist Frau Winkelmeier-Becker mit ihren Fragen dran.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Ich möchte Fragen richten an Dr. Schröder. Nochmal vorweg geschickt: Das Abmahnwesen ist als Lauterkeitsrecht sicherlich sinnhaft, aber wir wollen den Missbrauch verhindern. Viele Fälle, die uns geschildert wurden – wo man wirklich das Gefühl hatte, das ist ein Missbrauch, waren verbunden mit dem IDO-Verband. Deshalb möchte ich an Sie die Frage richten: Glauben Sie, dass wir da jetzt genügend Erschwernisse eingebaut haben, um Missbrauch zu vermeiden, ohne sinnvolle Abmahnungen zu verhindern? Sind die Anforderungen an solche Verbände jetzt hoch genug geschraubt, und auch wiederum nicht

zu hoch? Treffen wir damit den richtigen Punkt? Sehen Sie hier die Möglichkeit des Bundesamts für Justiz, dem nachzugehen und das zu prüfen? Was können sie sich da alles vorlegen lassen, was kann man vielleicht auch nochmal nachfragen, was kann man infrage stellen? Wo begibt man sich da nochmal in den Streit? Ist da das Bundesamt für Justiz genug gewappnet, um die Guten von den weniger Guten zu unterscheiden?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Dann hat der zweite Herr Maier das Wort.

Abg. **Dr. Lothar Maier** (AfD): Ich habe auch nochmal zwei Fragen an Herrn Steinhöfel, wenn es ihm nicht zu viel wird. Das eine ist die unzureichende Faktengrundlage für das Gesetz. Frau Rottmann hat es am Anfang ja auch schon angesprochen. Wie würde nach Ihrer Auffassung eine zureichende Faktengrundlage für dieses Gesetz denn aussehen können? Das zweite ist: Der Gesetzentwurf enthält eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen, was ja immer eine problematische Sache ist. Da ist die Rede von überhöhten Vertragsstrafen, da ist die Rede von unangemessen hohen Streitwerten, es ist auch irgendwo die Rede von zu weit gefassten Unterlassungsbegehren. Ein Punkt, der auch von anderen Sachverständigen angesprochen worden ist – von Herrn Lell unter anderem, ich glaube aber auch von Herrn Schröder. Wie sehen Sie die Verwendung solcher unbestimmten Rechtsbegriffe vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit? Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Maier. Und zuletzt Frau Scheer.

Abg. **Dr. Nina Scheer** (SPD): Herr Lell wollte ich noch etwas fragen, das war vorhin zu kurz gekommen. Und zwar, ob Sie, Herr Dr. Lell, nochmal darauf eingehen könnten, wie es mit den Missbrauchskriterien bestellt ist? Da gibt es ja noch eine Menge Erläuterungsbedarf.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Damit sind wir mit der Fragerunde durch. Wir kommen jetzt zur Beantwortung der Fragen. Bei uns sind zwei Fragen an Herrn Timmann von Herrn Müller-Böhm notiert. Herr Timmann, Sie haben das Wort.

SV **Dr. Tobias Timmann**: Danke. Die erste Frage von Ihnen, Herr Müller-Böhm, ging dahin: Wann könnte der Ausschluss von Abmahnkosten im Fall



einer berechtigten Abmahnung gerechtfertigt sein? Ich glaube, man muss sich als erstes vergegenwärtigen, dass man hier von einer berechtigten Abmahnung spricht. Das heißt, auf der einen Seite steht ein Mitbewerber, ein Unternehmen, das nichts falsch gemacht hat, auf der anderen Seite steht ein Unternehmen, das zumindest einen Rechtsverstoß begangen hat, unabhängig davon, wie schwer dieser ist. Aber das ist die Ausgangs- und Interessenlage, dass aufseiten des Abgemahnten eine Rechtsverletzung vorliegt. Das heißt, wenn man sich überlegt, wann könnte es angemessen sein, die Abmahnkosten auszuschließen, kann es aus meiner Sicht nur um Fälle gehen, wo aufseiten des Abmahnenden einfach feststellbar ist, dass ein Verstoß vorliegt, dass es ein einfacher Sachverhalt ist und deswegen aufseiten des Abmahnenden kein großer Aufwand entstanden ist, um diese Abmahnung auszusprechen. Das kann meines Erachtens vollkommen unabhängig davon sein, welche Vorschrift eigentlich verletzt wurde. So wie Professor Köhler das auch schon angesprochen hat, macht es aus meiner Sicht keinen Sinn, nach bestimmten Gruppen von Rechtsverstößen zu differenzieren. Solange das einfach feststellbar und einfach zu beurteilen ist, glaube ich, ist es unabhängig von der Rechtsgrundlage. Dann, und deswegen hatte ich am Anfang die Interessenlage nochmal geschildert, halte ich es für zwingend, dass man den Erstattungsanspruch bezüglich der Abmahnkosten nur dann ausschließt, wenn aufseiten des Abgemahnten, also desjenigen, der den Rechtsverstoß begangen hat, auch eine Schutzwürdigkeit gegeben ist. Das ist nicht nur abhängig davon, ob dieses Unternehmen groß oder klein ist, sondern insbesondere auch davon, ob es, nachdem es auf diesen Rechtsverstoß aufmerksam gemacht wurde, diesen direkt einstellt. Für mich wäre Voraussetzung, dass man auf einen Aufwendungsersatzanspruch nur dann verzichten kann, wenn der Abgemahnte seinen Rechtsverstoß einsieht und den dann auch abstellt. Zur zweiten Frage von Ihnen, Herr Müller-Böhm, wo es um die Gegenansprüche ging: Das haben wir bislang noch gar nicht in der Runde besprochen. Der Gesetzentwurf sieht an einer ganzen Reihe von Stellen Gegenansprüche des Abgemahnten vor. Es gibt einen Gegenanspruch sowohl bei der missbräuchlichen Rechtsdurchsetzung als auch

bei einer fehlerhaften Abmahnung, wenn die Formalien nicht eingehalten wurden, bei der unberechtigten Abmahnung und so weiter und so fort. Das mag auf den ersten Blick auch immer ganz einleuchtend sein. Wenn jemand Unrecht erfährt, missbräuchlich abgemahnt ist, dass er dann seine eigenen Anwaltskosten von dem missbräuchlich Abmahnenden ersetzt bekommt. Das ist auch jetzt schon im Gesetz vorgesehen und ist unbestritten. Das Problem bei der jetzigen Fassung des Gesetzentwurfs ist aus meiner Sicht, dass bei all diesen Vorschriften - sei es, wann liegt ein Missbrauch vor, wann ist eigentlich formal gesehen meine Abmahnung fehlerhaft. Die Wahrscheinlichkeit oder das Risiko, dass ein solcher Verstoß vorliegt, ist für den Abmahnenden relativ groß. Wir haben schon häufiger in der Runde gehört, dass die Kriterien, die aufgestellt werden für das missbräuchliche Verhalten – wenn es um den Gegenstandwert geht, wenn es um die Reichweite der beigefügten Unterlassungserklärung geht – da kann man als Abmahnender relativ schnell einen Fehler machen. Und man ist relativ schnell da drin, dass einem der Vorwurf gemacht wird, man hat nicht vernünftig abgemahnt. Das Gleiche bei den Formalien – da gibt es einen relativ großen Katalog an Formalien, den man einhalten soll, um eine Abmahnung auszusprechen. Wenn man nur bei diesen Formalien einen Fehler macht, soll man einen Gegenanspruch haben. Bei der Frage, ob eine Abmahnung berechtigt oder unberechtigt ist, ist die Rechtsprechung im Moment relativ differenziert, wann es einen Gegenanspruch geben kann und wann nicht. Es gibt auch da berechtigterweise Fälle, wo es keinen Gegenanspruch gibt. Alles in allem wird das Risiko für denjenigen, der abmahnen möchte, relativ stark erhöht. Es ist für mich relativ schwer zu sehen, ob ich eigentlich missbräuchlich handele, ob ich die Formalien einhalte. Und immer dann, wenn man sagt: Ja, es war so, besteht direkt ein Gegenanspruch. Das heißt, das Risiko für den Abmahnenden wird relativ groß. In der Gesamtschau wird das wiederum dazu führen, dass die vollkommen rechtmäßigen, ohne schlimme Hintergedanken ausgesprochenen Abmahnungen abnehmen werden, weil man das Risiko einfach so hoch gemacht hat.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Timmann. Dann ist als nächstes



Herr Steinhöfel dran mit den Antworten auf jeweils zwei Fragen der beiden Kollegen Maier sowie der Kollegen Jacobi und Seitz.

SV Joachim Nikolaus Steinhöfel: Das sind sehr viele Fragen. Ich werde so schnell sein, wie es nur irgend denkbar ist. Der größte Fehler in dem Gesetzentwurf ist die teilweise Abschaffung oder vollständige Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes. Jeder, der viele Wettbewerbsprozesse geführt und dies nicht nur an den Kompetenzzentren getan hat, sondern auch auf dem Land, weiß genau, was dann passiert. Wie Richter reagieren, die nicht mit diesen Sachverhalten befasst sind. Häufig aus Kostensicht allein: Man stellt einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, der Richter kennt das Rechtsgebiet nicht, hatte damit bisher noch nichts zu tun und beraumt eine mündliche Verhandlung an. Folge ist, es entsteht nicht eine Gebühr, es entstehen vier Gebühren, also eine dramatisch steigende Kostenlast. Erfahrungsgemäß ist es so, dass dort eine große Zahl von Verfahrensfehlern bestehen, weil das Wettbewerbsrecht so spezialisiert ist, schon im prozessualen Bereich. Genauso ist es, dass die Richter in der Regel, wenn sie nicht damit ständig befasst sind, keine Kenntnis vom case law haben. Das ist ja Fallrecht aufgrund der Generalklauseln, das sich über Jahrzehnte gebildet hat. Wenn man damit nicht ständig zu tun hat, kennt man das Rechtsgebiet nicht, da kann man sich auch nicht in einem oder zwei Jahren schnell einarbeiten – das werden alle Praktiker hier bestätigen – und dann dieses Rechtsgebiet beherrschen. Folge ist, dass wir eine massiv ansteigende Zahl von Berufungsverfahren haben werden, die die Kosten nochmal drastisch in die Höhe treiben. Wir haben etwa sieben bis acht – Mannheim würde ich auch noch hinzuzählen – Kompetenzzentren, wo herausragend qualifizierte Richter sind, auch bei den Berufungsinstanzen. Diese Kompetenz aufzugeben, das wäre ein unglaublicher Verlust für jeden Rechtsuchenden, sowohl für kleine Gewerbetreibende – weil er dann nämlich an einen Richter gerät, der die Sachverhalte kennt, der auch den Rechtsmissbrauch vernünftig anwenden kann –, wie für die gesamte deutsche Industrie, wie für sämtliche Unternehmen. Ein Großteil des Bruttosozialprodukts unterliegt in seiner Wertschöpfung dem Wettbewerbsrecht. Das zu verlagern, indem man – ohne den Richtern dort

zu nahe treten zu wollen – nach Aurich oder Bückeberg geht, statt an die Kompetenzzentren, damit tut man niemandem einen Gefallen. Der Verbraucherschutz wird leiden, weil bei weniger großer Sachkunde die oftmals für den normalen Juristen schwer verständlichen Entscheidungen des UWG – was da alles verboten und was rechtswidrig ist – nicht unmittelbar durchgesetzt werden werden. Das heißt, auch die insbesondere auf Verbraucherschutz bezogenen Regelungen werden leiden. Die Kosten werden steigen, die Verfahrensdauer wird ansteigen. Die Rechtsmittelquote wird steigen. Und man muss auch bedenken, dass die Reisekosten natürlich ansteigen, wenn man in Hamburg wohnt und nicht zum Landgericht Hamburg gehen kann, sondern nach Augsburg fahren muss. Wenn man die Industrie, die Wirtschaft und die Unternehmen entlasten will – da hat man einen Kostenfaktor in dem Gesetzesentwurf überhaupt nicht berücksichtigt. Der Vorwurf, auf dem letztlich dieser Ansatz beruht, lautet ja, wir müssen weg von den Kompetenzzentren, weil die besonders qualifizierten Richter dort dem Rechtsmissbrauch den Steigbügel halten. Ich muss Ihnen sagen, das finde ich eigentlich sehr starken Tobak. Frage zwei bezog sich auf Seite 36 des Gesetzesentwurfs. Es sei nicht Sinn und Zweck des fliegenden Gerichtsstands, besondere Sachkunde zu fördern bei den Gerichten. Nun, Sie haben es schon angesprochen, Herr Vorsitzender, am 4.11. behandeln Sie die Drucksache 19/13828. Da geht es unter anderem um einen Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten. Dort schreibt die Bundesregierung: Die Spezialisierung der Gerichte in Zivilsachen wird ausgebaut. Diese Entwicklung wurde seither allseits begrüßt und soll fortgesetzt werden. Gerichtliche Verfahren erfordern in vielen Bereichen neben der Kenntnis des Prozessrechts und des materiellen Rechts ein tiefgreifendes Verständnis für die zu beurteilenden Sachverhalte sowie die damit verbundenen speziellen rechtlichen, naturwissenschaftlichen und technischen Fragestellungen. Das widerspricht komplett der Preisgabe der Kompetenzzentren im Wettbewerbsrecht. Dieselbe Bundesregierung, die diesen Gesetzentwurf zu verantworten hat, schreibt genau das Gegenteil bei einem Gesetzesentwurf, der am 4.11. hier behandelt wird. Kosten der Abmahnung – Rechtsmissbräuchliche



Abmahnungen sollten unbedingt verhindert werden. Aber was passiert, wenn die Abmahnkosten nicht mehr erstattet werden? Das führt automatisch dazu, dass das Verursacherprinzip aufgegeben wird und dass derjenige, der in seinen Rechten verletzt ist, die Kosten dafür trägt, dass jemand anders seine Rechte verletzt. Das wird natürlich dazu führen, dass viele Kaufleute sagen, das lasse ich einfach mal sausen, so wichtig ist es mir nicht, und die Rechtsverfolgung aussetzen. Das hat zur Folge, dass die Rechtsdurchsetzung massiv leiden wird. DSGVO: Ich glaube, hier sind die Verbände aufgerufen, insbesondere die steuerfinanzierten – oder auch jeder andere, der das Geld in die Hand nehmen will –, möglichst schnell eine höchstrichterliche Entscheidung herbeizuführen, ob es – wie Herr Köhler sagt, dessen Einschätzung ich komplett teile – ein in sich geschlossenes Sanktionssystem ist. Wenn eine BGH-Entscheidung vorliegt, werden sich alle anderen Gerichte daran halten, und wenn sie die nicht kennen, wird ihnen der sachkundige Anwalt diese Entscheidung vorlegen. Das wäre das Wichtigste, schnell höchstrichterliche Rechtsklarheit, gegebenenfalls vom EuGH, dann sind eventuell Maßnahmen des Gesetzgebers in diesem Bereich entbehrlich. Auf Seite 35 – ja, also es geht um die Faktengrundlage dieses Gesetzes, die kritisiert wurde, auch von den Verbänden, Wettbewerbszentrale usw. Ich war dann auch recht überrascht, als mir gestern Frau Dr. Pflüger vom Institut für Rechtsdemoskopie den Hinweis auf eine Ausschreibung des Justizministeriums übersandt hat, Veröffentlichungsdatum 11. Oktober, Abgabefrist übermorgen um 13.00 Uhr, Forschungsvorhaben zum Thema: Evaluierung der Regelung zur Verhinderung des Abmahnmissbrauchs. Frau Dr. Pflüger, eine hoch anerkannte Rechtsforscherin, schrieb mir dazu: „Ich hätte mich eigentlich gern daran beteiligt, sehe mich aber aufgrund der unnötig kurzen Fristen nicht in der Lage und halte auch das Konzept nicht für geeignet, repräsentative Auskünfte über die tatsächlichen Marktverhältnisse zu erhalten.“ Diese Ausschreibung finde ich richtig gut – grundsätzlich. Ich frage mich nur eins: Warum machen Sie nicht erst diese Ausschreibung, ermitteln erst die Faktengrundlage, und dann treffen wir uns in einem Jahr mit den Ergebnissen nochmal neu? – Wie man das ansonsten ermitteln könnte? Man könnte zum

Beispiel eine Umfrage machen, bei den Wettbewerbskompetenzzentren, bei den Gerichten, und fragen, welche Verstöße bei ihnen sehr häufig verfolgt werden. Gibt es gewisse Schwerpunkte – das wurde hier und da schon angesprochen bei bestimmten rechtlichen Vorschriften – wo die Abmahnung und die gesetzliche Verfolgung massenhaft auftritt? Auf der Grundlage hätte man dann auch einen sehr genauen Anhaltspunkt dafür, ob der fliegende Gerichtsstand tatsächlich ein Problem ist – wenn nämlich ständig Formalvorschriften 50 Prozent der Rechtsstreitigkeiten ausmachen würden. Ich glaube, das wird nicht der Fall sein. Was war die nächste Frage? Der fliegende Gerichtsstand sei nicht erforderlich, weil er keine besondere Spezialisierung der Gerichte ... Ich glaube, das habe ich schon gesagt, das ist ein kompliziertes Rechtsgebiet, kompliziertes Verfahrensrecht, materiell kompliziert. Es ist unbedingt erforderlich, besondere Sachkunde bei den Richtern anzutreffen. Die Faktengrundlage hatte ich erwähnt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe noch: Wie weit darf ein Unterlassungsanspruch gehen? Dazu gibt es Literatur – Herr Köhler, nicken Sie, wenn Sie mir Recht geben –, die kann man in einem Anwaltsleben nicht mehr durchlesen. Wie weit geht der Unterlassungsanspruch? Wie weit ist er zu titulieren? Wie weit darf abstrahiert werden? Die Rechtsprechung weicht noch dazu bei diversen Gerichten voneinander ab. Das zum absoluten Kriterium des Rechtsmissbrauchs zu machen, würde zu einem völligen Chaos führen, insbesondere, wenn man noch berücksichtigt, dass die Kerntheorie, also die Auslegung von Unterlassungstiteln auch in der Rechtsprechung extrem umstritten ist. Das sind Kriterien, die das Institut der Abmahnung und der Rechtsverfolgung unglaublich belasten würden und zu einem völligen Chaos in der Rechtsprechung führen würden, insbesondere dann, wenn man den fliegenden Gerichtsstand abschafft, weil keinerlei Einigkeit besteht, selbst unter den Wettbewerbsgerichten. Das gilt übrigens auch für den Streitwert und die Höhe einer Vertragsstrafe.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes ist Herr Selonke mit den Antworten auf die beiden Fragen von Frau Mohamed Ali dran.



SV Ferdinand Selonke: Gefragt war ja, welche unerlaubten Handlungen nicht mehr ausreichend kontrolliert werden könnten und was verändert werden müsste. Dazu muss man sich vor Augen führen, Abmahnungen an sich kosten Geld, und Verfahren kosten Geld. Ich will das an zwei Beispielen kurz ausführen und dann auf das Gesetz eingehen. Wir als Verband mahnen zum Beispiel im Bereich der Lebensmittelwerbung ab. Wenn zum Beispiel Nahrungsergänzungsmittel entgegen der Gesundheitsangabenverordnung – HC-VO genannt – mit unzulässigem Gesundheitsbezug beworben werden – als Antikrebsmittel, als Anti-Hangover-Mittel, als Antistressmittel zum Beispiel – das ist der eine Punkt, wo wir abmahnen. Meistens werden solche Produkte insbesondere in Fernsehwerbungen, auf einschlägigen Verkaufssendern, beworben. Wenn Sie solche Abmahnungen machen, dann heißt das im konkreten Fall, es muss sich einer die Fernsehsendung angucken, es muss die Fernsehsendung aufgezeichnet werden, es muss darüber ein handschriftliches Protokoll gefertigt werden, und am Ende müssen Sie aus dieser Veranstaltung auch noch eine Abmahnung produzieren, wo Sie eine Fülle von Aussagen haben, die Sie dann in eine Unterlassungserklärung aufnehmen. Sie können sich vorstellen, wenn in einer Fernsehsendung ein Moderator ein Produkt bei einem Verkaufssender bewirbt, dann hat der fünf bis zehn Minuten Zeit, und er stellt dieses Produkt in einer sehr großen Sparte dar. Das zu machen kostet Geld. Und wenn Sie dann gegen solche Fernsehsender vorgehen, ist es meistens so, dass diese Firmen, die dahinterstehen, auch Geld haben und sich natürlich ihre Werbung nicht einfach so verbieten lassen wollen. Sie müssen also auch Geld für das Verfahren haben. Das möchte ich vorausschicken. Ein anderes Beispiel, das ich auch vorausschicken möchte, ist: Der Verband hat zum Beispiel ein Verfahren geführt gegen Wandtrocknungsgeräte. Das sind elektronische Geräte – teilweise funktionieren die, aber teilweise sind es einfach bloß Schaukästen. Die schrauben Sie sich an die Wand und Ihnen wird versprochen, dass, wenn Sie ein Haus neu gebaut haben, Ihr Keller entfeuchtet wird. Die kosten dann so im Schnitt zwischen zwei- und fünftausend Euro. Dahinter steht eigentlich nur Betrug. Gleichwohl schwören die Leute, die so etwas im Haus haben, oftmals

darauf, weil in der Tat es so ist: Irgendwann, mit der Zeit, trocknet Ihr Keller ganz automatisch. Wenn man dafür dreitausend Euro bezahlt hat und einer einem erklärt, das hängt mit dem Gerät zusammen, verknüpft man das damit. Wir als Verband haben zum Beispiel ein Verfahren gegen ein Mauertrocknungsunternehmen vor dem OLG Hamburg geführt. Das Verfahren hat zehn Jahre gedauert. Wir haben allein an Gutachterkosten 75.000 Euro bezahlt. Das Verfahren ist dieses Jahr erst beendet worden. Unabhängig von den Gutachterkosten haben wir noch etwa 30.000 bis 40.000 Euro Anwaltskosten vorgestreckt. Wenn man das zusammenrechnet – das muss man als Verband erstmal finanzieren können. Am Ende dieses Verfahrens ist noch gar nicht raus, ob wir das Geld von der Gegenseite wieder bekommen. Das ist eine juristische Person, die geht einfach in die Insolvenz, da steht man dann als Verband da. Das muss man sehen, wenn man über Kosten und unseriöse Abmahnung spricht. Jetzt haben wir hier diesen Gesetzentwurf, der hat zum einen in § 8b UWG-E das Verbot missbräuchlicher Abmahnung und einen Kostenerstattungsanspruch. Diesen Kostenerstattungsanspruch bei missbräuchlichen Abmahnungen, den gibt es bisher im § 8 Abs. 4 UWG – da ist der drin. Neu ist, dass man jetzt eine Vermutungsregelung reingeschrieben hat, wann von einer missbräuchlichen Abmahnung auszugehen ist. Das halten wir für relativ problematisch. Wenn Sie zum Beispiel hier von einer erheblich überhöhten Vertragsstrafe oder einem vorgeschlagenen Unterlassungsversprechen ausgehen, dann ist das problematisch. Wenn Sie zum Beispiel eine Fernsehwerbung haben, wo Sie etwa zehn Seiten an Aussagen haben, die Sie zukünftig im Zusammenhang mit der Werbung nicht mehr sehen wollen, dann kann es passieren, dass Sie sich, wenn Sie auf der Gegenseite eine Anwaltskanzlei haben, am Ende vielleicht bei der Hälfte wiederfinden, weil dann gesagt wird, diese Aussage, die ist doch nicht so gesundheitsbezogen, und die dann doch. Wenn man sich dazu vergleicht und man streicht etwa bei dieser Fernsehsendung die Hälfte der Aussagen raus, dann ist die Abmahnung per se missbräuchlich. Neu haben wir jetzt in diesem Gesetzentwurf einen Kostenersatzanspruch des unberechtigt Abgemahnten. Das hat die Rechtsprechung bisher so nicht gekannt, das ist hier neu. Schon formale



Fehler sollen dafür ausreichen, dass ein Abgemahnter einen Gegenanspruch bekommt. Man muss natürlich sehen, dass jeder, der abgemahnt wird, nicht gerne abgemahnt wird. Keiner will gerne gesagt bekommen, das, was du machst, ist nicht korrekt. 90 Prozent der Leute, die sagen nicht: Toll, dass Sie uns abgemahnt haben. Sondern die versuchen dann, irgendwo ein Haar in der Suppe zu finden, und gegen die Abmahnung vielleicht aus formellen Gründen oder aus sonstigen Gründen Gegenansprüche geltend zu machen. Wir als Verband haben noch das zusätzliche Problem, dass Verbände nur geringe Pauschalen geltend machen können. Ich habe das schon im Eingangsstatement gesagt. Wir haben als Verband pro Abmahnung – selbst für diese Abmahnung bei Fernsehsendern können wir 150 Euro netto aufrufen, das ist nichts. Der Gegner kommt im gleichen Fall mit 1.500 bis 2.000 Euro. Selbst wenn wir in der Hauptsache weitestgehend gewinnen würden, würden wir den Gegner noch finanzieren müssen. Das hätte zur Folge, dass wir kein Geld mehr hätten aus diesen Abmahnungen, um etwa Verfahren wie bei der Mauertrocknung zu führen. Denn 100.000 Euro müssen Sie erstmal als Verband in die Runde werfen können.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als nächstes Herr Schröder mit Antworten auf die Frage von Frau Winkelmeier-Becker.

SV **Dr. Peter Jens Schröder**: Vielen Dank für die Frage, Frau Winkelmeier-Becker. Die ging ja in die Richtung: Reichen die neuen Anforderungen für Wirtschaftsverbände aus, um den Verbänden, die heute abmahnbefugt sind, wo wir aber den Eindruck haben, dass sie missbräuchlich von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen – reicht das aus, um denen Grenzen zu setzen? Da muss man erstmal konstatieren, der Gesetzentwurf geht ja eigentlich in die Richtung, dass er die Anforderungen tendenziell erhöht. Er senkt sie aber an einer ganz entscheidenden Stelle und, wie wir finden, in problematischer Weise ab, und zwar in dem neu vorgesehenen § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG-E. Hier ist bisher eine Anforderung an die Verbände, die abmahnbefugt sind, dass sie in einer erheblichen Zahl Unternehmen vertreten, die Waren von gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben wie der Abgemahnte – also ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der Mitgliedschaft des abmahnberechtigten Verbandes

und dem Abgemahnten; das ist ja auch angemessen. Und das ist jetzt hier entfallen. Das einzige, was nun noch bleibt, ist, dass die Zuwiderhandlung die Interessen der Mitglieder berühren muss. Das sagt aber nichts darüber, wie viele Mitglieder das sind, seit wann das besteht, in welchem Umfang da Waren vertrieben werden, die das Wettbewerbsverhältnis ausmachen. Es ermöglicht böswilligen Verbänden auch – wie wir das teilweise bei Mitbewerberabmahnungen heute schon kennen – diese Wettbewerbsverhältnisse zu fingieren, indem z.B. bestimmte Warengruppen sehr kurzfristig in das Sortiment aufgenommen und zu völlig überhöhten Preisen veräußert werden. So dass also gar kein ernsthaftes Wettbewerbsverhältnis besteht – nur formal, um die Klagebefugnis für den Fall zu erreichen. Deshalb würden wir ganz klar dafür plädieren, hier bei der bestehenden Regelung zu bleiben und vorzusehen, dass in der Mitgliedschaft der klagebefugten Verbände eine erhebliche Zahl von Unternehmen vertreten ist, die tatsächlich in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Wir haben weiterhin die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände, die erstmals neue, gute und gelungene Anforderungen aufstellt. Aber, wie man weiß, ist das Bessere der Feind des Guten; auch hier sehen wir noch geringfügigen Nachbesserungsbedarf. Das betrifft einmal die personelle Ausstattung dieser Verbände. Wir meinen, dass es hier angemessen wäre, dass man die Anforderung stellt, dass Juristen beschäftigt werden müssen, die die entsprechende Expertise haben. Und dann würden wir es noch richtig finden, dass diese Verbände außerdem verpflichtet werden, einmal im Jahr gegenüber dem Bundesamt für Justiz darzulegen, wie sie ihre Aufwendersersatzansprüche berechnen. Das würde eine noch stärkere Kontrolle ermöglichen. Ansonsten setzen wir große Hoffnungen in die Ziff. 3 des § 8a, der klarstellt, dass die Finanzierungsgrundlage dieser Verbände nicht in den aus den Abmahnungen generierten Einnahmen bestehen darf. Das ist erstmal positiv. Dann noch kurz ein Wort zum Bundesamt für Justiz. Auf das Bundesamt für Justiz kommen große Aufgaben zu. Wir haben einen umfassenden Berichtspflichtenkatalog in § 4b des Gesetzentwurfs zum Unterlassungsklagengesetz (UKlaG-E). Es wird eine jährliche Prüfung vorgesehen. Das finden wir auch sehr richtig, dass nicht nur einmal geprüft wird, und



dann passiert etwas unter dem Radar, sondern dass diese klagebefugten Verbände sich einer jährlichen Kontrolle unterziehen müssen. Und das alles wird flankiert durch Bußgelder bis zu 100.000 Euro. Das ist auch begrüßenswert, weil das zusätzlich den Markt der abmahnbefugten, der klagebefugten Verbände entsprechend auf seriöse Teilnehmer beschränkt. Man wird konstatieren müssen, dass das Bundesamt für Justiz personell besser ausgestattet werden muss, um diese umfassenden Aufgaben zu erfüllen. Aber das sollten uns eine gute Rechtspflege und der Schutz der potenziellen Opfer von missbräuchlichen Abmahnungen unserer Ansicht nach auch wert sein.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Schröder. Da Frau Rottmann gleich ins Plenum muss, haben wir uns darauf verständigt, dass die Antwort auf ihre Fragen an Herrn Fries vorgezogen wird. Es hat etwas länger gedauert angesichts des kompakt vorhandenen Sachverständes und der noch größeren Zahl von Fragen. Herr Fries hat jetzt als Nächster das Wort.

SV Dr. Martin Fries: Ja, und ich kann mich kurz fassen. Sie hatten gefragt nach der Situation, in der sich jemand, der eine womöglich unrechtmäßige Abmahnung erhält, befindet. Wir haben eben schon den Begriff des Informationsdefizits genannt. Ich würde das erneut vergleichen mit der Überrumpelungssituation einer Verbraucherin oder eines Verbrauchers. Sie macht den Briefkasten auf und findet eine Abmahnung drin und weiß nicht, ob sie berechtigt ist. Sie sieht sich womöglich mit überzogenen Forderungen konfrontiert, weiß aber vielleicht auch nicht, ob sie tatsächlich etwas falsch gemacht hat. Das Verbraucherrecht, das nehme ich jetzt als Vergleich noch einmal her, das kennt Rechte, die Sie alle kennen: ein Widerrufsrecht, bestimmte Vertragslösungsrechte; es kennt auch die Möglichkeit einer nachträglichen Inhaltskontrolle: Die Gerichte können sich anschauen, ob das angemessen war, was vereinbart wurde. Das ist letztlich ein Werkzeugkasten, über den man nachdenken kann. Der ist ja im Vorlauf zu dem jetzt diskutierten Regierungsentwurf durchaus auch einmal in der Diskussion gewesen. Und ich glaube, das ist ein Punkt, den wir bei all den Diskussionen über einzelne Verbände, von denen man gehört hat, dass sie womöglich nicht so ganz

lauter unterwegs sind, nicht vergessen dürfen: Dass wir auf die schauen, die wir stärken wollen, nämlich diejenigen, die am Ende diese Abmahnungen bekommen. Ich fände es wertvoll, die etwas stärker in den Fokus zu rücken.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Dann ist als nächstes dran Herr Lell, mit der Antwort auf die Frage von Frau Scheer.

SV Dr. Otmar Lell: Vielen Dank. Die Frage ging ja in Richtung der Missbrauchskriterien – wie die formuliert sind. Natürlich können solche Kriterien nie 100 Prozent randscharf sein. Der Gesetzgeber nimmt sich ja hier vor, die Rechtsprechung zu kodifizieren. Und wir denken, an einer Stelle sollte man vor allem nochmal genau hingucken: Nämlich, gibt es einen Widerspruch zwischen dem UKlaG, wo die Rede von einer widerleglichen Vermutung ist, und dem UWG, wo unwiderlegliche Regelbeispiele formuliert werden – die also, wenn sie verwirklicht sind, ganz starr immer in den Missbrauch führen? Ich weiß gar nicht, ob das so beabsichtigt ist. Eigentlich erschließt sich mir nicht, warum es diese Ungleichbehandlung gibt, und die Gesetzesbegründung liest sich auch eher so, als wäre auch beim UWG an eine widerlegliche Vermutung gedacht. Das ist der eine Punkt. Was uns auch besonders umtreibt, ist die Unterlassungspflicht – wo es heißt, wenn in der Unterlassungserklärung erheblich mehr verlangt wird als der Verstoß umfasst, dann ist es automatisch Missbrauch. Dieses Regelbeispiel sollte man streichen, weil es aus unserer Sicht wirklich in die Irre führt. Diese Reichweite der Unterlassungserklärung ist etwas sehr Diffiziles. Wir wollen ja mit einer Unterlassungserklärung erreichen, dass nicht nur genau dieser Verstoß abgestellt wird, sondern auch andere, ähnliche, kerngleiche Verstöße, damit wir nicht am nächsten Tag gleich wieder eine Unterlassungserklärung verlangen müssen. Und das ist natürlich immer Streitbefangen: Wie weit reicht jetzt diese Unterlassungserklärung? Das ist auch völlig okay, dass man sich darüber streitet. Aber, wenn man zu weit gegangen ist, soll es nicht gleich Missbrauch sein, weil das ja auch heißen würde, dass dieser Rechtsverstoß, der ja unbenommen ist, nicht verfolgt werden kann. Und das sollte nicht sein. Ich würde gerne, wenn ich das darf, auch nochmal auf Herrn Steinhöfel



reagieren, weil ich ja angesprochen wurde zur Frage der gerichtlichen Klärung DSGVO.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielleicht lieber nicht, weil es erstens nicht vorgesehen ist und wir zweitens unter zeitlichem Druck stehen. Wenn wir das nachher bilateral geklärt bekommen, gerne. Herr Köhler mit zwei Antworten, auf meine Frage und die Frage von Herrn Jung.

SV **Prof. Dr. Helmut Köhler**: Zunächst zu der Frage der Gewerkschaften. Weder die eine Seite noch die andere Seite hat Recht. Denn wenn man genau nachprüft, was eigentlich die Gewerkschaften in der Vergangenheit als Klagebefugnis zugesprochen bekommen haben, war das eine BGH-Entscheidung, in der es darum ging, ob Honorarbedingungen, die Verlage freien Journalisten auferlegt haben, missbräuchlich sind im Sinne des § 1 UKlaG. Und genau in der Hinsicht kann man den Gewerkschaften auch wirklich entgegenkommen. Keine Klagebefugnis für das allgemeine Wettbewerbsrecht in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E, wohl aber in § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E. Einen entsprechenden Vorschlag habe ich auch formuliert, wie gesagt, beschränkt auf Verstöße gemäß § 1 UKlaG. Das zu diesem Thema. Zu Herrn Hirte, fliegender Gerichtsstand: Einmal ist diese Bestimmung, die jetzt im UWG steht, nicht eine Ausnahmebestimmung, sondern entspricht der Regel in § 32 ZPO. Sie entspricht auch der Regelung in der Brüssel-Ia-Verordnung, Art. 7 Nr. 2. Wenn man jetzt diesen fliegenden Gerichtsstand abschaffen will, weil die Gefahr besteht, dass insbesondere kleine Unternehmen vor irgendein Gericht zitiert werden, das weit weg ist, dann ist das von Hause aus missbräuchlich. Das ist von der Rechtsprechung auch schon festgestellt. Wer das tut – eine einstweilige Verfügung an einem Ort weit entfernt vom Wohnsitz des Beklagten – der riskiert, dass sein Antrag oder seine Klage abgewiesen wird und dass er auch noch die Kosten des Gegners übernehmen muss, der diese weite Reise dann – oder sein Anwalt – auf sich nehmen müsste. Und außerdem enthält die Begründung Vorwürfe gegen die Justiz. Der wird vorgeworfen, sie würde parteiisch zugunsten des Klägers entscheiden, nämlich von einer Anhörung des Gegners absehen, das ist ja sowieso erledigt, oder weil sie eine günstige Rechtsprechung hatten. Also, diese Kritik kann man eigentlich nicht akzeptieren. Das

ist Richterkritik. Aus meiner Sicht ist das ein unzulässiges Argument. Mein Vorschlag daher: Ja, Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands, aber nur zugunsten von – meinetwegen – Kleinunternehmen oder Kleinunternehmen oder wie auch immer. Nur für diese besonders schutzbedürftigen Abgemahnten kann eine Durchbrechung angezeigt sein. Im Übrigen sollte man es bei der bewährten Regelung belassen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Köhler. Als nächstes Herr Jaschinski, ebenfalls mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Jung und mir.

SV **Dr. Martin Jaschinski**: Dann erst zur Frage von Herrn Jung. Herr Professor Köhler hat ja auch schon einen Vorschlag gemacht. Es wurde ja gefragt: Was gibt es für einen Kompromiss zum fliegenden Gerichtsstand? Nochmal ganz kurz zu dem Beitrag von Herrn Schröder: Herr Schröder wählt in der Tat einen etwas anderen Ansatz. Er sagt, der fliegende Gerichtsstand muss aufgehoben werden, weil er ein unfares Verfahren ist, weil sich der Antragsteller quasi den Gerichtsstand aussuchen kann, und das ist ein grundsätzliches Defizit unseres Wettbewerbsrechts. Es hat also eigentlich mit diesem Gesetz und dem Gesetzeszweck überhaupt nichts zu tun. Da fängt man eine Gerechtigkeitsdebatte im Verfahrensrecht an, und das wird dann noch so nebenbei geregelt. Da kann man viel dagegenhalten. Ich halte es nicht für gerecht, wenn in Zukunft irgendein inkompetentes Gericht entscheidet. Aber ich will gar nicht über diesen Ansatz reden. Wenn wir über einen Kompromiss sprechen, dann müsste man sich überlegen, ob wir uns in diesem Rahmen erstmal darüber unterhalten, inwiefern die Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands zum Schutz vor ungerechtfertigten Abmahnungen, vor Massenabmahnungen, gerechtfertigt ist. Dazu hat Herr Professor Köhler einen Ansatz vertreten, den, glaube ich, der Bundesrat schon einmal angedeutet hat: Dass man das auf Klein- oder Kleinunternehmen beschränkt, wenn die angegriffen werden. Jetzt muss ich sagen, Kleinunternehmen ist mir persönlich auch noch zu groß, das sind Unternehmen mit bis zu 50 Mitarbeitern. Wenn überhaupt, dann Kleinunternehmen, das wären bis zu zehn – ist immer noch viel zu viel. Eigentlich glaube ich, dass die Kleinunternehmen auch nicht so richtig



schutzwürdig sind. Gerade unter den ganz Bösen sind viele Kleinstunternehmen, gerade im Telemedienbereich oder so. Die Leute brauchen keine großen Shops; und das sind zum Teil gerade diejenigen, die besonders gut gefangen werden müssen. – Das kann man so machen. Dabei gäbe es aber ein Problem: Man erkennt nicht, ob ein Unternehmen bis zu zehn oder bis zu 50 Mitarbeiter hat, das ist für einen Angreifer gar nicht erkennbar. Der Bundesrat schreibt dazu: Im Notfall wird es dann verwiesen. Aber das geht im Eilverfahren nicht, man kann im Eilverfahren nicht einfach so ein Verfahren verweisen lassen. Das heißt also, weil es nicht transparent genug ist, wäre das eine schwierige Hürde. Wenn man also etwas mit Kleinstunternehmen macht, müsste man auch eine Transparenz bezüglich der Unternehmensgröße sicherstellen – dass also der Abgemahnte nur dann geschützt ist, wenn er z.B. in seiner Antwort schreibt: Ich habe aber weniger als zehn Mitarbeiter, oder irgendwie so etwas. Nur dann könnte man über diesen Ansatz reden. Ansonsten wäre es sinnvoller, sich zu überlegen, in welchen Bereichen am ehesten rechtsmissbräuchlich agiert wird. Das sind ja wahrscheinlich diese Informationspflichten, die vielleicht für Massenabmahnungen besonders geeignet sind – diese Pflichten, die in § 13 Abs. 4 UWG-E genannt sind. Wenn man sagt, hier ist das größte Risiko, dann könnte man sich ja vielleicht auch überlegen, ob man in diesen Bereichen – wenn nur diese Verstöße geltend gemacht werden – den fliegenden Gerichtsstand einschränkt. Dann hätte man auch eine innere Logik im Gesetz gewahrt. Zu Ihrer Frage noch – da bin ich nicht ganz sicher, dass ich Sie richtig verstanden habe. Aber natürlich wäre es ein sehr charmanter Gedanke, zu sagen, wenn einer ganz viele Abmahnungen macht, dann sinkt der Streitwert. Finde ich großartig. Ich glaube aber, dass es in der Wirklichkeit nicht so richtig umsetzbar ist, denn man erfährt ja nicht von allen Abmahnungen. Derjenige, der abmahnt, darf es eigentlich gar nicht überall weiter erzählen, es gibt eine anwaltliche Verschwiegenheit. Und das heißt, die Abmahnungen bleiben immer, häufig, im Dunkeln. Das ist ja gerade das Problem. Wenn das alles ganz transparent wäre, dann wäre auch ein Rechtsmissbrauch viel leichter darlegbar. Aber weil es alles so dunkel und im Verborgenen bleibt, glaube ich nicht, dass man diesen

charmanten Gedanken wirklich in der Praxis mit Leben füllen kann.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Die Lösung habe ich ja auch gesucht, deshalb habe ich Sie gefragt. Ich will Sie gerade noch an dem Dialog mit der Bundesregierung teilhaben lassen, was die Abgrenzung zwischen klein- und mittelständischen Unternehmen angeht. Im Prozessrecht haben wir ähnliche Diskussionen, bei der Insolvenzverfahrenseröffnung und den Insolvenzanträgen, wo auch die Größe vorher angegeben werden muss und davon dann Zuständigkeiten und ähnliches abhängig sind. Vielleicht kann man das in irgendeiner Weise in die Überlegungen aufnehmen. Jetzt habe ich als Letztes noch Frau Diercks mit den Antworten auf die zwei Fragen von Frau Scheer.

SV **Nina Diercks**: Vielen Dank. Zwei Fragen – ich sage es gleich, die erste wird länger, dafür die zweite ganz kurz beantwortet werden. Es ging ja um die Frage, Regelungen zur DSGVO, inwieweit eine Sperrwirkung da ist, beziehungsweise, wie ist das hier mit der Sorge – oh, wir werden EU-Vertragsverletzungsverfahren davontragen, wenn wir das nicht aus dem Gesetz ausnehmen. Dazu kann ich nur sagen, ich finde die Auffassung von Herrn Köhler interessant. Ich finde auch interessant, dass die seiner Meinung nach schon die herrschende Meinung sein soll in Deutschland. Das kann ich überhaupt nicht teilen. Es gibt sehr, sehr viele Gegenstimmen dazu. Und es gibt auch sehr, sehr viele Gerichte, die das anders sehen. Richtig ist, dass es noch keine Entscheidung gibt – dazu komme ich gleich. Warum gibt es denn, meines Erachtens auch berechtigterweise, andere Auffassungen dazu? Zum Ersten ist es so, Herr Köhler sagt immer, Mitbewerber seien in der DSGVO nicht genannt, die Betroffenenrechte seien abschließend geregelt. Sag ich nur: Ja, das stimmt. Und zwar deswegen, weil die DSGVO eben nur die Betroffenen schützt. Wer sind aber die Betroffenen? Die Betroffenen sind natürliche Personen. Mitbewerber sind Unternehmen, sind juristische Personen, sind von der DSGVO nicht erfasst. So weit, so gut. Neben der DSGVO gibt es auch auf europäischer Ebene noch ein, zwei weitere Regelungen. Dazu zählt die UGP-Richtlinie [Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken]. Die UGP-Richtlinie ist selbstverständlich nicht mit der Datenschutz-



Grundverordnung abgelöst worden, sondern nur die Datenschutz-Richtlinie. Und diese setzt den Rechtsrahmen für das Wettbewerbsrecht, das in nationale Gesetze umgesetzt werden muss. Hier in Deutschland haben wir das UWG. Und von daher stehen natürlich die ganzen Rechtsbehelfe daneben. Das Thema ist sehr komplex, deswegen will ich Sie damit auch nicht weiter nerven. Das waren nur zwei Argumente, die von Herrn Köhler immer kommen, die ich an dieser Stelle einmal kurz entkräften möchte. Langer Rede kurzer Sinn: Eine Sperrwirkung der DSGVO ist dogmatisch nicht zu begründen. Eine Angst vor einer EU-Rechtsverletzung ist auch nicht begründet. Wer das gerne vertieft nachlesen möchte, mit vielen weiteren Nachweisen, auch auf Gerichtsentscheidungen etc., der möge in meine schriftliche Stellungnahme gucken, dort wird auf den entsprechenden Artikel verwiesen. Dann haben wir gehört, es wäre sehr schön, wenn es eine EuGH-Entscheidung gäbe, in schnellerer Zeit. Ja, dem stimme ich gänzlich zu. Ich glaube nur, die wird ganz anders ausfallen, als Herr Köhler und Herr Steinhöfel das betrachten. Denn natürlich war das noch nicht Gegenstand, aber es gab schon ein EuGH-Verfahren, nämlich in der Sache Fashion ID, in der diese Frage durchaus am Rande eine Rolle spielte. Die ist dann nicht ins Urteil gekommen – das wäre ein obiter dictum des EuGH gewesen. Aber der Generalanwalt des EuGH hat in seinen Schlussanträgen dazu Stellung genommen. Wenn man diese Schlussanträge analysiert, kommt dabei heraus, dass der EuGH bzw. der Generalanwalt sehr wohl auch sieht, dass die Rechtsbehelfe des UWG einfach daneben stehen und die DSGVO keine Sperrwirkung entfaltet. Auch dazu habe ich etwas geschrieben, auch das können Sie nachlesen. Langer Rede kurzer Sinn: Ich sehe das nicht so, ich bin auch nicht die Einzige auf dieser Welt, die das nicht so sieht. Ist damit die Frage von Frau Scheer ansatzweise

beantwortet? Sie nickt. Die zweite Sache ist die: So sehr ich Herrn Steinhöfel gerade widersprochen habe in Sachen DSGVO – oder ein Satz vielleicht dazu: Das nächste wäre eigentlich einfach nur die Frage, ob Marktverhaltensnormen vorliegen. Danach bin ich jetzt nicht gefragt worden. Aber das ist halt jeweils im Einzelfall zu prüfen, dann kommt man auch zu gesunden Ergebnissen. Wie gesagt, so sehr ich Herrn Steinhöfel jetzt widersprochen habe – wenn wir auf die zweite Frage kommen, was ich zum fliegenden Gerichtsstand sage, dann weiß ich, hier steht ja gleich die Anschlussitzung an, und eigentlich hat dazu Herr Steinhöfel schon alles gesagt, was ich auch dazu sagen würde. Nämlich, dass ich auch das Problem sehe, dass wir einen massiven Kompetenzverlust hätten. Ich sehe auch keine maßgeblichen Nachteile. Wenn das jetzt so wäre, dass Gelder bereitgestellt würden, dass die Justiz besser ausgestattet werden würde – ja, und dass es halt auch in jedem Gerichtsbezirk Richter gibt, die das sozusagen als Schwerpunkt haben – dann wäre das kein Problem, den fliegenden Gerichtsstand abzuschaffen. So sehe ich das aber auch sehr problematisch: Wenn wir da einen Richter haben, der nur alle drei Jahre einmal eine UWG-Sache auf den Tisch bekommt, dann hat der ein Problem, und das wird nicht gerade dafür sorgen, dass Verbraucher- oder Kleinunternehmeninteressen geschützt werden.

Der stellvertretende Vorsitzende: Das war ein schönes Schlusswort, Frau Diercks, herzlichen Dank. Ich sehe keine weiteren Fragen. Im Übrigen drängt das Plenum, und die, die hinwollen, müssen sich jetzt schon beeilen. Damit sind wir am Ende der Anhörung. Ich danke Ihnen für den vielen Input, danke den Kolleginnen und Kollegen für die Fragen, danke den Zuschauern und Zuhörern auf der Tribüne für das Interesse und schließe damit die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 15:40 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Nina Diercks, M.Litt (University of Aberdeen)	Seite 30
Dr. Martin Fries	Seite 54
Dr. Martin Jaschinski	Seite 59
Prof. em. Dr. Helmut Köhler	Seite 77
Dr. Otmar Lell	Seite 95
Dr. Peter Jens Schröder	Seite 106
Ferdinand Selonke	Seite 128
Joachim Nikolaus Steinhöfel	Seite 133
Dr. Tobias Timmann	Seite 169

**Stellungnahme zum Regierungsentwurf
eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs
(BT-Drucks. 19/12084)**

von

Rechtsanwältin Nina Diercks

M.Litt (University of Aberdeen)

Anwaltskanzlei Diercks

Heußweg 25
20255 Hamburg

Tel 040 284 704 75

Fax 040 284 704 76

kontakt@anwaltskanzlei-diercks.de

<https://anwaltskanzlei-diercks.de>

Hamburg, 21. Oktober 2019

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084)

Zur Verfasserin:

Rechtsanwältin Diercks, M. Litt. (University of Aberdeen, Scotland) ist seit 2010 als Anwältin und seit 2011 in eigener Kanzlei tätig. Die Anwältin arbeitet hochspezialisiert und bietet Rechtsberatung wie Vertretung ausschließlich in den Bereichen des IT-, Datenschutz- und angrenzenden Arbeitsrechts an. Die 39jährige steht dabei bundesweit Unternehmen unterschiedlicher Größenordnungen, vom DAX-Konzern über KMU bis zum Start-Up sowie Verbänden mit ihrer lösungsorientierten wie praxisnahen Beratung und Vertretung zur Seite.

Dabei begleitet Rechtsanwältin Nina Diercks bereits seit 2010 die rechtlichen Entwicklungen im IT-, Datenschutz- und Arbeitsrecht mit ihrem Blog Diercks Digital Recht, <https://diercks-digital-recht.de> (bis 2017: Social Media Recht Blog) und veröffentlicht regelmäßig Fachbeiträge zu diesen Themen.

Relevante Veröffentlichungen der Verfasserin:

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Stellungnahme sei dabei insbesondere auf die nachfolgenden veröffentlichten Fachbeiträge von Rechtsanwältin Nina Diercks verwiesen:

[Die DSGVO entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber den Rechtsbehelfen aus dem UWG – Eine Replik auf den Ansatz von Köhler \(WPR, 12/18, S. 1269\)](#), Otto Schmidt Verlag, CR 2018, S1 online only.

[Verhältnis zwischen Datenschutzrecht und UWG aus europarechtlicher Sicht – Analyse der Schlussanträge in Sachen Fashion ID \(EuGH – C-40/17\) mit Blick auf Verbandsklagerecht und vermeintliche Sperrwirkung der DSGVO](#), Otto Schmidt Verlag CR 2019, 95.

Anm.: Dieser Aufsatz wurde in die offizielle Verfahrensdokumentation des EuGH in Sachen Fashion ID C-40/17 aufgenommen.

Parallel zu den Fachaufsätzen sind auch – für rechtliche Laien – leicht verständliche Versionen der vorgenannten Artikel in Form von Blogbeiträgen erschienen:

Gibt es Abmahnwellen? Existiert eine Sperrwirkung der DSGVO gegenüber dem UWG? Sind Datenschutznormen Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG?

<https://diercks-digital-recht.de/2018/12/sperrwirkung-dsgvo-gegenueber-uwg-replik-koehler/>
vom 05. Dezember 2019

Zu den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rechtssache C-40/17 („Fashion ID“) und der Frage, ob die DSGVO eine Sperrwirkung gegenüber den Rechtsbehelfen aus dem UWG entfaltet

<https://diercks-digital-recht.de/2019/05/zu-den-schlussantraegen-des-generalanwalts-in-der-rechtssache-c-40-17-fashion-id-und-der-frage-ob-die-dsgvo-eine-sperrwirkung-gegenueber-den-rechtsbehelfen-aus-dem-uwg-entfaltet/>
vom 02. Mai 2019

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	5
2.	Grundlegende Einschätzung	6
2.1.	(Schein-) Ziele zur Begründung des Gesetzesentwurfes	6
2.2.	Zur (vermeintlichen) Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen	8
2.2.1.	Zum Aufwendungsersatz	9
2.2.2.	Zur Generierung von Vertragsstrafen	10
2.3.	Unzureichendes Verständnis von Auswirkungen von Datenschutzverstößen	11
2.4.	Massive Einschränkungen des effektiven Instituts der Abmahnung	12
2.5.	Unschärfe des Gesetzes fordert Gerichtsverfahren hinaus	13
2.6.	Zwischenfazit	13
3.	Konkrete Kritik zu den Normentwürfen	14
3.1.	Änderung des Begriffs der „Mitbewerber“ - § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E	14
3.1.3.	Konkretes Wettbewerbsverhältnis	14
3.1.4.	Nicht nachvollziehbare Beschränkung von Unternehmergruppen	15
3.1.5.	Zwischenfazit	15
3.2.	Einführung von „Regelbeispielen“ für die „missbräuchliche Abmahnung“ - § 8b UWG-E	16
3.2.1.	Allgemeine Anmerkungen	16
3.2.2.	Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 1 UWG-E	16
3.2.3.	Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 2 UWG-E	17
3.2.4.	Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 3 UWG-E	17
3.2.5.	Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 4 UWG-E	18
3.2.6.	Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 5 UWG-E	18
3.2.7.	Fazit zu § 8 b Abs. 2 UWG-E	19
3.3.	Verbot des Aufwendungsersatzes bei Informationspflichten § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E	19
3.3.1.	Zum Ausschluss bei Informationspflichten nach § 5 TMG oder § 312d BGB	19
3.3.2.	Zum Ausschluss bei Informationspflichten nach Art. 12, 13 DSGVO	20
3.3.3.	Fazit zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E	21
3.4.	Verbot des Aufwendungsersatzes bei Verstößen gg die DSGVO - § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E	21
3.5.	Beschränkung der Vertragsstrafen nach § 13a Abs. 2 – 4 UWG-E	23

3.1.	Beschränkung der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 2 UWG-E	23
3.2.	Beschränkung der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 3 UWG-E	23
3.3.	Angemessenheit Vertragsstrafe u Anrufung Einigungsstelle n. § 13a Abs. 4 u. 5 UWG-E	23
4.	Zusammenfassung	24

1. Einleitung

Am 31.07.2019 brachte die Bundesregierung ihren Entwurf für ein Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs ([BT-Drucks. 19/12084](#)) in den Bundestag ein. Die Bundesregierung benennt als Problemstellung die angebliche Häufung von missbräuchlich und in einer rein gewinnerzielenden Absicht ausgesprochenen Abmahnungen, die es zum Schutz von kleinen Unternehmen zu verhindern gälte. Kleine Unternehmen sollen mittels des Gesetzesentwurfs unter anderem vor den befürchteten, vermehrten missbräuchlichen Abmahnungen durch Mitbewerber, die im Zusammenhang mit der seit dem 25.05.2018 geltenden Datenschutzgrundverordnung (DSGVO, [EU-VO 2016/679](#)) aufträten, geschützt werden.

Hierzu möchte die Bundesregierung das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ([UWG](#)) mit dem Gesetzesentwurf zum UWG gemäß [BT-Drucks. 19/12084](#) (nachfolgend: UWG-E) unter anderem wie folgt verändern:

- Der Mitbewerberbegriff soll enger definiert werden (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)
- Die missbräuchliche Abmahnung soll im Gesetz legal definiert werden (§ 8b UWG-E)
- Die Inhalte einer Abmahnung sollen vorgegeben bzw. konkretisiert werden (§ 13 Abs. 2 UWG-E)
- Ein Aufwendungsersatz für eine Abmahnung soll ausgeschlossen sein
 - o bei im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichenpflichten oder (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E).
 - o bei sonstigen Verstößen gegen die DSGVO oder das BDSG durch Kleinstunternehmen sowie kleine Unternehmen nach Art. 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission (2003) 1422 sowie für vergleichbare Vereine, soweit diese gewerblich tätig sind. (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E).
- Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe soll
 - o gänzlich ausgeschlossen sein bei erstmaligen Verstößen im Sinne von § 13 Abs. 4 UWG-E, also bei DSGVO Verstößen und Verstößen gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten (§ 13a Abs. 2 UWG-E)
 - o eine Höhe von 1.000 EUR nicht überschreiten, wenn die Zuwiderhandlung „in nur unerheblichen Maße beeinträchtigt“ (§ 13a Abs. 3 UWG-E)
 - o in jedem Fall nur eine angemessene Vertragsstrafe geschuldet sein, gleich was vereinbart wurde (§ 13a Abs. 4)
 - o in dem Fall, in dem keine Höhe vereinbart wurde, bei Uneinigkeit über die Höhe der Abgemahnte eine Schiedsstelle im Sinne des § 15 anrufen. Ist die Schiedsstelle angerufen, so ist eine Klage nicht (mehr) zulässig (§ 13 Abs. 5).

Das geplante Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs betrifft darüber hinaus Änderungen bezüglich des Gerichtsstands für Rechtsstreitigkeiten aus dem UWG, Änderungen im Unterlassungsklagegesetz (U-KlaG) im Hinblick auf Verbandsklagen sowie Änderungen im Urhebergesetz, dem Designgesetz und einigen weiteren Gesetzen.

Diese Stellungnahme wird sich jedoch ausschließlich mit den vorgenannten angedachten Normänderungen der §§ 8, 8 b, 13 und 13a des UWG-E und damit mit den vorgeschlagenen Änderungen betreffend einer vermeintlichen DSGVO-„Abmahnwelle“ befassen.

2. Grundlegende Einschätzung

Erfreulich ist an dem Entwurf der Bundesregierung in Form der [BT-Drucks. 19/12084](#) zum einen, dass mit diesem der Auffassung, der DSGVO sei eine generelle Sperrwirkung gegenüber Rechtsbehelfen aus dem UWG inhärent, eine Absage von Seiten der Bundesregierung erteilt wird. Zum anderen ist erfreulich, dass ebenfalls darauf erkannt wird, dass Regelungen des Datenschutzes – natürlich – auch Marktverhaltensnormen sein können.

Vielmehr Erfreuliches ist jedoch im Hinblick auf die Änderungen, die mit dem Gesetzesentwurf im Sinne der [BT-Drucks. 19/12084](#) in die §§ 8, 8 b, 13 und 13a UWG-E eingeführt werden sollen, nicht zu erkennen. Die Normen verfügen über kaum eine sinnvolle praktische Funktion und sind vor allem nicht dazu geeignet, die von der Bundesregierung sowie den sonstigen Fraktionen postulierten Ziele zu erreichen. Es steht vielmehr zu befürchten, dass die derzeit im Raum stehenden Änderungen zu einer größeren Rechtsunsicherheit und in Folge dessen zu zahlreichen Gerichtsverfahren führen werden. Und mit § 13a Abs. 2 UWG-E würde die wettbewerbsrechtliche Abmahnung von einem effektiven außergerichtlichen Rechtsmittel praktisch zu einer funktionslosen Hülle werden.

2.1. (Schein-) Ziele zur Begründung des Gesetzesentwurfes

Das grundlegende Probleme des Gesetzesentwurfs im Hinblick auf die geplanten Regulierungen zum Zusammenspiel zwischen der DSGVO und dem UWG sind bereits in seinen Zielen, vielmehr der Begründung, warum diese Ziele notwendig seien, zu sehen.

Die Bundesregierung wie auch die übrigen Fraktionen meinen, es gäbe ein großes praktisches Problem mit „unseriösen Abmahnpraktiken“¹, „unverhältnismäßig hohen Abmahnkosten, die bereits bei Bagatellverstößen drohen“², es bestünde die „Gefahr einer missbräuchlichen Abmahnwelle“ im Zusammenhang mit der DSGVO³ oder eine Gefahr „erhebliche[r] Verluste finanzieller oder immaterieller Art“ für Gewerbetreibende, die „nur formale Rechtsverstöße“ begehen.⁴

Alle diese Aussagen sind jedoch nicht auf Tatsachen, sondern allenfalls auf ein Gefühl, wohl bedingt durch mediale Berichterstattungen, zurückzuführen.

Anfang 2018 begannen die Medien schließlich über die bereits im Mai 2016 in Kraft getretene DSGVO zu berichten und je näher der 25. Mai 2018, also die Geltung der DSGVO, rückte, desto schriller wurde der Ton. Und richtig ist, dass ein unbefangener Leser bei der Lektüre von Artikeln wie [Schlägt nun die Stunde der Abmahnanwälte](#) (Wirtschaftswoche, 23. Mai 2018), [DSGVO: Abmahnungen aufgrund angeblicher](#)

¹ Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 12.12.2018, BT-Drucks. 19/6438, S. 1.

² Antrag der FDP vom 12.09.2019, BT-Drucks. 19/13165, S. 1.

³ Gesetzesentwurf der AFD vom 16.09.2019, BT-Drucks. 19/13205, S. 2.

⁴ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084.

[Verstöße gegen die DSGVO](#), (Finanztrends, 07. Juni 2018), [DSGVO: Anwaltskanzlei mahnt Friseure ab](#) (Telepolis, 22 Juni 2018) oder [Hamburger Ärzte empört über Abmahnbriefe von Anwälten](#) (Hamburger Abendblatt, 28. Juni 2018) zu dem Glauben gelangen konnte, dass Deutschland in einer Abmahnwelle aus Datenschutzverstößen kurz nach der Geltung der DSGVO versinken werde bzw. versinke.

Jedoch sind Glauben und Gefühl – gleich, ob Themen wie Klima, Homöopathie, Migrationsursachen oder eben Wirkungen von Datenschutzgesetzen betreffend - allein stets ein schlechter Ratgeber.

Schon vor Geltung der DSGVO sprachen viele praktische Gründe dagegen, dass es nun mehr zu „Abmahnwellen“ durch die DSGVO kommen werde:⁵

- Datenschutzverletzungen konnten schon unter Geltung des BDSG-Alt als Verstöße gegen Marktverhaltensnormen abgemahnt werden (vgl. [OLG Hamburg, Az. 3 U 26/12](#)); dennoch entstanden keine „Abmahnwellen“ aus dem Wettbewerbsrecht aufgrund von Datenschutzverletzungen.
- Es bedarf nach wie vor eines Wettbewerbers, der geltend macht, dass ein Mitbewerber aufgrund seines Datenschutzverstößes gegen eine sog. Marktverhaltensnorm verstoßen hat und damit das Interesse von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern im Sinne von § 3a *spürbar beeinträchtigt*.
- Wettbewerber mahnen einander wegen Datenschutzverstößen nicht einfach ab, denn um dies erfolgreich wie risikoarm zu tun, müsste das eigene Haus datenschutzrechtlich- und technisch sehr gut aufgestellt sein, andernfalls wäre das Risiko des Gegenschlages zu groß.
- Rechtsanwälte können – allen Headlines zum Trotz – zur „Gebühreoptimierung“ nicht allein eine Abmahnung aussprechen, sie benötigen den o.g. Wettbewerber als Mandanten, für den sie die Abmahnung aussprechen können.
- Natürlich kann es theoretisch schwarze Schafe geben, auch solche bei denen sich ein „Wettbewerber“ mit einem Anwalt zusammenschließt, um die „Konkurrenz“ wegen Fehlern in Datenschutzerklärungen zu Zwecken der Gewinnoptimierung abzumahnen. Doch: Das ist nichts anderes als alter Wein in neuen Schläuchen. Dies wurde schon mit Impressumsfehlern versucht - erfolglos.⁶

Die KollegInnen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht tauschen sich bundesweit und regelmäßig darüber aus,⁷ ob „missbräuchliche“ Abmahnungen, wie sie von den Medien und nun mehr eben auch von der Legislative in den Gesetzesbegründungen beschrieben werden, vorliegen haben. Die bislang einhellige Antwort der beteiligten KollegInnen lautet: Eine Abmahnwelle im vorgenannten Sinne war und ist nicht im Entferntesten ersichtlich.

⁵ Hierzu bereits: Diercks - Gibt es Abmahnwellen? Existiert eine Sperrwirkung der DSGVO gegenüber dem UWG? Sind Datenschutznormen Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG?, Artikel vom 05. Dezember 2018, <https://diercks-digital-recht.de/2018/12/sperrwirkung-dsgvo-gegenueber-uwg-replik-koehler/>.

⁶ Vgl. OLG Nürnberg, Schlussurteil vom 03.12.2013, Az. 3 U 348/13, <https://openjur.de/u/661605.html>.

⁷ Dieser Austausch erfolgt bundesweit und regelmäßig über das Medium Twitter unter dem Hashtag [#Teamdatenschutz](#).

Dies räumt die Bundesregierung selbst ein, in dem sie erläutert, dass ihr „keine verlässlichen statistischen Daten“ bezüglich missbräuchlicher Abmahnungen vorliegen.⁸ Erstaunlicher Weise konnten aber aufgrund der nicht vorhandenen Datenlagen sehr konkrete Berechnungen angestellt werden, welche Schäden der deutschen Wirtschaft entstehen können und wie diese Schäden durch die Gesetzesänderungen minimiert werden können. Die logische Konsequenz ist, dass die hier berechneten Schäden genauso aus der Luft gegriffen sind wie die Zahlen, die zur Grundlage dieser Berechnungen herangezogen wurden.

Eine erst am 20.10.2019 um 16:53 Uhr gestellte, erneute Anfrage unter den Kollegen ergab das Folgende Bild:⁹ Bis zum 21.10. um 10:20 antworteten 30 Rechtsanwälte, Inhouse-Juristen und Datenschutzbeauftragte. Von diesen 30 KollegInnen erhielten 27 bis heute, also über einen Zeitraum von knapp 1,5 Jahren überhaupt gar **keine** Abmahnung nach dem UWG zur Bearbeitung, also weder begründete noch unbegründete oder gar rechtsmissbräuchliche. Zwei Kollegen erhielten jeweils eine Abmahnung, die derart unbegründet waren, dass diese schon nach Androhung einer möglichen negativen Feststellungsklage zurückgezogen wurden. Dabei ist ausdrücklich anzumerken, dass „unbegründet“ nicht mit „rechtsmissbräuchlich“ gleichzusetzen ist. Daneben gab es eine Abmahnung nach dem UWG, die jedoch begründet war und in keiner Weise „missbräuchlich“ im oben genannten Sinne vorgenommen wurde. Ein Kollege schrieb „zu wenige, als dass es einer Gesetzesänderung bedürfe #gefühlte Probleme #bauchgesetzE“.¹⁰

Natürlich ist eine Erhebung mit 30 KollegInnen ebenfalls nicht repräsentativ. Es ist aber zu bedenken, dass diese 30 KollegInnen sich alle täglich und intensiv mit dem Datenschutz- und Wettbewerbsrecht auseinandersetzen. Insoweit ist dieser Einblick in den Maschinenraum der Praxis jedenfalls ein beachtenswertes und begründetes Indiz. Und wer den fortlaufenden Diskurs unter den in der Praxis täglich befassten KollegInnen verfolgt, kann angesichts der immer wieder ausgerufenen „Gefahr der Abmahnwellen“ und der vorgeblich furchtbaren Konsequenzen bestenfalls verwundert, eher jedoch fassungslos, den Kopfschütteln. Diese Abmahnwellen gibt es in der Praxis nicht.

Vielmehr ist zu beobachten, dass Betroffene in eher dubiosen Konstellationen versuchen, Schadenersatzansprüche über Art. 82 DSGVO sowie Unterlassungsansprüche nach §§ 1004 BGB gemeinsam mit Anwälten durchzusetzen. Wenn überhaupt, dann lässt sich an dieser Stelle Missbrauch oder der Versuch des Missbrauchs erahnen. Diese Problematik ist jedoch nicht Gegenstand dieser Stellungnahme.

Soweit kann also festgehalten werden: Es gibt keinen Beleg und noch nicht einmal Indizien dafür, dass mit der Geltung der DSGVO eine Gefahr von einer Vielzahl rechtsmissbräuchlichen wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen einhergehen, die Kleinstunternehmen oder KMU grundsätzlich wirtschaftlich in irgendeiner Form schädigen und belasten würden.

2.2. Zur (vermeintlichen) Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen

Ein wesentlicher Grund für die Beschränkungen des effektiven Instruments der Abmahnung in Form der Beschränkung von Aufwendungsersatz und Vertragsstrafen soll „die Reduzierung der finanziellen Anreize

⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 2.

⁹ Einzusehen unter: <https://twitter.com/RAinDiercks/status/1185932154796158976>.

¹⁰ Dr. Axel von Walther, Partner bei Beiten Burkhardt, <https://twitter.com/AxelPrivacy/status/1185985934514425863>.

für Abmahnungen“ und damit die wohl missbräuchliche „Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen“ sein.

An dieser Stelle muss wohl zunächst ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, wie die Rechtspraxis aussieht. Es gibt bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen schon nach geltender Rechtslage keinen Anreiz diese aus rein finanziellen Erwägungen heraus vorzunehmen.

Zunächst einmal bedarf es eines Mitbewerbers, der durch einen Verstoß wettbewerbsrechtlich spürbar beeinträchtigt wird und der diesen Verstoß abmahnen möchte. Ein Anwalt kann von sich aus allein nicht tätig werden. Mit wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen wird – anders als im Urheberrecht – regelmäßig kein Schadensersatz geltend gemacht, da ein Schaden nicht beziffert werden kann. Ziel einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung ist das Unterlassen der Verletzungshandlung. Der Unterlassungsanspruch wird durch die Abgabe einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, die mit einem Vertragsstrafversprechen abgesichert wird, erfüllt. Daneben kann – bislang – Aufwendungsersatz gefordert werden.

2.2.1. Zum Aufwendungsersatz

Dieser Aufwendungsersatz bewegt sich bereits jetzt in einem gemäßigten Rahmen. Es gibt im Wettbewerbsrecht keine Regelstreitwerte,¹¹ der Gegenstandswert einer Abmahnung bzw. der Streitwert im Wettbewerbsrecht ergibt sich aus § 51 Abs. 2 – 4 GKG.

Demnach ist in einem Hauptsacheverfahren „der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen.“ Dabei gilt schon jetzt weiter „ist die Bedeutung der Sache für den Beklagten erheblich geringer zu bewerten als der nach Absatz 2 ermittelte Streitwert, ist dieser angemessen zu mindern. Bietet der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts hinsichtlich des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs keine genügenden Anhaltspunkte, ist insoweit ein Streitwert von 1 000 Euro anzunehmen“.

Die Regelungen der § 51 Abs. 2 – 3 GKG dienen bereits der Bekämpfung des Missbrauchs von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen im Kosteninteresse des abmahnenden Anwalts und seines Mandanten.¹²

Der BGH urteilte hierzu: *Der Wert eines Unterlassungsanspruches bestimmt sich nach dem Interesse des Anspruchstellers an der Unterbindung weiterer gleichartiger Verstöße. Dieses Interesse ist pauschalierend unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bewerten und wird maßgeblich durch die Art des Verstoßes, insbesondere seine Gefährlichkeit und Schädlichkeit für den Inhaber des verletzten Schutzrechts bestimmt.*¹³ Und: *Das mit dem Unterlassungsbegehren verfolgte Interesse des Anspruchstellers ist darauf gerichtet, in Zukunft weitere oder fortgesetzte Rechtsverletzungen zu unterbinden. Der Gefährlichkeit der bereits begangenen Verletzungshandlung kommt bei der Wertbemessung Indizwirkung zu. Allerdings kann auch anderen, von der Verletzungshandlung unabhängigen Faktoren - etwa dem Grad der Wahrscheinlichkeit künftiger Zuwiderhandlungen - Rechnung zu tragen sein.*¹⁴

¹¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.1.2015, I ZR 95/14, Tz. 2.

¹² Omsels, Online-Kommentar zum UWG; <http://www.webcitation.org/6HsYiiLDf>.

¹³ BGH, Vers.-Urt. v. 12.5.2016, I ZR 44/15, Tz. 21.

¹⁴ BGH, Vers.-Urt. v. 12.5.2016, I ZR 44/15, Tz. 23

Der Gesetzgeber (sic!) geht nach bestehender Rechtslage (sic!) davon aus, dass der Auffangstreitwert von 1.000,- EUR insbesondere in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen ein Verstoß gegen Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG außerhalb des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorliegt und die Verzerrung des Wettbewerbs eher unwahrscheinlich ist, da sich ein vernünftiger Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß in seiner Entscheidung über den Kauf einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung nicht beeinflussen lassen wird.¹⁵

Bei einem Gegenstandswert von 1.000,00 EUR belaufen sich die Kosten, d.h. die Gebühren, für einen Rechtsanwalt auf 104,00 EUR.

Zwar liegt die Bestimmung des Gegenstandswertes zunächst im Ermessen des Unterlassungsgläubigers und damit im Ermessen des Abmahnenden, wenn jedoch eben die hier befürchteten „Bagatellen“ abgemahnt würden und die Abmahnung nicht ohnehin wegen mangelnder Spürbarkeit unbegründet sein sollte (was zu der Frage führt, was denn die durch ein Gesetz zu beschränkenden Bagatellen noch sein sollen), dann verbleibt das Risiko eben über § 51 GKG in einem etwaigen Verfahren auf einen Gegenstandswert von 1.000,00 abgesenkt zu werden. Das ist für keinen Anwalt attraktiv. Und folglich wird damit überhaupt kein Anreiz zu einer – ohnehin illegalen – kooperativen Zusammenarbeit zwischen einem „Mitbewerber“ und einem Anwalt gefördert.

Hohe Gegenstands- bzw. Streitwerte in Unterlassungsansprüchen wegen Nichteinhaltung der DSGVO sind auch nicht zu erwarten. Das LG Würzburg setzte etwa den Streitwert bei einem recht einfach gelagerten Fall sachgerecht auf 2.000,00 EUR fest.¹⁶ Dies führt zu Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 193,00 EUR netto.

2.2.2. Zur Generierung von Vertragsstrafen

Dass der Gesetzesentwurf den Ansatz trägt, der „*Generierung von Vertragsstrafen*“ entgegenzuwirken, lässt sich nur dadurch erklären, dass scheinbar zum Zeitpunkt des Verfassens des Gesetzesentwurfs nur eine unzureichende Kenntnis vom Sinn und Zweck von Vertragsstrafversprechen auf Seiten der Bundesregierung vorlagen.

Wie bereits gesagt, ist das Ziel der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung zuvörderst, dass der Wettbewerber die wettbewerbswidrige Handlung unterlässt.

Dieser Anspruch auf Unterlassung entsteht entweder, wenn eine Beeinträchtigung durch ein wettbewerbswidriges Verhalten eines Konkurrenten droht (sog. Erstbegehungsgefahr) oder wenn es bereits zu einer Verletzungshandlung gekommen und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind (sog. Wiederholungsgefahr).

¹⁵ Vgl. Omsels, Online-Kommentar zum UWG; <http://www.webcitation.org/6HsYiLDf> mit Verweis auf BT Drucksache 17/13057.

¹⁶ LG Würzburg, Beschluss v. 13.09.2018, Az. 11 O 1741/18 UWG, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-22735?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

Um eben diesen Unterlassungsanspruch geltend zu machen, spricht der Mitbewerber eine außergerichtliche Abmahnung aus. Erfüllt wird der Unterlassungsanspruch regelmäßig dadurch, dass der Unterlassungsschuldner erklärt, das beanstandete Verhalten zukünftig zu unterlassen und zur Bekräftigung dieser Verpflichtung verspricht, für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe zu zahlen.

Ein Verletzer kann die Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Verletzung nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur durch eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung beseitigen.¹⁷ Bei einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung handelt es sich um die Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens. Dies bedeutet, dass bei Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung keine Vertragsstrafe zu zahlen ist. Das Vertragsstrafeversprechen sichert nur das Unterlassungsversprechen. Zweck des Vertragsstrafeversprechens ist also, dem Unterlassungsschuldner einen Grund zu geben, das beanstandete Verhalten tatsächlich zu unterlassen und somit dem erneuten Verstoß vorzubeugen. Andernfalls bestünde für den Unterlassungsschuldner überhaupt kein Grund, dem eigenen Unterlassungsversprechen Folge zu leisten. Aus diesen Gründen ist nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens, also die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, unabdingbar, um den Unterlassungsanspruch zu erfüllen.¹⁸

Eine Vertragsstrafe wird also erst zur Zahlung fällig, wenn der Unterlassungsschuldner erneut wider seiner abgegebenen Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung handelt. Also erst dann, wenn der Unterlassungsschuldner, spricht der Abgemahnte, erneut (!) einen Verstoß begeht, den er sich zu unterlassen verpflichtet hat, ist die Vertragsstrafe zu zahlen. Und in diesem Fall, aber nur in diesem, enthält die Vertragsstrafe auch eine Funktion als pauschalierter Schadensersatz.¹⁹

Wie also Vertragsstrafen durch Abmahner „generiert“ werden können sollen, ist schon nicht zu erklären.

2.3. Unzureichendes Verständnis von Auswirkungen von Datenschutzverstößen

Obwohl, wie soeben festgestellt, in der Praxis gar keine Probleme mit rechtsmissbräuchlichen wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen wegen Datenschutzverstößen existieren und solche auch nicht zu befürchten sind, soll das Institut der Abmahnung in seiner Effizienz im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Verfolgung von Datenschutzverletzungen schon dem Grunde nach massiv beschnitten werden.

Dies ist aufgrund der erheblichen Auswirkungen von Datenschutzverstößen auf den freien und fairen Wettbewerb unverständlich. Erklärt werden kann dies nur mit der oben schon erwähnten „gefühlten“ Lage sowie einem Unverständnis davon, welche massiven und äußerst beeinträchtigenden Auswirkungen von Datenschutzverstöße eines Mitbewerbers gegenüber dem Wettbewerb ausgehen können.

Dieses Unverständnis zeigt sich, wenn die Bundesregierung nach ihrem Entwurf bzw. in dessen Begründung gleichsam alle Verstöße gegen die DSGVO als „nur formale Rechtsverstöße“ betrachtet.²⁰

¹⁷ Std. Rechtsprechung, statt vieler: BGH, Urteil vom 31.07.2008 - I ZR 21/06, Rn. 56 mzwN, <https://openjur.de/u/74340.html>.

¹⁸ Std. Rechtsprechung, statt vieler: BGH, Urteil vom 31.07.2008 - I ZR 21/06, Rn. 56 mzwN, <https://openjur.de/u/74340.html>.

¹⁹ Vgl. statt vieler: BGH, Urteil vom 08.05.2014, Az. [I ZR 210/12](https://openjur.de/u/693272.html); <https://openjur.de/u/693272.html>.

²⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084.

Die Einhaltung von beispielsweise technisch und organisatorischen Maßnahmen im Sinne von Art. 32 DSGVO sind alles andere als „Formalien“, sondern führen bei Nichteinhaltung zu einem mangelhaften Datenschutz und einer mangelhaften Datensicherheit. Dies spürt der Verbraucher, wenn er aus der Presse erfahren muss, dass seine Zahlungsdaten leider offen im Internet standen und er zu überprüfen habe, ob auch seine Kartendaten nun mehr missbräuchlich verwendet worden seien.

Auch eine mangelnde Information zur Datenverarbeitung im Sinne der Art. 12, 13 DSGVO kann alles andere als eine Lappalie sein. Wenn etwa der Betreiber einer Software-Applikation nicht mitteilt, dass die über die Applikation gewonnenen Daten auch zu Marketing-Zwecken an Dritte weitergeben werden und in Folge dessen natürlich auch keine Einwilligung im Sinne der Art. 6 I a), 7 DSGVO eingeholt wird, wird auch hier ein Verbraucher und Nutzer allenfalls zufällig davon erfahren. Etwa, wenn ein Team um Heise oder dem Chaos Computer Club die rechtswidrige Datenverwendung aufdeckt und publik macht.

Beide Verstöße im Sinne des § 3a UWG können aber auch einen Mitbewerber selbstverständlich spürbar beeinträchtigen.

Der Anbieter einer Software-as-a-Service (SaaS), der in seine IT-Sicherheit im Sinne des Art. 32 investiert, der die mit dem SaaS zu gewinnenden Nutzungsdaten nicht an Dritte zu Marketingzwecken verkauft, und der auch im Übrigen auf die DSGVO-Konformität seines Produktes achtet, wird dieses zu einem anderen Preis anbieten müssen, als ein Mitbewerber, den die DSGVO nicht interessiert und der etwa schon die Hälfte des benötigten Deckungsbeitrages aus den rechtswidrig veräußerten Nutzerdaten generiert.

Verstöße der DSGVO sind grundsätzlich auch nicht im Wettbewerbsrecht als bloße „formale Rechtsverstöße“ oder Lappalien zu qualifizieren.

2.4. Massive Einschränkungen des effektiven Instituts der Abmahnung

Sowohl die Bundesregierung als auch die übrigen Fraktionen sprechen davon, dass das Institut der Abmahnung für die außergerichtliche Wettbewerbskontrolle wichtig sei und sich auch im geschäftlichen Umgang bewährt habe.²¹ Das Institut der Abmahnung ist auch deswegen so wichtig, da das deutsche Wettbewerbsrecht auf Selbstregulation und nicht auf eine aufsichtsbehördliche Regulation ausgelegt ist. Dennoch soll dieses wirksame Institut im Hinblick auf datenschutzrechtliche Verstöße massiv eingeschränkt werden.

Dies bietet keinerlei Vorteil. Weder Verbrauchern noch den Mitbewerbern, die sich nicht mehr effektiv gegen wettbewerbswidriges Verhalten von Konkurrenten erwehren können.

Ein Verbraucher hat natürlich ein Eigeninteresse an einem freien und insbesondere fairem Wettbewerb. Nur ein fairer, d.h. ein lauterer, Wettbewerb, ist in der Lage, dem Verbraucher rechtskonform und rechtsicher Waren und Dienstleistungen anzubieten, die etwa aus überbordendem Gewinnstreben mangelhaft sind. An dieser Stelle sei schon an das SaaS erinnert, dass seine Deckungsbeiträge lieber durch Umgehung der DSGVO durch die rechtswidrige Weitergabe von Nutzerdaten finanziert als seine Nutzer hierüber aufzuklären und ggf. einen günstigeren Preis für diejenigen anzubieten, die gerne ihre Daten preisgeben

²¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084; Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 12.12.2018, BT-Drucks. 19/6438; Antrag der FDP vom 12.09.2019, BT-Drucks. 19/13165; Gesetzesentwurf der AFD vom 16.09.2019, BT-Drucks. 19/13205.

möchten. Diesem Verbraucherinteresse ist eine effektive Rechtsdurchsetzung, um missbräuchliches Verhalten einzudämmen, immanent. Doch selbst wenn er wollte, kann der Verbraucher oft derartige Rechtsverletzungen nicht erkennen.

Effektiv und effizient können nur Mitbewerber über das Wettbewerbsrecht ihren Konkurrenten wettbewerbswidriges Handeln untersagen. Die Mitbewerber kennen den Markt, sie kennen die Produkte. Zwar könnte auch ein Mitbewerber bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eine Eingabe bezüglich des Datenschutzverstoßes des Konkurrenten vornehmen, jedoch sind die Behörden bekanntermaßen personell unterbesetzt und können die Verstöße weder schnell prüfen noch zügig entsprechende Untersagungsanordnungen aussprechen. Ebenso wenig kann ein Mitbewerber auf eine von einem einzelnen Verbraucher initiierte Maßnahme warten, sei es durch direkte gerichtliche Verfahren oder durch eine auf Initiative des Verbrauchers angestrebte aufsichtsbehördliche Maßnahme. Die Zeit, die bis zum Erfolg einer der vorgenannten Maßnahmen vergeht, ist für ein kleines Unternehmen oder ein KMU im Zweifel existenzbedrohlich.²²

Deswegen braucht es die Möglichkeit der Abmahnung als schnelles, effektives Instrument, um einen Mitbewerber zu lauterer Geschäftspraktiken unverzüglich aufrufen zu können.

Dieses Instrument wird durch die Begrenzung des Mitbewerberbegriffs, die teilweise Streichung von Anwendungssatz in seiner Effektivität massiv eingeschränkt und durch den teilweisen Ausschluss der Vertragsstrafe jeglicher Wirkung beraubt. Die Abmahnung wird in diesem Fall zu einer leeren, zwecklosen Hülle.

2.5. Unschärfe des Gesetzes fordert Gerichtsverfahren hinaus

Dazu fordern die unscharfen Begrifflichkeiten beim Mitbewerberbegriff sowie bei den Regelbeispielen zur Definition der „missbräuchlichen“ Abmahnung künftige Gerichtsverfahren zur Klärung eben dieser Begriffe heraus.

2.6. Zwischenfazit

Der Gesetzesentwurf gründet – wie die Bundesregierung letztlich selbst einräumt – auf einem Gefühl, dass keine evidente, rationale Basis vorweisen kann. Dazu scheinen die möglichen Auswirkungen von Datenschutzverletzungen auf den Wettbewerb nicht hinreichend bekannt zu sein. Trotzdem soll das Wettbewerbsrecht bzw. das Institut der Abmahnung, insbesondere im Hinblick auf datenschutzrechtliche Vorschriften, massiv beschnitten werden. Diese Beschneidungen werden jedoch, aufgrund der äußerst auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe, zahlreiche diesbezügliche Gerichtsverfahren herausfordern und die Abmahnung als funktionslose Hülle zurücklassen.

²² Siehe hierzu ausführlich: Diercks - Die DSGVO entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber den Rechtsbehelfen aus dem UWG – Eine Replik auf den Ansatz von Köhler (WPR, 12/18, S. 1269), Otto Schmidt Verlag, CR 2018, S1 online only, Ziffer IV b).

3. Konkrete Kritik zu den Normentwürfen

Nachfolgend die konkrete Kritik zu den Normentwürfen der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 8b Abs. 2, 13 Abs. 4 Nr. 1 und 2 sowie 13a Abs. 2 bis 5 UWG-E.

3.1. Änderung des Begriffs der „Mitbewerber“ - § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E

Mit der Änderung von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E wird der Begriff des „Mitbewerbers“ derart begrenzt, dass nur noch ein solcher Mitbewerber aktivlegitimiert ist, *„der Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt“*.

Die Regierung begründet diese Anforderungen damit, dass nach der bisherigen Rechtslage ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ausreichte und kritisiert, dass dieses zuweilen schon dann als gegeben erachtet wird, wenn *„der Abmahnende nur einige wenige Waren zu überteuerten Preisen auf einem Portal anbietet.“*²³

Nach der Gesetzesbegründung soll weiter keine Aktivlegitimation im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E bestehen, wenn es sich um Mitbewerber handelt, die *„eine hohe Anzahl von Abmahnungen ausgesprochen haben, die erst kurze Zeit zuvor ihr Gewerbe angemeldet hatten oder bei denen bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet worden war.“*²⁴

Und schließlich soll nach der Gesetzesbegründung, der Nachweis des Merkmals *„in nicht unerheblichem Maße“* durch *„Größenkategorien der Zahl der Verkäufe oder ähnlichem belegt werden.“*²⁵

Problematisch an der Definition ist zweierlei. Zum einen ist problematisch, dass der Regierungsentwurf ein in der Rechtsprechung bereits gut ausgeformtes Merkmal²⁶ mit einer Palette an gänzlich unbestimmten Rechtsbegriffen ersetzt. Zum anderen, dass die Begründungen in sich schon nicht schlüssig sind.

3.1.3. Konkretes Wettbewerbsverhältnis

In Rechtsprechung wie Literatur besteht Einigkeit darüber, dass der Mitbewerberbegriff zwar weit ist und weit sein muss.²⁷ Der Mitbewerberbegriff ist deswegen aber nicht endlos. Es bedarf selbstverständlich eines Endverbraucherkreises, in dem die Mitbewerber ihre Produkte oder Dienstleistungen gleichermaßen absetzen.²⁸

Zur Verdeutlichung das nachfolgende Beispiel:

In Ahrweiler, Rheinland-Pfalz betreibt ein Frisörgeschäft auch eine Webseite, über die Termine gebucht werden können. Die auf der Webseite angegebenen Informationen zur Datenverarbeitung (IDV) genügen

²³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 26.

²⁴ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 26.

²⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 26.

²⁶ Vgl. nur umfangreiche Kommentierung bei *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, Rn. 236-240.

²⁷ Vgl. nur *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, Rn. 239 mwN.

²⁸ Vgl. nur *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, Rn. 239 mwN.

jedoch nicht den Anforderungen der DSGVO.²⁹ Der Betreiber eines weiteres Frisörgeschäft aus Zwickau, Sachsen, entdeckt bei einer Recherche über den Aufbau verschiedener Webseiten von Frisörgeschäften die vorgenannte fehlerhafte und meint, diese Fehler wären abmahnfähig. Die Webseite des Frisörgeschäftes aus Zwickau ist ähnlich aufgebaut, jedoch vollständig DSGVO-konform und auch sonst einwandfrei. Der Betreiber setzt nun eine Abmahnung auf und versendet diese, inklusive einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, die vom Betreiber des Frisörgeschäftes in Ahrweiler zu unterschreiben sei.

Schon aufgrund der unterschiedlichen Endverbraucherkreise wäre diese Abmahnung wohl schon nicht begründet.³⁰ Es liegen ca. 500 km zwischen den Frisörgeschäften und während es zwar denkbar ist, dass es im Jahr den einen oder anderen Verbraucher gibt, der beide Orte besucht und in beiden Geschäften zum Frisör geht, reicht das nicht, um eine Mitbewerbereignenschaft zu begründen. Folglich wäre die Abmahnung unbegründet. Bereits nach derzeitiger Rechtslage wären die Aufwendungen, die der Betreiber des Frisörgeschäftes in Ahrweiler machen müsste, um die Abmahnung abzuwehren, vom Betreiber des Frisörgeschäftes in Zwickau zu zahlen.

3.1.4. Nicht nachvollziehbare Beschränkung von Unternehmergruppen

Durch den Gesetzesentwurf werden zwei Unternehmergruppen erheblich benachteiligt, in dem ihnen der Zugang zu wettbewerbsrechtlichen Rechtsbehelfen verwehrt wird: Startups und Unternehmen, die in eine betriebswirtschaftliche Schieflage geraten sind.

Ein junges Unternehmen, das gerade Marktanteile gewinnen bzw. überhaupt generieren will, kann kaum im Sinne dieses Gesetzesentwurfes nachweisen, dass es bereits „in nicht unerheblichem Maße“ am Wettbewerb teilnimmt. Und dies wird es auch nicht können, wenn ihm die Teilnahme am Wettbewerb dadurch faktisch verwehrt wird, dass die existierenden Mitbewerber sich strikt wettbewerbswidrig verhalten und so ein Marktzutritt auch noch massiv erschwert wird (an dieser Stelle sei auf das oben genannte Beispiel-Startup mit einem SaaS-Tool verwiesen).

Des Weiteren bleibt unklar, warum eine erst kürzlich erfolgte Gewerbeanmeldung oder auch eine geordnete Insolvenz das Unternehmen von der Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche ausschließen sollte. Gerade für ein kürzlich gegründetes Unternehmen als auch für ein Schieflage geratenes Unternehmen kann es ganz wesentlich sein, effektiv gegen rechtswidrig handelnde Wettbewerber vorgehen zu können.

3.1.5. Zwischenfazit

Nach all dem wird deutlich, dass die Mitbewerbereignenschaft nicht weiter zu definieren und einzugrenzen ist. Der Begriff des „Mitbewerbers“ in heutiger Form ist bereits hinreichend bestimmt. Davon abgesehen reichen die neuen Begrifflichkeiten nach der Gesetzesbegründung insbesondere Unternehmensgründern und Start-Ups wie Unternehmen in einer geordneten Insolvenz zum Nachteil.

²⁹ Grundsätzlich ist die Verfasserin der Auffassung, dass die DSGVO Marktverhaltensnormen sein können. Selbstverständlich muss jedoch in jedem Einzelfall geprüft werden, ob Marktverhaltensnormen verletzt wurden und ob eine spürbare Beeinträchtigung im Sinne des UWG vorliegt.

³⁰ Jedenfalls aber würde es an der mangelnden Spürbarkeit der Beeinträchtigung scheitern.

Aufgrund der Unbestimmtheit der vorgeschlagenen Änderungen steht darüber hinaus vielmehr zu befürchten, dass sich die Gerichte mit einer Vielzahl von Verfahren zur Auslegung der äußerst unscharfen Begriffe beschäftigen müssen.

Die vorgeschlagene Änderung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E ist zu verwerfen.

3.2. Einführung von „Regelbeispielen“ für die „missbräuchliche Abmahnung“ - § 8b UWG-E

Der neu einzuführende § 8b UWG-E sieht eine „Definition“ der missbräuchlichen Abmahnung vor und formuliert im vorgeschlagenen Abs. 2 so genannte Regelbeispiele, in deren Eintreten eine missbräuchliche Geltendmachung vorliegt. Unter anderem soll das der Fall sein, wenn

- (1.) *„die Geltendmachung der Ansprüche vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder von Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen“*
- (2.) *„ein Mitbewerber eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift durch Abmahnungen geltend macht, wenn die Anzahl der geltend gemachten Verstöße außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht oder wenn anzunehmen ist, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko des außergerichtlichen und gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt,“*
- (3.) *„Ein Mitbewerber den Gegenstandswert für eine Abmahnung unangemessen hoch ansetzt,“*
- (4.) *„erheblich überhöhte Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden oder“*
- (5.) *„eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht.“*

3.2.1. Allgemeine Anmerkungen

Vorausschickend ist zu sämtlichen Vorschlägen in dieser Norm das Folgende anzumerken:

Auch hier handelt es sich um eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen, die richterlicher Auslegung bedürfen und demnach wohl eine erhebliche Anzahl an diesbezüglichen Gerichtsverfahren nach sich ziehen werden.

Zu diesen Verfahren wird es auch gerade deswegen kommen, da tatsächlich rechtswidrig agierende Mitbewerber auch redlich Abmahnenden stets mindestens einen dieser Tatbestände vorhalten werden und stets geprüft bzw. eben gerichtlich überprüft werden müsste, ob dieser einschlägig ist.

Daneben sind Beweisschwierigkeiten für redliche Abmahnende zu erwarten, denen von sich tatsächlich rechtswidrig verhaltenden Abgemahnten aller Voraussicht nach stets einer der vorgenannten Regelbeispiele als Grundlage für einen Missbrauch vorgeworfen werden.

3.2.2. Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 1 UWG-E

Hierzu ist vollumfänglich auf die Ausführungen unter Ziffer 2.2 zu verweisen. Es gibt bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen schon nach geltender Rechtslage keinen Anreiz diese aus rein finanziellen Erwägungen heraus vorzunehmen.

Daneben ist zu bemerken, dass dieser Passus bereits in § 8 Abs. 4 UWG enthalten ist. Dies merkt die Bundesregierung in ihrer Gesetzesbegründung selbst an und führt dazu aus, dass dies in der Praxis von

Abgemahnten „vom Abgemahnten nur unter erheblichen Schwierigkeiten zu beweisen“ ist.³¹ Diese Beweis-schwierigkeiten bleiben jedoch schlicht bestehen.

3.2.3. Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 2 UWG-E

Hierzu führt die Bundesregierung aus, dass *„missbräuchliche Abmahnungen [...] oft in erheblicher Anzahl versandt [werden], da der Anspruch auf Aufwendungsersatz auf Grund der Automatisierung der Abmahnung der Rechtsverletzung finanziell besonders attraktiv ist.“*³²

Wieder wird davon ausgegangen, dass ein solche Vielzahl von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen existieren würden. Im Bereich der Datenschutzverstöße ist das – wie hier schon mehrfach ausgeführt – schlicht nicht der Fall.

Daneben sind zwar durchaus Fallkonstellationen vorstellbar, in denen eine Vielzahl von Abmahnungen grundsätzlich berechtigt, jedoch nur in Erwartung des Aufwendungsersatzes ausgesprochen werden. Diese würden so dann jedoch bereits unter die aktuelle Rechtslage, nämlich unter den vorgenannten § 8 Abs. 4 UWG, der im Entwurf zu § 8b Abs. 2 Nr. 1 UWG-E werden soll, fallen.

Denn letztlich wird mit § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E auch die Vielzahl der Abmahnungen, die allein eben keinen Hinweis auf einen Rechtsmissbrauch begründen, nur dann zu einem Indiz, *„wenn die Anzahl der geltend gemachten Verstöße außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht oder wenn anzunehmen ist, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko des außergerichtlichen und gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt“*.

Beide Fallgruppen unterfallen dem aktuellen § 8 Abs. 4 UWG.

Damit erschließt sich entsprechend nicht, aus welcher Notwendigkeit heraus das Regelbeispiel des § 8 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E eingeführt werden soll.

3.2.4. Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 3 UWG-E

Bezüglich dieses Regelbeispiels ist zunächst wieder einmal auf die Ausführungen unter Ziffer 2.2.1 zu verweisen.

Augenscheinlich vergaß die Bundesregierung hier die eigenen mit § 51 Abs. 2 - 4 GKG schon getroffenen Regelungen zum Abbau des Missbrauchs bei Abmahnungen. Wie ausgeführt, obliegt es dem Antragssteller, also dem Abmahnenden, einen sachgerechten Gegenstands- bzw. Streitwert festzulegen. Ist dieser zu hoch angesetzt, kann dieser angemessen im gerichtlichen Verfahren durch das Gericht gemindert werden.

Wenn ein jedoch ein (vermeintlich) zu hoher Gegenstandswert bereits ein Regelbeispiel für eine missbräuchliche Abmahnung darstellen soll, dann wird jeder Abmahnung entgegengehalten werden, dass diese aufgrund des (vermeintlich) zu hohen Gegenstandswertes missbräuchlich sei.

Die Folge werden eine Vielzahl von Gerichtsverfahren sein, in denen die Grenze der Missbräuchlichkeit von Streitwerten im Hinblick auf die unterschiedlichen Fallgruppen im Wettbewerbsrecht ausgeurteilt werden müssen.

³¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 29.

³² Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 29.

Dabei wird weiter nicht berücksichtigt, dass gerade in Fällen der Abmahnung aufgrund von DSGVO-Verstößen die Gegenstandswerte erheblich sein können. Daten sind ein Verkehrswert, der bereits weite Teile der Ökonomie maßgeblich mitbestimmt.

Dieses Regelbeispiel wird vielmehr dazu führen, dass Unternehmen faktisch in der Durchsetzung ihrer Rechte über das effektive Instrument der Abmahnung gehindert werden. Denn dieses Regelbeispiel fordert – bis hierzu eine weitläufige Rechtsprechung gebildet wurde – den stetigen Einwand des Rechtsmissbrauchs heraus und zwar gleich wie hoch der Gegenstandswert angesetzt wurde. Dies bedeutet, dass die Wettbewerber mindestens in die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gedrängt werden. Dies wiederum ist auch nicht im Sinne von abgemahnten Kleinunternehmern und/oder KMU. Denn an dieser Stelle könnte durchaus der eine oder andere den Abgemahnten vertretende Anwalt im eigenen Gebühreninteresse dazu raten, den Einwand des Rechtsmissbrauchs geltend zu machen, um im Anschluss auch noch Vertretungsgebühren im einstweiligen Rechtsschutzverfahren abrechnen zu können. Der Laie kann ein solches Vorgehen nicht beurteilen.

Auch dieses Regelbeispiel sollte aus den vorgenannten Gründen nicht in das UWG eingeführt werden.

3.2.5. Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 4 UWG-E

Die Einbringung dieses Regelbeispiels erschließt sich ebenfalls nicht.

Eine Vertragsstrafe muss so bemessen sein, dass sie geeignet ist, eine ausreichende abschreckende Wirkung zu entfalten und den Verletzer von weiteren Verletzungshandlungen abzuhalten.³³ Dabei ist die Festsetzung einer Vertragsstrafe nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht schon deswegen unbillig, weil das Gericht eine andere Vertragsstrafe für ausreichend oder angemessen erachtet. Das Gericht muss sich mit den Kriterien für die Prüfung der Billigkeit, wie Schwere und Ausmaß der begangenen Zuwiderhandlung, Gefährlichkeit für den Gläubiger, Verschulden des Verletzers und dessen Interesse an weiteren gleichartigen Begehungshandlungen sowie der Funktion der Vertragsstrafe als pauschalisiertem Schadensersatz auseinandersetzen.³⁴ Das Gericht darf dabei nur dann selbst die Höhe der Vertragsstrafe bestimmen, wenn es im Rahmen der Billigkeitskontrolle zu dem Ergebnis gelangt, dass die vom Gläubiger ange setzte Vertragsstrafe der Höhe nach unbillig ist. Wenn das nicht der Fall ist, muss die vom Gläubiger geforderte Vertragsstrafe in voller Höhe zugesprochen werden.³⁵

Wenn nun aber schon eine (vermeintlich) überhöhte Vertragsstrafe ein Regelbeispiel für eine missbräuchliche Abmahnung darstellen soll, dann wird jeder Abmahnung auch entgegengehalten werden, dass diese aufgrund der (vermeintlich) zu hohen Vertragsstrafe missbräuchlich sei.

Die zu einem (vermeintlich) zu hohen Gegenstandswert gemachten Ausführungen gelten hier soweit entsprechend.

Auch dieses Regelbeispiel sollte aus den vorgenannten Gründen nicht in das UWG eingeführt werden.

3.2.6. Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 5 UWG-E

³³ Omsels, Online-Kommentar zum UWG, <http://www.webcitation.org/6OirA5U5R>, mwzN.

³⁴ BGH, Urteil vom 08.05.2014 - I ZR 210/12, <https://openjur.de/u/693272.html>.

³⁵ Vgl. Vorstehendes: Plutte – Vertragsstrafe: Große rechtliche Übersicht mit vielen Tipps, <https://www.ra-plutte.de/vertragsstrafe/#vertragsstrafe-hoehe>.

Auch die Einbringung dieses Regelbeispiels erschließt sich nicht.

Bekanntermaßen muss der Vorschlag einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung nicht angenommen werden. Es steht dem Unterlassungsschuldner frei, eine eigene Unterlassungserklärung gemäß der eigenen rechtlichen Würdigung abzugeben. In Folge dessen ist auch eine durch den Abmahnenden vorformulierte und durch den Abgemahnten abgegebene Unterlassungserklärung mit einer zu weit gefassten Erklärung nicht wirkungslos. Es ist Sache des Unterlassungsschuldners, eine ausreichende Unterlassungserklärung abzugeben. Dies gilt jedenfalls und zu Recht im wettbewerbsrechtlichen Bereich, also im gewerblichen Bereich zwischen Unternehmern.³⁶

Der Effekt dieser Regelung wird kein Schutz von Kleinstunternehmen oder KMU vor vorformulierten und zu weit gefassten Unterlassungserklärungen sein.

Die Folge wird vielmehr sein, dass die Abmahnenden keine vorformulierten Unterlassungserklärungen mehr beifügen, sondern die Formulierung ausschließlich dem Abgemahnten überlassen werden, um sich nicht dem Risiko des Einwandes der missbräuchlichen Abmahnung wegen einer zu weiten Unterlassungserklärung auszusetzen. Abgemahnte Kleinstunternehmer oder KMU werden mit der Formulierung einer hinreichenden Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung aber in der Regel überfordert sein und damit anwaltlicher Hilfe bedürfen. Dies spätestens dann, wenn die von ihnen selbst formulierte Unterlassungserklärung nicht ausreichend ist und als Folge eine einstweilige Verfügung ins Haus steht.

Auch dieses Regelbeispiel sollte aus den vorgenannten Gründen nicht in das UWG eingeführt werden.

3.2.7. Fazit zu § 8 b Abs. 2 UWG-E

Aus den vorgenannten Gründen sollte § 8 b Abs. 2 UWG-E nicht in das UWG eingeführt, sondern statt dessen die Regelung des § 8 Abs. 4 UWG beibehalten werden.

3.3. Verbot des Aufwendungsersatzes bei Informationspflichten § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E

Die Bundesregierung möchte den Aufwendungsersatz bei einer Abmahnung wegen eines Verstoßes gegen Informationspflichten im elektronischen Rechtsverkehr oder in Telemedien ausschließen. Hierzu laut der Gesetzesbegründung Informationspflichten nach § 5 TMG, § 312d BGB oder Art. 12, 13 TMG.

3.3.1. Zum Ausschluss bei Informationspflichten nach § 5 TMG oder § 312d BGB

Hierbei muss sich einmal der Sinn und Zweck von Informations- und Kennzeichnungspflichten wie § 5 TMG oder § 312d BGB vergegenwärtigt werden:

Sinn und Zwecks ist, dass die Verbraucher wie Wettbewerber jeweils auf einen Blick schnell erfassen können, mit wem sie es zu tun haben, vor allem wem gegenüber etwaige Ansprüche geltend gemacht werden. Verbrauchern werden über § 312d und § 246a und § 246b EGBGB Informationen zur Verfügung gestellt, damit er erkennen kann, welche Rechte er innehat.

Die Einhaltung dieser Regelungen wird praktisch ausschließlich über das Wettbewerbsrecht erreicht.

³⁶ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.11.2017, 1 W 40/17, <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE190019356>.

Zwar enthält das TMG auch einen Ordnungswidrigkeitstatbestand, aber dieser wird schlicht nicht angewandt. Jedenfalls ist der Verfasserin kein Verfahren bekannt.

Die Bundesregierung begründet diesen Vorstoß indes schlicht mit der Aussage, dass ein Großteil der Abmahnungen von Wettbewerbern „wegen Verstößen im Online-Handel ausgesprochen wird“ und da „in diesem Bereich Verstöße durch den Einsatz von Crawlern einfach und automatisiert festgestellt werden können“.³⁷

Die Begründung ist nicht nachvollziehbar. Denn wenn die Bundesregierung dies ernst meint, dann bedeutet dies, dass sie letztlich die Informationspflichten wie etwa nach § 312d BGB (oder auch nach Art. 12, 13 DSGVO, dazu so gleich) für nicht relevant hält.

Die Erfüllung aller Informationspflichten ist ressourcen- wie kostenintensiv. Bemüht sich ein Unternehmen um die Erfüllung aller Informationspflichten und ein Mitbewerber nicht, so entsteht dem redlichen Unternehmen ein Wettbewerbsnachteil. Das ist auch unbestritten, im Hinblick die die Impressumsangaben und Informationspflichten nach § 312d liegt die entsprechende Kasuistik dazu vor.³⁸

Warum nun ein rechtmäßig agierendes Unternehmen, die Kosten dafür, dass es einen rechtswidrig agierenden Mitbewerber mit dem ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln zur Raison ruft, tragen soll, erschließt sich in keiner Weise. Insbesondere erschließt sich dies nicht, da das deutsche Wettbewerbsrecht den Weg der Selbstregulation gewählt hat. Dieser Selbstregulation wird durch die Streichung des Aufwendungsersatzes bei berechtigten (!) Abmahnungen ein Riegel vorgeschoben.

Denn kaum ein Unternehmen wird noch die gesetzlichen Regelungen einhalten, an die sich dann faktisch kaum einer mehr hält. Noch weniger werden Geld dazu in die Hand nehmen, um diese Regelungen durchzusetzen.

Wenn die Regelungen, etwa nach § 312d bzw. den §§ 246a, 246b EGBGB, nach Auffassung der Bundesregierung derartige Bagatellen darstellen, dass diese nicht durch Mitbewerber – und damit faktisch dem einzigen Regulativ – abgemahnt werden sollten, dann wäre der richtige gesetzgeberische Eingriff wohl kaum, den Aufwendungsersatz bei berechtigten (!) Abmahnungen zu streichen, sondern gegebenenfalls die Informationspflichten zu überprüfen und wenn und soweit notwendig, eine Überprüfung auch auf EU-Ebene anzuregen.

3.3.2. Zum Ausschluss bei Informationspflichten nach Art. 12, 13 DSGVO

Wie unter Ziffer 2.3 bereits dargestellt, kann auch eine mangelnde Information zur Datenverarbeitung im Sinne der Art. 12, 13 DSGVO alles andere als eine Bagatelle sein und dem Mitbewerber einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung liefern.

Auch hier gilt daneben, dass die Erfüllung aller Informationspflichten ressourcen- wie kostenintensiv sind und darüber hinaus eben zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber demjenigen führen

³⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31.07.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 32.

³⁸ Siehe die umfangreiche Sammlung hierzu unter [versandhandelsrecht.de](https://www.versandhandelsrecht.de) – Rechtsinformationen für Versand und Handel, unter der Rubrik „Fernabsatzrecht“: <https://www.versandhandelsrecht.de/category/fernabsatzrecht/>.

kann, der sich nicht an die Einhaltung der Informationspflichten nach der DSGVO hält – wie in dem Beispiel unter Ziffer 2.3 bereits ausgeführt.

Auch hier erschließt sich nicht, warum ein rechtmäßig agierendes Unternehmen, die Kosten dafür, dass es einen rechtswidrig agierenden Mitbewerber mit dem ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln zur Räsion ruft, tragen soll.

Im Übrigen wird an dieser Stelle auf die weiteren Ausführungen unter Ziffer 3.4 verwiesen.

3.3.3. Fazit zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E

Die Regelung ist untauglich.

Die Begründung der Regierung trägt nicht. Es kann nicht darauf ankommen, ob ein Verstoß erstmalig durch einen Crawler oder ein menschliches Augenpaar entdeckt wird. Es kann nur darauf ankommen, ob die Abmahnungen insgesamt rechtsmissbräuchlich im Sinne des Gesetzes, also im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG sind.

Die Regelung sollte nicht im UWG Niederschlag finden.

3.4. Verbot des Aufwendungsersatzes bei Verstößen gg die DSGVO - § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E

Wie eingangs bereits formuliert, ist es zu begrüßen, dass die Bundesregierung offensichtlich der Auffassung die DSGVO enthalte eine grundsätzlich Sperrwirkung gegenüber den Rechtsbehelfen des UWG eine Absage und dass sie ebenso offensichtlich davon ausgeht, dass die DSGVO Marktverhaltensregeln enthält, und dass Verstöße gegen diese als abmahnfähig betrachtet werden.

Der Ausschluss eines Aufwendungsersatzes nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E bei sonstigen Verstößen gegen die DSGVO und das BDSG durch Kleinstunternehmen sowie kleine Unternehmen nach Art. 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission, Az.: K(2003) 1422 ist nicht nachvollziehbar und nicht sachgerecht.

Zunächst einmal ist voranstellend zu bemerken, dass demnach ein Kleinstunternehmen ein Unternehmen ist, das weniger als 2 Millionen EUR Jahresumsatz aufweist und weniger als 10 Personen beschäftigt und ein kleines Unternehmen eines, das weniger als 10 Millionen Jahresumsatz aufweist und weniger als 50 Personen beschäftigt. Weiter ist zu bemerken, dass im Jahr 2017 von insgesamt 3.481.860 Unternehmen in Deutschland 3.086.812 unter 1 Million EUR, 166.240 zwischen 1 und 2 Millionen EUR und 170.129 Unternehmen bis zu 10 Millionen Umsatz machen.³⁹ Demnach gelten also von 3.481.860 Unternehmen in Deutschland 3.423.181 als sogenannte Kleinst- und Kleinunternehmen. Also 98,315% aller Unternehmen.

Das diese Regelung nicht durchdacht ist, wird schon (wieder) daran deutlich, dass sich dazu nur ein Satz in der Gesetzesbegründung finden lässt *„Die sämtliche Datenschutzverstöße einbeziehende Sondervorschrift in Nummer 2 trägt den Sorgen insbesondere kleiner Unternehmen sowie gemeinnütziger Vereine vor kostenpflichtigen Abmahnungen Rechnung.“*

Wie eben ausgeführt, sind in Deutschland 98,315% aller Unternehmen Kleinunternehmen im Sinne dieser Regelung.

³⁹ Statista - Anzahl der Unternehmen* in Deutschland nach Umsatzgrößenklassen im Jahr 2017, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/239418/umfrage/unternehmen-in-deutschland-nach-umsatzgroessenklassen/>.

Weiter wurde hier bereits ausgeführt, dass die „Sorge“ vor Abmahnungen auf Glauben jedoch nicht auf Evidenz fußt (Ziffer 2.1). Ebenso wurde erläutert, dass eine „kostenpflichtige“ Abmahnung aufgrund der bestehenden Regelungen kein Unternehmen existentiell bedroht (2.2.1). Und schließlich wurde bereits erklärt, dass DSGVO Verstöße keine „Kavaliersdelikte“ darstellen, sondern massive Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen haben können (Ziffer 2.3).

Warum nun der Aufwendungsersatz bei der Abmahnung von Verstößen nach der DSGVO oder dem BDSG durch 98,315% aller Unternehmen in Deutschland ausgeschlossen werden soll, erschließt sich vor diesem Hintergrund in keiner Art und Weise.

Wie ebenfalls bereits ausgeführt, kann ein Unternehmen auch nicht auf die Datenschutzbehörden verwiesen werden, welche an seiner statt die Rechtsverletzung verfolgen. Dies widerspricht dem Effektivitätsgrundsatz.⁴⁰

Da diese Regelung 98,315% aller Unternehmen betrifft, beschneidet sie vielmehr die jeweils rechtmäßig agierenden Unternehmen, denen das effektive Institut der Abmahnung nur noch sehr eingeschränkt und im Hinblick auf den geplanten § 13a UWG-E faktisch gar nicht mehr zur Verfügung steht.

Gerade rechtmäßig agierenden Kleinunternehmen und KMU wird die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung von berechtigten Interessen erheblich erschwert, indem in 98,315% der Fälle nicht nur das Kostenrisiko, sondern definitiv die Aufwendungen dafür alleine tragen müssen. Und das auch in den Fällen, in denen ein Gegenstands- sowie spätere Streitwert in Höhe von 50.000 EUR oder gar 100.000 EUR als angemessen betrachtet werden muss. Noch dazu sitzen die Mitbewerber nicht samt und sonders in einem der 1,695% der Großunternehmen, die nicht unter die Kleinunternehmerregelung fallen.

Gerade, aber nicht nur, in der Digitalbranche bestimmt die DSGVO mit den Anforderungen an Datensicherheit und Datenschutz nicht unerheblich die Anforderungen an Produkte. Ein Mitbewerber, der diese Regelungen nicht beachtet, schafft sich – wie ausgeführt – Wettbewerbsvorteile.

Wie bereits unter 3.3.1 ausgeführt ist es schlicht nicht nachvollziehbar, warum ein rechtmäßig agierendes Unternehmen, die Kosten dafür tragen soll, dass es einen rechtswidrig agierenden Mitbewerber mit den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln zur Raison ruft. Insbesondere erschließt sich dies nicht, da das deutsche Wettbewerbsrecht den Weg der Selbstregulation gewählt hat.

Auch die Behauptung der Bundesregierung, die DSGVO-Verstoß-Ausnahme „schützt insbesondere kleine und mittlere Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung.“ (RegE, S. 32), trägt nicht, denn sie enthält keine Erläuterung wie genau dieser Schutz aussehen soll. Auch wenn ein Unternehmen keinen Aufwendungsersatz zahlen muss, wird es sich mit einer Abmahnung nach dem UWG auseinandersetzen müssen. Und sollte die Abmahnung missbräuchlich sein, was ohnehin nur gemeinsam mit einem Rechtsvertreter zu beurteilen ist, gibt es mit § 8 Abs. 4 UWG bereits nach heutigem Recht die Möglichkeit, die für die Verteidigung aufgewendeten Kosten vom missbräuchlichen Abmahnenden zurückzufordern.

Auch diese Regelungen sollte aus den vorgenannten Gründen nicht in das UWG aufgenommen werden.

⁴⁰ Siehe hierzu ausführlich: Diercks - Die DSGVO entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber den Rechtsbehelfen aus dem UWG – Eine Replik auf den Ansatz von Köhler (WPR, 12/18, S. 1269), Otto Schmidt Verlag, CR 2018, S1 online only, Ziffer IV b).

3.5. Beschränkung der Vertragsstrafen nach § 13a Abs. 2 – 4 UWG-E

Die angedachten Beschränkungen der Vertragsstrafen sind entweder gänzlich verfehlt (Abs. 2), fordern ebenfalls nur weitere Gerichtsverfahren heraus (Abs. 3) oder sind unangebracht protektiv (Abs. 4 und 5).

3.1. Beschränkung der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 2 UWG-E

Diese Regelung ist – in aller Deutlichkeit – absurd.

Zunächst einmal ist daran zu erinnern, dass Abmahnungen nicht ausgesprochen werden können, um „*Vertragsstrafen zu generieren*“. Und erst recht nicht bei der erstmaligen Verpflichtung zur Unterlassung. Denn gerade in diesem Fall wird nur das Vertragsstrafeversprechen für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung abgegeben und keine Verpflichtung zu einer unmittelbaren Zahlung. Siehe hierzu die Ausführungen unter Ziffer 2.2.2.

Wie ebenfalls unter Ziffer 2.2.2 erläutert, ist die Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens zur Erfüllung eines Unterlassungsanspruchs wesentlich.

Sollte § 13a Abs. 2 UWG-E Gesetz werden, so wird die Abmahnung als außergerichtliches Rechtsmittel nur noch eine leere Hülle sein, die, wenn denn § 13 Abs. 4 UWG-E Gesetz werden sollte, im Rahmen von zahlreichen wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen nicht mehr genutzt werden wird.

Das Ergebnis wird vielmehr sein, dass Unternehmen ihre Unterlassungsansprüche in diesen Fällen gegenüber Mitbewerbern unmittelbar gerichtlich werden durchsetzen müssen, da mit einer Abmahnung die sichere Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs nicht mehr möglich ist. Die Belastung der Gerichte wird weiter ansteigen.

Die Umsetzung dieser Regelung ist dringend zu unterlassen.

3.2. Beschränkung der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 3 UWG-E

Die Regelungsziele des Absatz 3 ist verständlich. Allerdings enthält die die Regelungen derart unspezifische und der Auslegung zugängliche Begriffe, dass diese Regelung im Ergebnis wieder nur unzählige Gerichtsverfahren herausfordern wird, in denen zu klären sein wird, was im Ergebnis eine Beeinträchtigung „in nur unerheblichem Maße“ darstellen soll.

Die Umsetzung dieser Regelung ist nicht zu empfehlen.

3.3. Angemessenheit Vertragsstrafe u Anrufung Einigungsstelle n. § 13a Abs. 4 u. 5 UWG-E

Bei den Absätzen 4 und 5 des § 13a UWG-E scheint es so, als habe der Gesetzgeber aus dem Blick verloren, wer von dieser Regelung betroffen ist. Bei erstmaligem Lesen könnte vermutet werden, es handele sich wenigstens auf einer Seite um einen Verbraucher. Dies ist jedoch nicht der Fall. Es handelt sich um eine Änderung im UWG, damit um den gewerblichen Rechtsschutz und in diesem spielen ausschließlich Unternehmen eine Rolle.

Wie unter 3.2.6 erläutert, ist es einem abgemahnten Unternehmen durchaus zumutbar, sich selbst um die Formulierung einer Unterlassungserklärung zu bemühen. Das betrifft im Ergebnis auch die Höhe der Vertragsstrafe. Dabei trägt die Begründung der Bundesregierung auch nicht, die suggeriert, eine unangemessen hohe Vertragsstrafe könne nicht mehr korrigiert werden, wie die Ausführungen unter Ziffer 3.2.5 bereits zeigten.

Wenn die Auffassung geteilt wird, dass der Unternehmer per se vor anderen Unternehmern geschützt werden müssen und per se im Falle der Verhandlung von Vertragsstrafen ein Unter- und Überordnungsverhältnis sieht, dann ist die Zielrichtung des Absatz 4 nachvollziehbar. Allerdings wird auch dieser Absatz in mittelbare Zukunft voraussichtlich für ein Mehr an Gerichtsentscheidungen sorgen, die sich mit der Frage der Angemessenheit von Vertragsstrafen in den unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen Fallgruppen beschäftigen werden.

Aus diesem letztgenannten Grunde ist auch diese Regelung im Ergebnis abzulehnen, da sie keinen greifbaren Mehrwert bietet.

In Absatz 5 wird scheinbar ebenfalls von einem per se vorliegenden Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen abmahnenden und abgemahnten Unternehmen gesehen. Anders ist es nicht zu erklären, warum es nun auch zwischen Unternehmern in den in Absatz 5 genannten nicht mehr der beidseitigen Zustimmung bedarf, ob eine wettbewerbsrechtliche Frage vor einem Gericht oder einer Einigungsstelle der Klärung zugeführt wird. Wenig verständlich ist, warum nun mehr einseitig das abgemahnte Unternehmen mit der Anrufung der Einigungsstelle dem abmahnenden Unternehmen nach S. 2 den Gerichtsweg quasi abschneiden kann.

Absatz 5 bringt ein Ungleichgewicht zwischen den sich dem Grunde nach im Rahmen des Wettbewerbs auf Augenhöhe begegnenden Unternehmern.

4. Zusammenfassung

Zusammengefasst zeigt sich im vorliegenden Gesetzentwurf ([BT-Drucks. 19/12084](#)), dass die Bundesregierung – jedenfalls mit den hier betrachteten Normen – vor allem ein nicht-existentes Problem, nämlich das von Abmahnwellen bei Datenschutzverstößen, lösen möchte. Dabei schlägt die Bundesregierung darüber hinaus Lösungen in Form von Normschärfungen vor, die aus den vorgenannten Gründen nicht dazu geeignet sind – selbst wenn das Problem in dieser Form existieren würde.

In Folge dessen ist eine Umsetzung der hier näher betrachteten Normen § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 8b Abs. 2, § 13 Abs. 4 Nr. 1 und 2 sowie 13a Abs. 2 bis 5 UWG-E nicht zu empfehlen. Von der Umsetzung der §§ 13 Abs. 4 sowie insbesondere § 13a Abs. 2 UWG ist gar dringend abzuraten.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Zum Entwurf der Bundesregierung vom 31. Juli 2019 für ein Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) möchte ich einige grundsätzliche Überlegungen beisteuern:

1. Volkswirtschaftlicher Nutzen von Abmahnungen

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass Abmahnungen grundsätzlich ein volkswirtschaftlich nützliches Instrument darstellen. Sie informieren niedrighschwellig über aufgedeckte Rechtsverstöße und entlasten die Justiz von der Befassung mit Rechtsproblemen, die sich von den Beteiligten auch einvernehmlich beilegen lassen. Gleichzeitig stellen Abmahnungen eine vergleichsweise zugängliche Handhabe dar, um Regeln des Wettbewerbs- und Urheberrechts durchzusetzen und damit insgesamt zu einem Wettbewerb unter fairen und vorhersehbaren Rahmenbedingungen beizutragen.

Im Zuge der fortschreitenden Spezialisierung von Rechtsdienstleistern hat sich auch die Branche derjenigen Akteure, die sich auf das Abmahngeschäft konzentrieren, seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts deutlich professionalisiert. Das führt zu einem Phänomen, das in jüngerer Zeit auch in anderen Bereichen der Durchsetzung geringwertiger Forderungen, namentlich bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung, aufscheint: Die Durchsetzung individueller Rechte wird nicht mehr unbedingt durch einen Störungsimpuls der Betroffenen selbst ausgelöst, sondern von Seiten der im Markt tätigen Rechtsdienstleister aktiv angestoßen und systematisch betrieben.

Berufsrechtliche Schranken und hier insbesondere das Verbot anwaltlicher Werbung wurden in den vergangenen Jahren deutlich gelockert und konnten diese Entwicklung insofern nicht entscheidend aufhalten.

Mit der steigenden Rechtsdurchsetzungsquote tut sich freilich jüngst auch die Frage auf, ob es ein Übermaß an Rechtsdurchsetzung geben kann, das möglicherweise dort wieder eingefangen werden sollte, wo die Betroffenen selbst kein gewichtiges Interesse an der Rechtsdurchsetzung haben. Weil es nun schwierig ist, sich bei den Betroffenen selbst der Ernsthaftigkeit ihres Anliegen zu vergewissern, konzentrieren sich die regulatorischen Überlegungen auf die Frage, welche professionellen Akteure das Abmahngeschäft womöglich in überzogenem Maße betreiben. Auch das aber ist ein heikles Unterfangen: Denn eine Teilung derjenigen, die das Abmahngeschäft betreiben, in seriöse und unseriöse Akteure muss zwingend an begründeten Kriterien für eine solche Unterscheidung anknüpfen. Wie sich sogleich zeigen wird, erweist sich die Definition solcher Kriterien als außerordentlich schwierig.

2. Kriterien für Seriosität in der Abmahnbranche

Als Seriositätsindizien für die Tätigkeit freiberuflich oder gewerblich tätiger Abmahner kommen mehrere Kriterien in Betracht.

a) Ausschluss rein formaler Rechtspositionen

An mehreren Stellen im hier diskutierten Regierungsentwurf kommt – wie schon bei der Neufassung des Urheberrechtsgesetzes 2013 – die Einschätzung zum Ausdruck, Abmahnungen seien dort verzichtbar, wo es um rein formale Rechtsverstöße oder um sonstige Bagatellen ohne merkliche Wettbewerbsverzerrung geht (BT-Drucks. 17/13057, S. 10 f., BT Drucks. 19/12084, S. 1, 33). Als Beispiel für solche Bagatellsachen werden häufig Impressumspflichten genannt, teilweise aber auch die Datenschutzvorschriften der europäischen Datenschutz-Grundverordnung.

In dieser Bewertung kommt eine Geringschätzung formaler Rechte und Pflichten zum Ausdruck, die in auffallendem Widerspruch zum Erlass bzw. zur Aufrechterhaltung dieser nach wie vor immerhin geltenden Regeln steht. Marktverhaltensregeln werden durch § 3a UWG aufgrund einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Abwehransprüche gemacht. Bagatellen sind schon mit Blick auf den Wortlaut und die

Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift nur dann nicht UWG-relevant, wenn sie Interessen von Marktakteuren nicht spürbar beeinträchtigen. Selbst wenn die Spürbarkeit einer Interessenbeeinträchtigung erst aus der Kumulation vieler für sich nur minimal nachteiliger Effekte rührt, ist eine Korrektur von Rechtsbruch doch gesellschaftlich wünschenswert und mit Blick auf gleiche Wettbewerbsbedingungen sinnvoll.

Für den Fall, dass der Gesetzgeber dies in bestimmten Fällen anders beurteilt, empfiehlt sich vor allen anderen Maßnahmen eine Überprüfung des geltenden materiellen Rechts. Denn wo der Gesetzgeber einen Rechtsbruch für nicht korrekturbedürftig hält, deutet vieles darauf hin, dass die geltenden Vorschriften zu streng gefasst sind. Auch dort, wo das Mitgefühl des Gesetzgebers nicht auf dem überflüssigen Inhalt einer Vorschrift, sondern – wie offenbar im Bereich von Datenschutzbestimmungen – auf der Tatsache gründet, dass den Betroffenen infolge von Rechtsunsicherheit trotz gutem Willen die Rechtsbefolgung kaum gelingt, braucht es vorrangig eine Vereinfachung und Konkretisierung des materiellen Rechts.

Fängt man Unklarheiten des materiellen Rechts demgegenüber erst prozessual ein, unterläuft man die Wertentscheidungen des materiellen Gesetzgebers und schafft unnötige Rechtsunsicherheit auf Seiten der Betroffenen. Das zeigt sich etwa an § 8b UWG-E, dessen offener Tatbestand auch seriöse Abmahndienstleister tendenziell von der Rechtsdurchsetzung abschrecken und gleichzeitig Rechtsadressaten ermutigen würde, nicht zu viele Ressourcen in die Rechtsbefolgung zu investieren. Auch § 13 Abs. 4 UWG-E, der die Kostenerstattung zugunsten einer berechtigten Abmahnerin für bestimmte Rechtsverstöße ausschließt, setzt den unvorteilhaften Anreiz für die Rechtsadressaten, Datenschutzpflichten sowie Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Rechtsverkehr und den Telemedien kalkuliert zu vernachlässigen. Insgesamt empfiehlt sich nicht, vermeintliche Bagatellsachen aus dem Kreis abmahnfähiger Rechtsverstöße auszunehmen.

b) Ausschluss gewinnorientierter Akteure

Ebenso heikel wie der Ausschluss vermeintlicher Bagatellen erscheint die Anknüpfung des Verdikts mangelnder Seriosität an Profitinteressen der verfahrensführenden Akteure. Der hier diskutierte Gesetzentwurf bezeichnet es als einen nicht hinnehmbaren Missstand, dass Abmahnungen teilweise primär zur Erzielung von Gebühren und Vertragsstrafen ausgesprochen werden. Primär profitorientierte Verbände will er über § 8a Abs. 2 Nr. 3 lit. b) UWG-E daher gar nicht erst zum Betrieb des Abmahngeschäfts zulassen.

Diese Geringschätzung gewinnorientierter Unternehmen erscheint wenig zielführend. Zum einen ist mit der Anwaltschaft der Hauptakteur im Bereich des Abmahnwesens ohnehin primär profitmotiviert, so dass höhere Anforderungen an abmahnberechtigte Wirtschaftsverbände womöglich inkohärent, jedenfalls aber begründungsbedürftig sind. Zum anderen zeigt die Erfahrung mit einigen der lang etablierten Verbände, dass eine Minderung der Profitmotivation eher zu einer Schwächung denn zu einer Stärkung der Rechtsdurchsetzungsanreize führt.

Schließlich sollte auch nicht außer Acht bleiben, dass die Anreize zur Geltendmachung überzogener Forderungen bei rational handelnden Akteuren auch ohne eine gesetzliche Nachsteuerung nach Machart des § 8b Abs. 2 Nr. 3-5 UWG-E sehr begrenzt sind. Denn überzogene Forderungen ziehen im Zweifel kostspielige Prozessteilverluste nach sich. Sie sind daher jedenfalls unter Geltung gesetzlicher Kostenerstattungsansprüche der obsiegenden Partei (vgl. § 97a Abs. 4 UrhG und den zustimmungswürdigen § 13 Abs. 3 UWG-E) die Ausnahme und nicht die Regel. Die nicht näher begründete Annahme des hier erörterten Regierungsentwurfs, in jüngerer Zeit mehrten sich die Anzeichen für missbräuchliches Abmahnverhalten, erscheint angesichts dessen wenig belastbar. Die in BT-Drucks. 19/12084 auf S. 24 genannte Quote von 10% missbräuchlichen Abmahnungen dürfte die Justiz jedenfalls nicht überfordern.

c) Schwächerenschutz

Bei alledem ist freilich zu beachten, dass die Parteien in wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen nicht immer rational handeln. Gerade zwischen hochprofessionellen Abmahndienstleistern auf der einen und wenig versierten Kleinunternehmen auf der anderen Seite existiert regelmäßig ein ganz erhebliches Verhandlungsmachtgefälle. Die Adressaten von Abmahnungen sehen sich dabei häufig mit extrem kurzfristig vorgetragenen Ansprüchen auf Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung konfrontiert. Ohne zureichenden rechtlichen Rat lassen sich viele Abmahnadressaten in dieser Situation auf unnötig weit gefasste Unterlassungsverpflichtungen und unangemessen hoch angesetzte Vertragsstrafen ein. Es handelt sich dabei im Kern nicht um ein Problem unseriöser Vertreter der Rechteinhaber, sondern um ein Informationsdefizit, das einen Schutzbedarf auf Seiten der Abmahnadressaten auslöst. Erforderlich ist daher keine Schwächung professioneller Abmahner, sondern eine Stärkung der verbraucherähnlich unterlegenen Abgemahnten (ähnlich BT-Drucks. 19/6438, S. 10).

Sinnvoll erscheinen zunächst Transparenzregeln, wie sie seit 2013 in § 97a UrhG zu finden sind und nunmehr durch § 13 Abs. 2 UWG-E überzeugenderweise ergänzt werden sollen. Auch die Koppelung des Aufwendungsersatzanspruchs des Abmahnenden an die Erfüllung dieser

Transparenzvorschriften durch § 13 Abs. 3 UWG-E überzeugt. Erwägenswert wäre zudem, den Aufwendungsanspruch, wenn nicht sogar die Wirksamkeit von Unterlassungsverpflichtung und Vertragsstrafeversprechen an die Angemessenheit einer etwaigen Reaktionsfrist zu knüpfen. Auch die Einführung einer nachträglichen Inhaltskontrolle über § 13a Abs. 4 UWG-E hinaus sollte der Gesetzgeber erwägen, vgl. den Vorschlag in BT-Drucks. 19/6438, S. 7 f.

Schließlich sollte der Gesetzgeber auch beobachten, inwieweit die erörterten Machtasymmetrien mittelfristig zurückgehen – etwa durch das Aufkommen von Legal-Tech-Dienstleistern, die sich auf Datenschutz-Compliance oder auf die aufwandsarme Abwehr von Abmahnungen spezialisieren. Es deutet sich aktuell bereits an, dass es in absehbarer Zeit auch für Existenzgründer und Kleinunternehmen bezahlbare Lösungen geben wird, die ihnen ermöglichen, auch komplizierte Rechtspflichten ohne großen Aufwand zu erfüllen. Die dabei bestehende Haftung des Rechtsdienstleisters könnte einen Schwächerenschutz im UWG entbehrlich machen.

3. Fliegender Gerichtsstand

Schließlich noch eine Überlegung jenseits der Abmahnthematik: Die vom Regierungsentwurf vorgesehene Einschränkung des Fliegenden Gerichtsstands zum Schutz der abgemahnten Akteure erscheint zumindest mit Blick auf Kleinunternehmen sinnvoll. Gleichzeitig sei ergänzt, dass ein Gerichtsstand am Ort des Abmahnungsadressaten nicht nur dem Abmahnenden rechtsferne Klageanreize nimmt, sondern auf Seiten des Abgemahnten zugleich unvorteilhafte Rechtsbruchanreize schafft. Gerade im Bereich der vom Regierungsentwurf besonders in den Blick genommenen Sachverhalte mit starkem Internetbezug erscheint mittelfristig die Einführung eines Online-Gerichtsstands erwägenswert, weil dies unsachgemäße Verhaltensanreize auf beiden Seiten minimieren würde.

4. Fazit

Die dem Regierungsentwurf augenscheinlich zugrunde liegende Annahme, das Abmahnwesen in Deutschland laufe gegenwärtig aus dem Ruder, erweist sich insgesamt als wenig belastbar. Der vom Regierungsentwurf vorgesehene punktuelle Schwächerenschutz erscheint demgegenüber sinnvoll. Gleichzeitig bleibt bisher noch unklar, ob die vorgesehenen Maßnahmen tatsächlich effektiven Schutz für weniger versierte Marktteilnehmer gewähren werden.

Martin Fries ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München. <https://twitter.com/mrtnfri>, <https://www.youtube.com/jurapodcast/>.

Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

(BT-Drucks. 19/12084)

von Dr. Martin Jaschinski

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

JBB Rechtsanwälte, Berlin

I. Vorbemerkung

Es gibt in Deutschland ein System zur Bekämpfung von unlauteren Geschäftspraktiken, das sich über Jahrzehnte hinweg bewährt hat. Wettbewerber und Verbände haben die Gelegenheit, gegen unlautere Praktiken vorzugehen, d.h., diese abzumahnern und gerichtlich Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Dieses Kontroll- und Sanktionssystem dient, wie es auch in § 1 UWG als Gesetzeszweck beschrieben wird, dem Schutz der Mitbewerber und Verbraucher/innen.

Das deutsche System unterscheidet sich von dem System anderer Länder, in denen die Marktkontrolle staatlichen Behörden überlassen ist. Eine derartige behördliche Kontrolle gibt es in Deutschland nur in Randbereichen (etwa im Bereich der Telefonwerbung). Bei einem Vergleich der Systeme spricht vieles für das deutsche System, das meist als schneller, flexibler und damit auch effizienter angesehen wird.

Eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme beginnt im Regelfall mit einer Abmahnung. Diese führt in vielen Fällen zur Abgabe einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung. In vielen Fällen, aus unserer Sicht sogar der Mehrzahl der Fälle, geben abgemahnte Unternehmen aber keine Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ab, sondern nehmen bewusst eine gerichtliche Inanspruchnahme in Kauf. Das kann verschiedene Gründe haben, eine Hoffnung auf ein Fallenlassen des Anspruchs, eine Hoffnung auf Fehler der Gegenseite oder des Gerichts, und, ganz wichtig, die Hoffnung auf einen möglichen Zeitgewinn. Gerade die Zeitkomponente spielt häufig eine ganz entscheidende Rolle: Nur wenn eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme schnell funktioniert, ist sie auch effektiv, da ansonsten ein wettbewerbswidriges Verhalten auch bewusst lange fortgesetzt werden kann.

Wegen dieser Bedeutung der Zeitkomponente spielen auch Eilverfahren in wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen eine besondere Rolle. Die absolute Mehrzahl der Verfahren beginnt im Eilverfahren. Häufig führt das Eilverfahren im Ergebnis dann auch zur Beendigung des Streits, entweder durch Abgabe einer Abschlusserklärung oder durch Aufgabe des Anspruchs.

Dieses bewährte System wird auch grenzüberschreitend sehr geschätzt. Gerade das Wettbewerbsrecht hat in der Vergangenheit häufig federführend dazu beige-

tragen, dass insbesondere auch Verbraucherschutzwidrige Praktiken verhältnismäßig schnell beendet werden könnten. Sollte dieses System gestört werden, hätte das im Ergebnis einen sehr negativen Einfluss auf den Verbraucherschutz und den fairen Wettbewerb.

Dieser Umstand wird auch in der Gesetzesbegründung, aber auch in den Stellungnahmen der anderen Parteien, im Grundsatz nicht bezweifelt.

Allerdings geht die Bundesregierung davon aus, dass das System zum Teil einzelne Akteure rechtsmissbräuchlich ausgenutzt wird. Einen solchen Rechtsmissbrauch sieht die Bundesregierung dann, wenn Abmahnungen nur zur Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen ausgesprochen werden. Die Bundesregierung geht offensichtlich insbesondere dann von einem Rechtsmissbrauch aus, wenn nur „formale Rechtsverstöße“ abgemahnt werden.

Dieser Abmahnmissbrauch soll weiter eingeschränkt werden, allerdings soll das geschehen, „ohne die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern“.

Damit ist in dem Entwurf eine klare und auch in der Sache zu begrüßende Zielrichtung vorgegeben:

- Beibehaltung des bisherigen wettbewerbsrechtlichen Systems, das von seriösen Akteuren betrieben wird.
- Bekämpfung des Abmahnwesens von unseriösen Akteuren.

Ein großes Problem ist bei dieser Zielvorgabe die Abgrenzung von seriös und unseriös agierenden Akteuren.

Die Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs bei einem Rechtsverstoß ist zunächst erst einmal erwünscht und Grundvoraussetzung für das gesamte System. Das gilt zunächst für jeden wettbewerbsrechtlichen Anspruch, also auch ein Anspruch, der eine nur „formale“ Vorschrift betrifft. Gerade ein Impressumverstoß wirkt das auf den ersten Blick oft wie eine Lappalie. Wenn allerdings bewusst wird, dass gerade die besonders schwarzen Schafe gerne ohne oder mit falschem Impressum agieren, um eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme zu erschweren, ist die Rechtslage anders zu bewerten. Auch viele Informationspflichten, die von Unternehmen als unwichtig angesehen werden, beruhen häufig auf europäischen Vorgaben und werden vom Gesetzgeber als

wichtige Regelungen angesehen. Es kann dann aber nicht per se als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, wenn ein Marktteilnehmer, der selbst die Vorgaben beachtet, mit Hilfe von wettbewerbsrechtlichen Verfahren Verstöße gegen diese formalen Vorschriften durchzusetzen versucht.

Die Grenze zum Rechtsmissbrauch ist aber dann unstreitig überschritten, wenn es bei einer Inanspruchnahme gar nicht mehr um die Sache, sondern nur noch um die Gebührenerzielung (der beteiligten Anwälte, Verbände etc.) geht. In einem derartigen Fall verliert das System seine innere Rechtfertigung, da dann wettbewerbsrechtliche Verfahren zur Gebührenerzielung zweckentfremdet werden.

Bereits nach der bisherigen Rechtslage ist ein derartiges Verhalten unzulässig und führt zum Verlust des Anspruchs. Allerdings ist häufig nicht leicht erkennbar, ob eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme ausschließlich zur Gewinnerzielung erfolgt oder doch zumindest auch maßgeblich anerkannte Interessen verfolgt werden, da die Motive eines Abmahners häufig nicht leicht zu erkennen sind. Deswegen ist das Ziel des Gesetzes, das Vorgehen von unseriösen Marktteilnehmer zu erschweren, gut nachvollziehbar. Auch mehrere der geplanten Normen dienen ersichtlich diesem Ziel und sind geeignet, um möglicherweise das Abmahnunwesen effektiv zu bekämpfen.

Einige der geplanten Normen gehen aber in ihren Auswirkungen zu weit, da sie auch Marktteilnehmer treffen, die – nach den bisherigen Maßstäben – seriös agieren. Wenn für diese Marktteilnehmer das Vorgehen erschwert oder mit unkalkulierbaren Risiken behaftet würde, hätte das zur Folge, dass das wettbewerbsrechtliche Vorgehen insgesamt zurückgehen würde, also das bisherige erfolgreiche und effiziente System gestört würde. Im Ergebnis würden damit sowohl der Verbraucherschutz als auch rechtskonform agierende Unternehmen geschwächt.

Der Anteil an rechtsmissbräuchlichem Vorgehen dürfte im Verhältnis zum erwünschten Vorgehen nur sehr gering sein, m.E. allenfalls im einstelligen Prozentbereich. Dabei dürfte diese Einschätzung nicht mit dem Empfinden der angegriffenen Unternehmen übereinstimmen. Viele Unternehmen sehen nahezu jeden wettbewerbsrechtlichen Angriff als störend und im Kern rechtsmissbräuchlich an, da sie sich mit Problemen auseinandersetzen müssen, die sie lieber nicht hätten. Aber dieser Störeffekt ist nun einmal die logische und auch gewollte Folge des wettbewerbsrechtlichen Systems. Erst dann, wenn der angreifende Akteur nur

noch aus Gebührenerzielungsinteresse tätig wird, ist letztlich die Grenze des Rechtsmissbrauchs überschritten (wobei es natürlich auch andere Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs gibt, auf die der Gesetzesentwurf nicht eingeht). Die Anzahl der rein aus Gewinninteresse ausgesprochenen Abmahnungen sind nach meiner Einschätzung deutlich seltener. Deswegen sollte sehr genau überlegt werden, ob zur Einschränkung dieser verhältnismäßig geringen Anzahl von Inanspruchnahmen auch eine Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten in der absoluten Mehrzahl der Fälle hingenommen wird.

II. Bewertung der gesetzlichen Regelungen

1. § 8 UWG-E

Die Änderungen in § 8 Abs. 3 und 4 sind m.E. grundsätzlich geeignet, um missbräuchliche Abmahnungen einzuschränken.

Insbesondere die Beschränkung der Antragsbefugnis auf Mitbewerber, die Waren „in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich“ vertreiben oder nachfragen, dürfte grundsätzlich sinnvoll sein, da in der Praxis häufig sehr kleine oder Pro-forma-Unternehmen rechtsmissbräuchliche Abmahnungen aussprechen lassen.

Bei dem Gesetzeszweck nicht ganz systemgerecht erscheint mit Abs. 3 Nr. 2, da durch diese Norm im Vergleich zur bisherigen Rechtslage die Antragsbefugnis sogar ausgeweitet wird, da das beschränkende Merkmal, dass „dem Verband eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ vertreiben, wegfällt, sodass die anerkannten Verbände viel weitgehender abmahnen können.

2. § 8 a UWG-E

a) Abs. 2 UWG-E:

Nr. 1 Die Einführung des Erfordernisses von 75 Mitgliedern ist eine hohe Hürde. Die Tätigkeit von Fachverbänden und kleineren Verbänden wird erschwert. Letztlich bleiben dann nur die Platzhirsche wie die Wettbewerbszentrale übrig. Neugründungen werden faktisch unmöglich gemacht.

Der Vorteil dieser Regelung ist, dass es eine geringere Gefahr eines Vorgehens von missbräuchlicher kleiner Verbände gibt.

Allerdings ist der Preis dieser hohen Hürde, dass es auch weniger potentielle Angreifer bei grob wettbewerbswidrigen Zuständen geben wird.

Nr. 2 Diese Regelung dürfte m.E. zur Erreichung der beiden Gesetzeszwecke gut beitragen können.

Nr. 3 b: Ein Verband ohne staatliche Förderung ist nahezu immer darauf angewiesen, seine Ansprüche auch zur Einnahmenerzielung geltend zu machen. Es ist unklar, wann dieses Interesse „vorwiegend“ ist. Im Ergebnis wird diese Norm voraussichtlich aber in der Praxis leerlaufen, da der Nachweis zur Motivation des Verbandes meistens nicht gebracht werden kann.

Nr. 4 Diese Norm klingt zunächst sinnvoll. Da ich aber nicht wüsste, wann die Schwelle für eine „unangemessen hohe Vergütung“ eines Mitarbeiters überschritten ist, dürfte das auch für einen Verband nicht zu klären sein. Deswegen wäre es wichtig, hier noch Anhaltspunkte zu nennen. Es kann nicht der Sinn sein, dass Verbände ihre Mitarbeiter in Zukunft nicht mehr angemessen bezahlen dürfen, um ihre Klagebefugnis nicht zu verlieren, da dann die Qualität der Verbandstätigkeit deutlich abnehmen würde.

b) Abs. 3

Mir ist nicht klar, was die Einführung der Berichtspflichten neu bringen sollen. Die bloße Angabe der Zahlen der Abmahnungen, eV-Anträge und Klagen ist nichtsagend. Auch ist die Angabe der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafen ohne jede Relevanz (§ 4 b Abs. 1 Nr. 2). Hier werden bürokratische Hürden aufgebaut, die eine nähere Prüfung, ob Rechtsmissbrauch vorliegt, gar nicht ermöglichen. Besser wäre es, einen umfangreichen Auskunftsanspruch des Bundesamts für Justiz oder von Gerichten einzuführen, der beim Verdacht von Missbrauch bestehen würde.

3. § 8 b Abs. 2 UWG-E:

Nr. 1: Diese Norm entspricht weitgehend den bisherigen § 8 Abs. 4 UWG und ist mit den Gesetzeszwecken gut vereinbar.

Nr. 2: Auch diese Norm ist bei Berücksichtigung der Gesetzeszwecke sinnvoll. Die Norm nimmt die ständige Rechtsprechung auf, bringt also keine relevante Verände-

rung. In der Praxis gibt es in diesem Zusammenhang meist ein Problem des Nachweises. Deswegen sollte m.E. möglichst eine sekundäre Darlegungslast des Angreifers eingeführt werden.

Denkbar wäre etwa die Einführung folgende Sätze 2 und 3:

Ist zwischen den Parteien in einem gerichtlichen Verfahren streitig, ob die Voraussetzungen von Satz 1 erfüllt sind, hat der angreifende Mitbewerber die Anzahl von Abmahnungen und gerichtlichen Verfahren wegen Verstößen gegen die Rechtsvorschrift, bei Gerichtsverfahren auch die angerufenen Gerichte und die gerichtlichen Aktenzeichen, aus den letzten zwölf Monaten darzulegen, da ansonsten ein Missverhältnis vermutet wird. Das gilt allerdings dann nicht, wenn der angreifende Mitbewerber glaubhaft macht, dass er größer als ein Kleinunternehmen nach Artikel 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (K(2003) 1422, Amtsblatt Nr. L 124 vom 20.05.2003, S. 0036-0041) ist.

Damit würden kleinere Massenabmahner empfindlich getroffen werden, da sie dann zu Transparenz gezwungen würden. Der einschränkende Satz 3 muss allerdings enthalten sein, da ansonsten größere Unternehmen, die in eine Vielzahl von nicht missbräuchlichen Streitigkeiten verwickelt sind, immer eine lange Prozessliste beifügen müssten, aus denen sich zum Teil auch geheime Strategien ergeben. Auch Kleinunternehmen (10 bis 50 Mitarbeiter) werden erfahrungsgemäß Abmahnungen kaum zur Gewinnerzielung aussprechen, sollten also auch ausgenommen werden.

Nr. 3: Diese Norm ist **sehr problematisch**, da Streitwerte von Gerichten sehr unterschiedlich festgelegt werden. Es gibt keinen „Streitwertkatalog“, sondern entscheidend ist das Unterlassungsinteresse des Angreifers. Und ob das mit 10.000 EUR oder 50.000,00 EUR bewertet wird, ist häufig eine Entscheidung des Richters, wobei es hier wenig verbindliche Entscheidungsparameter gibt. Ich selbst habe in vielen Fällen erlebt, dass in identischen Fall die Streitwertfestsetzungen um bis zu 500 % (!) zwischen den Gerichten abwichen, zum Teil sogar zwischen einzelnen Kammern oder Senaten desselben Gerichts.

Es droht also bei Angriffen großer Wettbewerber gegen grobe Wettbewerbsverstöße immer der Rechtsmissbrauchsvorwurf, dass der Streitwert in der Abmahnung zu hoch angesetzt wurde. Das erhöht das Verfahrensrisiko enorm, sodass eine Verfolgung in allen Fällen seltener würde.

Wenn dann von abmahnenden Unternehmen aus Angst vor unberechenbaren Streitwertentscheidungen der Gerichte immer nur niedrige Streitwerte angegeben werden, hat dies einen vierfachen negativen Effekt:

Zum einen wird hierdurch der Rechtsverletzer begünstigt, denn die von ihm zu erstattenden Kosten sind nach ständiger Rechtsprechung der Höhe nach durch die gesetzlich vorgesehenen Gebühren (insbesondere Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) begrenzt. Für denselben Wettbewerbsverstoß muss der Verletzer daher in Zukunft nur geringere Kosten tragen; das ist für sich genommen schon nicht sachgerecht.

Zum anderen können die geringeren Kosten auch einen Anreiz für den Rechtsverletzer darstellen, sich im Zweifel für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu entscheiden, anstatt das Risiko eine Abmahnung zu vermeiden, denn die damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen sind dann weniger gravierend, als dies bislang der Fall ist.

Niedrige Streitwerte werden auch dazu führen, dass die Kosten einer Abmahnung deutlich häufiger als bislang nicht mehr voll umfänglich von der Gegenseite getragen werden. Denn die beauftragten Anwälte der abmahnenden Unternehmen werden gegenüber ihren Mandanten dann nur nach Stunden (und nicht nach RVG) abrechnen. Wenn der Streitwert aber zu niedrig ist, wird das abmahnende Unternehmen auch beim besten Verlauf nur einen Teil der Abmahn- und der späteren Verfahrenskosten von der Gegenseite erstattet bekommen. Dadurch werden wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten auch bei groben Verstößen für den Abmahnenden mit Zusatzkosten verbunden sein, anstatt sich wie bisher vielfach als kostenneutral darzustellen.

Schließlich wird sich diese zusätzliche Kostenlast abschreckend auf die abmahnenden Unternehmen auswirken. . Insbesondere kleinere Unternehmen werden dann von einer Geltendmachung von Ansprüchen absehen, auch wenn sich diese gegen grob wettbewerbswidrige Verhaltensweisen richten. Das gilt besonders

deswegen, weil sich das Problem nach der Abmahnung im Gerichtsverfahren fortsetzt, da dann die Streitwerte nicht mehr erhöht werden. Effektiv werden dann weniger und nicht mehr Wettbewerbsverstöße verfolgt werden.

Deswegen wäre aus meiner Sicht eine Streichung der Norm sinnvoll. Sollte eine derartige Norm im Ansatz beibehalten werden, wäre es m.E. sinnvoll, die problematischen Fälle bei der Streitwertangabe besser zu definieren. Massenabmahner geben in der Abmahnung zum Teil höhere Streitwerte an als bei dem folgenden gerichtlichen Verfahren (weil dann nach dem höheren Streitwert Gerichtskosten gezahlt werden müssten). Zum Teil mahnen Massenabmahner auch häufig nur ab und lassen auch nach Verweigerung einer Unterlassungserklärung keine gerichtlichen Schritte folgen, weil dies risikobelastet ist.

Vielleicht könnte man, um diese Fälle zu erfassen, diese Norm deswegen wie folgt einschränken/erweitern:

3. *ein Mitbewerber den Gegenstandswert für eine Abmahnung unangemessen hoch ansetzt, d.h. ohne sachlichen Grund in einem folgenden gerichtlichen Verfahren oder in anderen vergleichbaren gerichtlichen Verfahren deutlich niedrigere Gegenstandswerte zugrunde legt, oder wenn ein Mitbewerber vergleichbare Verstöße in der Vergangenheit häufig abgemahnt hat, ohne die zugrundeliegenden Ansprüche danach ohne sachlichen Grund weiter gerichtlich zu verfolgen.*

Nr. 4: Auch diese Norm ist problematisch. Welche Vertragsstrafe überhöht ist, dürfte schwer zu beurteilen sein, zumal in § 13 a intransparente und nicht gut verständliche Kriterien genannt werden. Allerdings wird diese Norm keine großen Auswirkungen haben, weil in Reaktion auf diese Norm im Regelfall nur noch eine Vertragsstrafe nach Hamburger Brauch, d.h. eine unbestimmte Vertragsstrafe, gefordert werden wird. Das gilt insbesondere für Massenabmahner, die sich problemlos umstellen können. Deswegen wird hier eigentlich nur eine Stolperfalle für unerfahrene Anwälte eingebaut, aber kein Schutz vor Massenabmahnern.

Einen besseren und wohl auch alleine ausreichenden Schutz vor überhöhten Vertragsstrafen bieten die geplanten § 13 a Abs. 3 und 4, also Vorschriften, die bei der Geltendmachung von Ansprüchen greifen.

4. § 8 b Abs. 3 UWG-E

Diese Norm ist wegen der Unschärfen in § 8 b Abs. 2 Nr. 3 und 4 problematisch. So gibt es ein großes Risiko, dass bei Angabe eines zu hohen Streitwerts oder einer zu hohen Vertragsstrafe die Abmahnung einerseits unzulässig ist (Abs. 1) und der Gegner die Kosten der Gegenabmahnung erstattet bekommt (Abs. 3), und das auch dann, wenn es um die Abmahnung wegen eines ganz groben Wettbewerbsverstoßes geht.

5. § 13 UWG-E

- a) Abs. 1 bis 3 sind m.E. zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks gut geeignet.
- b) Abs. 4 wäre eine mögliche Vorgehensweise zur Erreichung des Gesetzeszwecks, wenn feststehen sollte, dass die meisten rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen tatsächlich in diesem Bereich begangen werden.

Die Beschränkung sollte auch für Anspruchsberechtigte nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 gelten, da die meisten Abmahnungen in diesem Bereich von eher zweifelhaften Verbänden kommen.

Inhaltlich ist Abs. 4 Nummer 1 insofern zu weit, weil auch Verstöße gegen § 5a UWG erfasst werden dürften, bei denen es sich um keine Bagatelldelikte handelt (wenn z.B. wesentliche Umstände eines Kaufs verschwiegen werden). Deswegen könnte man Verstöße gegen § 5 a UWG ausklammern, z.B. durch den Zusatz hinter Kennzeichnungspflichten („mit Ausnahme von Verstößen gegen § 5 a Abs. 2 und 3 UWG“). Zudem sollten auch Informationspflichten, die als politisch besonders wichtig angesehen werden, etwa gesundheits- und umweltbezogenen Informationspflichten, aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen werden.

Ansonsten dürfte diese Norm Massenabmahner treffen.

- c) Auch Nr. 2 ist eine sinnvolle Variante, wenn Massenabmahnungen im Datenschutzrecht entgegengewirkt werden soll. Allerdings sollte durch die Formulierung nicht die Streitfrage, ob es bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche

Bestimmungen überhaupt wettbewerbsrechtliche Ansprüche gibt, beantwortet werden. Deswegen wäre folgender Zusatz sinnvoll:

„Ob bei derartigen Verstößen überhaupt ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch oder ein Aufwendungsersatzanspruch besteht, wird von der vorgenannten Bestimmung nicht, auch nicht indiziell, geregelt oder vorausgesetzt.“

- d) Abs. 5 wird wohl in erster Linie unerfahrene Anwälte treffen, nicht aber Massenabmahner, da sich letztere gut auf solche formalen Vorschriften einstellen können. Insgesamt halte ich es für problematisch, wenn auch bei einer berechtigten Abmahnung nach grobem Rechtsverstoß die Kosten für ein Abwehrensreiben erstattet werden, nur, weil es einen formalen Fehler in der Abmahnung gab, auch wenn es anschließend dann zu einem gerichtlichen Verbot kommt.

Abs. 5 ist auch insofern bedenklich, weil er auch bei unberechtigten Abmahnungen von Verbänden greift. Verbände erhalten aber nur ein Bruchteil der Abmahnkosten, die für eine Verteidigung gegen eine Verbandsabmahnung anfällt. Sollte eine Verbandsabmahnung also beispielsweise zu 1/5 unbegründet sein, könnte das abgemahnte Unternehmen bei einem einigermaßen hohen Streitwert mehr Rechtsverteidigungskosten vom Verband verlangen als der Verband vom Unternehmen. Dadurch würde die Waffengleichheit nicht gewahrt.

Den Vorschlag des Bundesrats, einen neuen Absatz 6 einzuführen, durch den bei Einberufung der Einigungsstellen ein Klage- oder eV-Verfahren unzulässig wird, ist nicht zielführend. Denn dann würde nach einer Abmahnung ein unseriöses Unternehmen zwangsläufig die Einigungsstelle anrufen und dann das effektivste Mittel der Rechtsdurchsetzung, das Eilverfahren, unmöglich gemacht werden. Zudem haben bisherige Erfahrungen mit den Einigungsstellen gezeigt, dass diese gerade von unseriösen Unternehmen nicht ernst genommen werden, was sich beispielsweise dadurch zeigt, dass Ladungen zu Terminen nicht wahrgenommen werden. Das kann ich aus eigener Anschauung beurteilen, da ein Partner unserer Kanzlei Mitglied einer solchen Einigungsstelle ist. Das Verfahren vor der Einigungsstelle würde also gerade unseriöse Unternehmen begünstigen und einer effektiven Rechtsdurchsetzung im Wege stehen.

6. § 13 a UWG-E

a) Abs. 1

Ich würde diese Norm auf die Geltendmachung von Vertragsstrafen begrenzen. Der Inhalt der von Ziff. 1 und 2 ist für mich nicht richtig verständlich, schon gar nicht, da diese Norm eigentlich nur die Geltendmachung von Vertragsstrafen nach einem Verstoß betreffen kann, aber auch schon für die Forderung in der Abmahnung gelten soll.

b) Abs. 2

Diese Norm passt nicht in das System. Wenn beispielsweise ein Kleinunternehmen (bis 50 Mitarbeiter) wegen eines groben Datenschutzverstoßes abgemahnt wird, muss eigentlich nach der bisherigen Dogmatik eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abgegeben werden, damit die Wiederholungsgefahr wegfällt. Nach Abs. 2 darf aber eine solche Erklärung gar nicht gefordert werden. Was soll dann in einer Abmahnung verlangt werden? Und wie kann, was sonst aus Sicht des Abmahnenden der Hauptzweck der Abmahnung ist, das Risiko eines sofortigen Anerkenntnisses beseitigt werden?

c) Abs. 3 und 4

Diese Vorschriften sind gute Maßnahmen, um den Gesetzeszweck zu erreichen.

d) Abs. 5

Diese Vorschrift ist hingegen nicht sinnvoll: Das Verfahren vor den Einigungsstellen verläuft häufig recht langsam und wird gerade von unseriösen Anbietern nicht ernst genommen. Das bedeutet, dass es immer zu deutlichen Verzögerungen kommt, wenn Unterlassungserklärungen nach Hamburger Brauch abgegeben werden und es zu Verstößen kommt. Das dient dem Unternehmen, das Rechtsverletzungen begeht. Bei groben Verstößen kann das nicht gewollt sein.

7. § 14 UWG-E

Die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands ist m.E. nicht sinnvoll.

Sie hat zunächst mit dem eigentlichen Ziel, das Abmahnunwesen bei Bagatelldelikten einzuschränken, nichts zu tun. Denn diese Regelung betrifft alle wettbewerbsrechtlichen Verfahren.

Nach der Gesetzesbegründung soll durch die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands auch nicht der ansonsten verfolgte Gesetzeszweck unterstützt werden. Vielmehr geht es um die Herstellung einer Waffengleichheit zwischen den Parteien eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens, die ausweislich der Gesetzesbegründung gefährdet sein soll. Es geht hier also um einen Eingriff in das allgemeine System der wettbewerbsrechtlichen Geltendmachung von Ansprüchen. Die damit verbundene Störung des Systems (und damit auch die Verschlechterung eines Vorgehens bei verbraucherschutzrechtswidrigen Praktiken), wird in Kauf genommen.

Allerdings ist im Wettbewerbsrecht eine Waffengleichheit nicht gefährdet.

Der Beklagte ist nicht im Nachteil, weil der Kläger Zeitpunkt, Art und Umfang des Klagegegenstands bestimmen kann, wie in der Gesetzesbegründung angenommen hat. Vielmehr gilt das für jedes Verfahren. Deswegen muss auch nicht ein Nachteil ausgeglichen werden. Ohnehin kann der Beklagte auch durch sein Verhalten beeinflussen, ob es überhaupt eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme gibt.

Durch die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands würde eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme deutlich erschwert:

- Das deutsche Wettbewerbsrecht arbeitet in vielen Bereichen mit Generalklauseln und auslegungsbedürftigen Begriffen, die in den letzten Jahrzehnten von der Rechtsprechung konkretisiert wurden. Insbesondere das Verfahrensrecht weist im Wettbewerbsrecht viele Besonderheiten zum allgemeinen Zivilrecht auf, zumal hier viele Grundsätze im Wesentlichen durch Richterrecht aufgestellt wurden. Wenn ein erstinstanzlicher Richter mit dem UWG-E und insbesondere dem Verfahrensrecht nicht vertraut ist, ist es für ihn äußerst schwer, in einer angemessenen Zeit zu Entscheidungen zu kommen, die mit der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des BGH vereinbar ist. Die

Gefahr von nicht berufungsfesten Überraschungsurteilen steigt bei fehlender Spezialisierung insbesondere der erstinstanzlichen Richter enorm.

- Diese Gefahr wird noch dadurch gesteigert, und das ist m.E. das Wesentliche, dass im Regelfall die wettbewerbsrechtlichen Verfahren im Eilverfahren entschieden werden. Nur ein Eilverfahren bietet bei einem grob wettbewerbswidrigen Verhalten einen effizienten Schutz, da damit ein schnell vollziehbarer Titel erlangt wird. Hauptsacheverfahren kommen bei Verfahrensdauern von häufig mehreren Jahren in den meisten Fällen zu spät. In Eilverfahren müssen Gerichte sehr schnell entscheiden. Entscheidungen im Beschlusswege ergehen häufig innerhalb weniger Stunden. Im Widerspruchsverfahren kommen dicke Schriftsätze häufig erst kurz vor der mündlichen Verhandlung, Entscheidungen werden im Regelfall – was an der Natur von Eilverfahren auch notwendig ist – am Ende der Sitzung getroffen. Das setzt voraus, dass ein entscheidender Richter keine Zeit hat, sich während eines Verfahrens noch mit verfahrensrechtlichen Grundfragen zu befassen.

Demzufolge würden bei einem Wegfall der spezialisierten Gerichte gerade in der ersten Instanz viel häufiger Fehlentscheidungen ergehen. Das würde sich aber in erster Linie zu Gunsten der Anspruchsgegner (häufig wettbewerbswidrig agierende Unternehmen) auswirken. Denn wenn das Landgericht in der ersten Instanz eine nicht rechtsmittelfeste Entscheidung trifft, führt das immer zu einem deutlichen Zeitgewinn des Anspruchsgegners.

Die fehlende Spezialisierung in wettbewerbsrechtlichen Verfahren gibt es im Übrigen nicht nur bei den Richtern, sondern auch bei den Geschäftsstellen. Es gibt sehr viele Geschäftsstellen, die Probleme haben, eine einstweilige Verfügung ordnungsgemäß auszustellen oder die mit den Besonderheiten des Verfahrensrechts in Eilverfahren nicht vertraut sind. Auch hier führt eine fehlende Spezialisierung zu einer erhöhten Fehlerwahrscheinlichkeit. Häufig werden aber einstweilige Verfügungen später wieder aufgehoben, weil die Geschäftsstelle oder das Gericht bei der Ausfertigung der Verfügung einen Fehler begangen hat.

Insgesamt wirkt sich dieser Qualitätsverlust durch den Spezialisierungswegfall in erster Linie zu Lasten des Angreifers aus. Denn selbst wenn eine einstweilige Verfügung zu weit oder zu unbestimmt erlassen wird, hat der Angreifer damit wenig

gewonnen, da dieser Titel dann im Berufungsverfahren korrigiert wird und alle bislang begonnenen Ordnungsmittelverfahren wegen Titelverstoßes damit aus Sicht der Antragsteller verloren gehen.

Die Gefahr von erstinstanzlichen Fehlentscheidungen im Eilverfahren führt nicht nur zu einem Zeitgewinn für das wettbewerbswidrig agierende Unternehmen, sondern auch zu einem Abschreckungseffekt für den Wettbewerber. Denn wenn etwaige Angreifer eine größere Gefahr von Überraschungs- und Fehlentscheidungen sehen, werden sie auch insgesamt seltener gerichtliche Verfahren beginnen.

Die Kosten der einzelnen Verfahren werden hingegen steigen, was eher größere Unternehmen privilegiert. Denn wenn die erstinstanzlichen Entscheidungen grobe Fehler enthalten, wird die Wahrscheinlichkeit verringert, dass eine erstinstanzliche Entscheidung von der unterlegenen Partei akzeptiert wird.

Die fehlende Spezialisierung wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass die Parteien gezwungen werden, die Gerichtsverfahren mehr auf alle Gerichte zu verteilen. Es gibt in Deutschland 115 Landgerichte mit zahlreichen Kammern. Wenn nun gießkannenmäßig die wettbewerbsrechtlichen Verfahren auf alle Kammern verteilt würden, käme es aufgrund des Verwässerungseffekts nicht zur Spezialisierung aller Kammern, sondern zum Verlust des Spezialwissens bei den bisherigen Wettbewerbskammern. Zudem gäbe es im besten Fall zwangsläufig eine längere „Lernphase“ der vielen Kammern, die sich bislang mit Wettbewerbsrecht nicht auskennen, innerhalb derer das bisherige System empfindlich gestört würde.

Das Argument, dass ein faires Verfahren bei einem fliegenden Gerichtsstand gefährdet ist, da der Kläger das Gericht aussuchen kann, überzeugt nicht. Es gibt auch kein faires Verfahren, wenn ein unerfahrenes oder lustloses oder langsames Gericht angerufen wird, da dann der Beklagte privilegiert wird. Zudem besteht auch die Möglichkeit, dass sich ansonsten der Beklagte das Gericht durch eine Sitzverlegung aussucht. Gerade kleinere Unternehmen im Online-Handel können häufig ohne große Aufwendungen ihren Sitz verlegen, da sie keine Produktionsstätten haben und häufig nur schlanke Verwaltungsstrukturen haben. Zudem ist es seit der Einführung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und

zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Jahr 2008 möglich, dass der Verwaltungssitz der Gesellschaft frei gewählt werden kann. Es ist nun also möglich, dass eine GmbH ihren satzungsgemäßen Sitz an einem und ihren Verwaltungssitz an einem anderen Ort hat. Auch dies erleichtert gerade unseriösen Anbietern einen schnellen Wechsel ihres Sitzes und damit des zuständigen Gerichts, sollte der fliegende Gerichtsstand wegfallen.

Ohnehin sind bei den größeren Gerichten verschiedene Kammern zuständig, sodass dann auch nicht ein Richter ausgesucht werden kann. In Hamburg etwa sind sieben verschiedene Kammern für wettbewerbsrechtliche Verfahren zuständig. Immer dann, wenn eine Kammer für Handelssachen angerufen wird, ist es vollkommen unklar, welcher Richter oder welche Richterin über den Fall entscheiden wird. Ein „Richterpicking“ ist hier schlichtweg nicht möglich. Ginge es einem Angreifer darum, immer vor einer ganz konkreten Kammer tätig zu sein, würde er ohnehin nicht zu einem großen Wettbewerbsgericht wie Hamburg, Köln, Düsseldorf oder Berlin gehen, sondern zu einem kleineren Gericht, bei dem nur eine Kammer zuständig ist. Gerade ein derartiges Vorgehen war bislang aber überhaupt nicht zu beobachten.

Dass hohe Reisekosten ein beklagtes Unternehmen von der Rechtsverteidigung abschrecken könnte, überzeugt nicht: In einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren sind die Reisekosten aufgrund der hohen Streitwerte häufig nur ein untergeordneter Posten. Bei einem Streitwert von 100.000,00 EUR betragen die Verfahrenskosten in einer Instanz z.B. 12.068,45 EUR. Ob hier nun noch 1.000,00 EUR Reisekosten hinzukommen, ist für die Verteidigungsbereitschaft des abgemahnten Unternehmens nicht relevant. Zudem ist es in einer Vielzahl von Fällen auch üblich, dass eine Mandatierung eines Anwalts über E-Mails oder Telefon erfolgt, sodass es keinen Vorteil bringt, wenn das angegriffene Unternehmen vor Ort sitzt.

Eine Missbrauchsgefahr ist aufgrund der anderen Vorschriften aus dem Gesetzesentwurf ausreichend ausgeschlossen.

Die Bundesratsregelung ist problematisch, da „kleine“ Unternehmen immer noch sehr groß sind (nach der KMU-Definition der Europäischen Kommission weniger als 50 Mitarbeiter und Jahresumsatz bis 10 Mio. EUR), sodass die Ausnahme in vielen Fällen nicht greifen würde.

Problematisch ist auch, dass es häufig für den Angreifer gar nicht erkennbar ist, ob ein Unternehmen Klein- oder Kleinstunternehmen ist, da die Zahlen nicht veröffentlicht werden. Dadurch besteht häufig die Gefahr, dass ein Verfahren verloren oder verzögert wird, nur weil das unzuständige Gericht angerufen wird. Die Annahme des Bundesrats, dass bei Anrufung eines unzuständigen Gerichts der Rechtsstreit auf Antrag zu verweisen wäre und deswegen kein Rechtsverlust droht, ist bereits deswegen unzutreffend, weil die meisten wettbewerbsrechtlichen Verfahren im Eilverfahren durchgeführt werden, in dem eine Verweisung gar nicht möglich ist. Demzufolge wird gerade in der in der Praxis wichtigsten Verfahrensart eine ganz wesentliche Hürde für das angreifende Unternehmen aufgebaut, die eine Inanspruchnahme auch bei groben Verstößen deutlich erschwert. Hinzu kommt, dass Unternehmen, die unübersichtliche Konzernstrukturen mit vielen Gesellschaften gewählt haben, privilegiert werden.

Sollte, was eigentlich mit dem Gesetzeszweck nur wenig zu tun hat, der fliegende Gerichtsstand abgeschafft werden, weil dieser als verfahrensmäßig ungerecht angesehen wird, wäre zu überlegen, ob die Länder nicht in der ersten Stufe verpflichtet werden sollten, nach § 13 Abs. 2 UWG Wettbewerbsgerichte festzulegen, und dann in einer zweiten Stufe eine Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands angegangen wird, da dann wenigstens für eine bessere Spezialisierung der Gerichte Sorge getragen werden würde.

Zudem könnte überlegt werden, den Wegfall des fliegenden Gerichtsstands nur für bestimmte Bereiche vorzusehen, in den eine besondere Missbrauchsgefahr gesehen wird. Zu denken wäre etwa an eine Begrenzung auf gerichtliche Verfahren, in denen nur Ansprüche nach § 13 Abs. 4 UWG-E geltend gemacht werden (nach der Modifizierung, wie diese oben unter 5. b dargelegt wurde). Allerdings müsste hier genau darauf geachtet werden, dass hier Informations- und Kennzeichnungspflichten, die als besonders wichtig angesehen werden, auch wirklich ausgeschlossen werden.

Die vorgenannten Äußerungen gelten nur für das Wettbewerbsrecht. In anderen Gebieten ist möglicherweise eine andere Bewertung sinnvoll. So könnte z.B. im Presserecht die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands sinnvoller sein, da es hier auch um den Schutz der Pressefreiheit und nicht um den Verbraucherschutz

geht. Zudem werden bei presserechtlichen Verfahren üblicherweise nur viel weniger Gerichte angerufen als in Wettbewerbssachen. Dort ist dann jeweils nur eine Kammer tätig. Demzufolge kann dann viel eher ein ganz konkreter Spruchkörper angerufen werden. Eine derartige Konstellation gibt es im Wettbewerbsrecht hingegen nicht.

8. Zu § 15 a UWG-E/Art. 10

In den Überleitungsvorschriften ist geregelt, dass nur § 8 Abs. 3 Nummer 2 keine Anwendung auf Verfahren findet, die zu einem konkreten Tag bereits rechts-hängig waren. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass alle anderen Vorschriften offensichtlich bereits am Tag des Inkrafttretens gelten müssten. Das hätte aber zur Folge, dass viele Verfahren, die nach bisherigem Recht begründet waren, nun auf einmal aus Sicht der Kläger/Antragsteller unzulässig oder unbegründet würden.

Demzufolge würden beispielsweise Abmahnkosten aus Altfällen nicht mehr erstattungsfähig, sofern in der Abmahnung nicht die Vorgaben von § 13 Abs. 2 UWG-E beachtet wurden (§ 13 Abs. 3 UWG-E) oder wenn ein Fall nach § 13 Abs. 4 UWG-E vorläge.

Die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs wäre, auch wenn er an-sonsten vollkommen berechtigt war, nach § 8 b Abs. 1 UWG-E unzulässig, wenn die neuen Vorgaben aus § 8 b Abs. 2 Nr. 3 bis 5 UWG-E nicht beachtet worden waren, obwohl diese im Zeitpunkt der Abmahnung noch gar nicht bekannt wa-ren. In diesem Fall könnte sogar der Anspruchsgegner, der möglicherweise hochgradig wettbewerbswidrig gehandelt hat, widerklagend die Rechtsvertei-digungskosten einklagen (§ 8 b Abs. 3 UWG-E).

Das alles wäre aus meiner Sicht kein billiges Ergebnis, sodass eine deutlich groß-zügigere Überleitungsvorschrift für alle Normen eingeführt werden sollte.

Stellungnahme

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

von

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. em. an der LMU München

Richter am OLG München a.D.

Inhaltsübersicht

A. Gesetzeszweck und Gesetzeswirkung

B. Grundfragen zum Regierungsentwurf

I. Einschränkung des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag
2. Stellungnahme

II. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Informationspflichtverletzungen (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag
2. Stellungnahme

III. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Datenschutzverstößen (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag
2. Stellungnahme
 - a) Abschließende Regelung der Durchsetzung in der DS-GVO
 - b) Sachliche Notwendigkeit einer Konzentration der Rechtsdurchsetzung auf die Aufsichtsbehörden
 - c) Einwand der Überlastung der Aufsichtsbehörden
 - d) Verhältnismäßigkeit der Rechtsdurchsetzung
 - e) Gefahr der Auslösung einer Abmahnwelle
 - f) Verbleibende Möglichkeit des Vorgehens nach dem UWG gegen Datenschutzverstöße
 - g) Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E präjudiziert nicht die Anwendung des UWG

IV. Anspruchsberechtigung von Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E und § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E)

1. Die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E
 - a) Regelungsvorschlag
 - b) Stellungnahme
2. Die Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E

- a) Regelungsvorschlag
- b) Stellungnahme

C. Einzelfragen zum Regierungsentwurf

I. Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

- a) Das Kriterium „in nicht unerheblichem Maße“
- b) Das Kriterium „nicht nur gelegentlich“

II. Anspruchsberechtigung von „qualifizierten Wirtschaftsverbänden“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

- a) Grundsätzliche Beurteilung
- b) Einzelne Anforderungen an „qualifizierte Wirtschaftsverbände“

aa) § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E

bb) § 8a Abs. 3 UWG-E i.V. mit § 4b UKlaG-E

III. Verbot der missbräuchlichen Abmahnung (§ 8b Abs. 2 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

IV. Formale Anforderungen an eine Abmahnung (§ 13 Abs. 2 UWG-E)

- 1. Regelungsvorschlag
- 2. Stellungnahme

- a) § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E
- b) § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E
- c) § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E

A. Gesetzeszweck und Gesetzeswirkung

Die Bezeichnung des geplanten Gesetzes als „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ hat Suggestivwirkung: Wer sollte etwas dagegen haben, wenn es darum geht, den fairen (= lauterer) Wettbewerb zu stärken? Die Frage ist aber, ob alle der im Regierungsentwurf (RegE) vorgesehenen Gesetzesänderungen auch die angestrebte Wirkung haben oder ob einzelne Regelungen ungewollt sogar zu einer Schwächung des fairen Wettbewerbs führen.

Dies zu untersuchen, ist Aufgabe der Stellungnahme. Dazu sollen einige grundsätzliche Fragen zum RegE (sub B) und einige sonstige Fragen (sub C), gestellt werden. Prüfungsmaßstab soll zum einen der unions- und verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sein, d.h. die Beurteilung, ob einzelne Änderungsvorhaben des RegE geeignet, erforderlich und angemessen sind, um den Regelungszweck zu erreichen. Zum anderen geht es um die Beachtung des Vorrangs des Unionsrechts.

B. Grundfragen zum Regierungsentwurf

I. Einschränkung des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

§ 14 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG-E beseitigt den bisher in § 14 Abs. 2 S. 1 UWG enthaltenen Gerichtsstand des *Begehungsorts*, unter dem sowohl der *Handlungsort* als auch der *Erfolgsort* einer (geschäftlichen) Handlung zu verstehen ist. Eine Ausnahme wird lediglich für den Fall gemacht, dass sich die geschäftliche Handlung an einen örtlich begrenzten Kreis von Marktteilnehmern richtet oder der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

In der Begründung (S. 18) wird diese Regelung mit folgender Erwägung gerechtfertigt:

„Als weitere wichtige Maßnahme wird der fliegende Gerichtsstand eingeschränkt werden. Dies soll kleine und mittlere Unternehmen davor schützen, dass einstweilige Verfügungen gezielt bei von deren Sitz weit entfernten Gerichten beantragt werden, um den Betroffenen die Rechtsverteidigung zu erschweren.“

Weiter (S. 33) heißt es dazu, dass die faktische Wahlmöglichkeit des Gerichtsstands dem Kläger einen großen Vorteil einräume und dies den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verletze.

2. Stellungnahme

Der Grundsatz, dass sich die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts bei unerlaubten Handlungen nach dem Begehungsort (Handlungsort und Erfolgsort) richtet, ist sowohl im allgemeinen deutschen Zivilprozessrecht (§ 32 ZPO) als auch im Unionsrecht (Art. 7 Nr. 2 EuGVVO = Brüssel Ia-VO) anerkannt. Dies gilt auch für unerlaubte Handlungen im Internet. Ein Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit ist darin nicht zu erkennen. Es müssten daher besondere Gründe vorliegen, die eine Abweichung im nationalen Lauterkeitsrecht rechtfertigen würden.

Der RegE sieht solche Gründe in den *Misständen* bei der Wahl eines Gerichtsstands insbesondere in Fällen lauterkeitsrechtlicher Verstöße im Internet, die den Beklagten benachteiligen würden. So wird eine Missbrauchsgefahr u.a. darin gesehen, dass ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oft bei Gerichten gestellt werde, von denen der Antragsteller wisse, dass sie seiner Rechtsauffassung zuneigen, einstweilige Verfügungen bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlassen oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetzen. - Dieser Vorwurf richtet sich aber der Sache nach gegen die Gerichte und nicht gegen die Antragsteller. Ihnen wird mehr oder weniger vorgeworfen, sie würden parteiisch entscheiden.¹

Wirkliche Misstände, wie die Wahl eines Gerichts, das weit entfernt vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners liegt, in der Hoffnung, dass der Antragsgegner auf Grund der Entfernung keinen Widerspruch einlegt, erfüllen bereits jetzt den Tatbestand des Missbrauchs i.S. des § 8 Abs. 4 S. 1 UWG.² Die Rechtsfolge des Missbrauchs, nämlich die Verpflichtung zum Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen des Gegners nach § 8 Abs. 4 S. 2 UWG (= § 8b Abs. 3 S. 1 UWG-E), stellt bereits jetzt eine wirksame Sanktion gegen solche Verhaltensweisen dar.

Im Übrigen stünde die weitreichende Einschränkung des Gerichtsstands des Begehungsorts in Widerspruch zu den Wertungen des Unionsgesetzgebers. In der Begründung (S. 33) wird zwar an sich zutreffend darauf hingewiesen, dass Art. 7 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012 (= Brüssel-Ia-Verordnung) als Gerichtsstand für unerlaubte Handlungen, zu denen unstreitig auch Wettbewerbsverstöße gehören, den Begehungsort festlege. Diese vorrangige Regelung sei aber nur anwendbar, wenn das angerufene Gericht, um dessen Zuständigkeit es gehe, in einem anderen Staat als dem Sitzstaat des Beklagten liege.

Das ändert aber nichts daran, dass der RegE deutsche Kläger im Vergleich zu EU-ausländischen Klägern benachteiligt. Beispiel: Unternehmer wirbt irreführend im Internet und spricht damit gezielt deutsche und österreichische Verbraucher an. Hier könnte zwar ein österreichischer Mitbewerber gegen den deutschen Unternehmer vor einem österreichischen Gericht unter Berufung auf den Erfolgsort i.S. des Art. 7 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1215/2012 klagen. Dagegen müsste ein deutscher Mitbewerber nach der geplanten Regelung ihn an dessen Sitz verklagen.

¹ Was den Erlass von einstweiligen Beschlussverfügungen ohne Anhörung des Gegners betrifft, ist durch Entscheidungen des BVerfG sichergestellt, dass eine derartige Praxis gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verstößt (vgl. BVerfG WRP 2018, 1443 und 1448). Es ist davon auszugehen, dass diese Praxis der Vergangenheit angehört.

² Vgl. KG WRP 2008, 511.

Wirklich schutzbedürftig sind daher nur kleine Unternehmen. Dies ist auch der eigentliche Zweck des RegE (S. 20). Dieser Schutz lässt sich aber exakt dadurch erreichen, dass sich ein Kläger/Antragsteller nicht auf den „fliegenden Gerichtsstand“ i.S. des derzeitigen § 14 Abs. 2 S. 1 UWG berufen kann, wenn es sich bei dem Beklagten um ein kleines Unternehmen handelt. Um den Begriff präzise zu umschreiben, wird eine von der Kommission aufgestellte Definition der Kleinunternehmen verwendet, nämlich Unternehmen, die weniger als 50 Mitarbeiter und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. Euro haben.

Die örtliche Zuständigkeit ist vom Gericht von Amts wegen zu prüfen. Verneint das angerufene Gericht aufgrund dessen seine örtliche Zuständigkeit und verweist es den Rechtsstreit an das zuständige Gericht, so hat der Kläger, auch wenn er in der Hauptsache obliegt, die dafür entstandenen Mehrkosten zu tragen (§ 281 Abs. 1 S. 2 ZPO).

Vorschlag

§ 14

Sachliche und örtliche Zuständigkeit, Verordnungsermächtigung

(1) [wie § 13 Abs. 1 UWG]

(2) [wie § 14 Abs. 1 UWG]

(3) Für Klagen auf Grund dieses Gesetzes ist außerdem das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte die **geschäftliche** Handlung begangen hat. Satz 1 gilt für Klagen, die von den nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Anspruchs Berechtigten erhoben werden, nur dann, wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbständige Niederlassung noch einen Wohnsitz hat. **Satz 1 gilt nicht, wenn es sich beim Beklagten um ein Kleinunternehmen nach Artikel 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission K(2003) 1422 handelt.**

(4) [wie § 14 Abs. 3 UWG-E]

II. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Informationspflichtverletzungen (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

Mitbewerber sollen nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E bei im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz haben. Dies wird damit begründet (S. 30), dass sich in diesem Bereich Verstöße durch den Einsatz von Crawlern einfach und automatisiert feststellen ließen und zahlreiche besondere Informationspflichten bestünden.

2. Stellungnahme

Mit dieser Begründung lässt sich nicht der generelle Ausschluss eines Anspruchs auf Aufwendungsersatz rechtfertigen. Denn viele, wenn nicht die meisten Informations- und Kennzeichnungspflichten werfen für die Rechtsanwendung schwierige, häufig auch durch die Gerichte noch nicht geklärte Auslegungs- und einzelfallbezogene Abwägungsfragen auf.

Das bestätigen bereits die in der Begründung (S. 30) angegebenen Beispiele des § 5 TMG, des § 312d BGB (i.V. Art. 246a EGBGB) und der Preisangabenverordnung bei näherem Hinsehen. Es geht also nicht nur um Verstöße gegen bloße Impressumspflichten o.ä.

Wenn Mitbewerber in solchen Fällen eine Abmahnung aussprechen, geschieht dies nicht, um daraus Einnahmen zu erzielen, sondern um gegen wirklich wettbewerbsrelevante Normverstöße vorzugehen.

Die geplante Regelung könnte umgekehrt gerade auch kleine und mittlere Unternehmen veranlassen, von Abmahnungen Abstand zu nehmen, obwohl dies im Interesse aller Marktteilnehmer an einer Klärung von Rechtsfragen und vor allem im berechtigten Interesse der Verbraucher an einer informierten geschäftlichen Entscheidung läge.

Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte daher ein Ausschluss des Anspruchs auf Aufwendungsersatz nur für die Fälle vorgesehen werden, bei denen es sich um **leicht erkennbare und ohne rechtliche Wertung im Einzelfall feststellbare Verstöße** gegen Informations- oder Kennzeichnungspflichten handelt.

Beispiel: Pflicht zur Angabe der Telefonnummer bei Fernabsatzverträgen (§ 312d BGB i.V. mit Art. 246a § 1 Nr. 2 EGBGB).

Andererseits sollte sich die Regelung auch auf die Verletzung von Informationspflichten erstrecken, die nicht im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien erfolgen, etwa bei Versendung von Katalogen und Prospekten mit Bestellkarten.

Vorschlag

§ 13

(4)

1. **bei leicht erkennbaren und ohne rechtliche Wertung im Einzelfall feststellbaren** Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten.

III. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs von Mitbewerbern bei Datenschutzverstößen (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

Der Vorschlag betrifft sonstige (also nicht schon von Nr. 1 erfasste) Verstöße gegen die DS-GVO und das BDSG, soweit sie von Kleinst- und Kleinunternehmen begangen wurden. Eine Begründung dafür, weshalb Datenschutzverstöße zugleich abmahnfähige UWG-Verstöße sind, wird nicht gegeben, obwohl dies gerade von der h.L.³ und der neueren Rspr.⁴ verneint wird.

2. Stellungnahme

Die geplante Regelung setzt notwendigerweise voraus, dass Datenschutzverstöße zugleich Verstöße gegen §§ 3 Abs. 1, 3a UWG sind und überdies auch Mitbewerber i.S. des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG berechtigt sind, dagegen mit Abmahnung und Klage vorzugehen. Andernfalls hätte die Regelung keinen Sinn.

a) Abschließende Regelung der Durchsetzung in der DS-GVO

Dabei wird aber verkannt, dass die DS-GVO – anders noch als die aufgehobene Datenschutzrichtlinie 95/46/EG – eine abschließende Regelung ihrer Durchsetzung enthält.⁵ Die Durchsetzung hat durch unabhängige Aufsichtsbehörden zu erfolgen, denen dazu umfassende Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse übertragen werden (Art. 57, 58 DS-GVO).

Die Befugnisse reichen von bloßen Warnungen und Verwarnungen bis hin zur Verhängung von drakonischen Geldbußen bis in Höhe von 20 Mio. Euro oder 4 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes (Art. 83 DS-GVO). Damit sie ihre Aufgaben auch tatsächlich erfüllen können, müssen sie die Mitgliedstaaten mit entsprechenden Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausstatten (Art. 51 Abs. 4 DS-GVO). Daneben können die von einem Datenschutzverstoß betroffenen natürlichen Personen ihre Rechte aus der DS-GVO (z.B. Auskunftsrecht, Recht auf Berichtigung oder Löschung oder Übertragung von Daten) selbst gegenüber Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern durchsetzen (Art. 79 DS-GVO). Sie können damit auch Stellen i.S. des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO (z.B. Verbände) beauftragen und bevollmächtigen. Diese Stellen können auch ohne Auftrag von betroffenen Personen deren Rechte durchsetzen, sofern die Mitgliedstaaten von der dafür vorgesehene Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO Gebrauch machen. Zu diesen Stellen gehören auch Verbraucherschutzverbände, sofern sie die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO erfüllen.

³ Vgl. *Barth* WRP 2018, 290, 291 f.; *Hohlweck* in Büscher, UWG 2019, § 3a Rn. 284; *Köhler* in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 3a Rn. 1.40 ff. und 1.74b; *Lettl* WRP 2019, 289, 292; *Remmert* GRUR-Prax 2018, 254, 256; *Schaffert* in MüKoUWG, 3. Aufl. 2019, § 3a Rn. 84; *Schmitt* WRP 2019, 27 Rn. 22; *Spittka* GRUR-Prax 2019, 271; *GRUR-Stellungnahme*, GRUR 2019, 59, 65. Jüngst – auch in Auseinandersetzung mit dem RegE – *Köhler*, Durchsetzung der DS-GVO – Eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände, WRP 2019, 1279.

⁴ LG Bochum K&R 2018, 737; LG Wiesbaden K&R 2019, 281; LG Magdeburg K & R 2019, 210; LG Stuttgart WRP 2019, 1089. – AA *Wolff*, ZD 2018, 248 (Gutachten); OLG Hamburg WRP 2018, 1510 (obiter dictum); *Laoutemai/Hoppe*, K&R 2018, 533; *Uebele* GRUR 2019, 694.

⁵ Weitere Beispiele für abschließende Regelungen der Rechtsdurchsetzung, die eine Anwendung des § 3a UWG ausschließen, sind das Kartellrecht (BGH GRUR 2006, 773 Rn. 13-16 – Probeabonnement), das Sozialrecht (BGH WRP 2006, 743 Rn. 23 – Blutdruckmessungen) und das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (BGH WRP 2017, 69 Rn. 42 ff. – Arbeitnehmerüberlassung).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass

- Deutschland bis jetzt von dieser Öffnungsklausel noch keinen Gebrauch gemacht hat,
- aber auch wenn dies geschieht, nur Verbände, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, nicht aber auch Mitbewerber klagen können und
- Verbände überdies nur die Rechte betroffener Personen nach Art. 79 DS-GVO geltend machen können.

Die in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E vorgesehene Regelung ist daher unvereinbar mit dem vorrangigen Unionsrecht.

b) Sachliche Notwendigkeit einer Konzentration der Rechtsdurchsetzung auf die Aufsichtsbehörden

Eine Konzentration der allgemeinen Rechtsdurchsetzung auf die Aufsichtsbehörden ist davon abgesehen auch sachlich geboten, ja notwendig, weil die DS-GVO unionsweit gilt. Die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in dieser Verordnung müssen einheitlich geklärt werden, um eine Rechtszersplitterung innerhalb der Union zu vermeiden. Zu diesem Zweck sind in Kap. VII (Zusammenarbeit und Kohärenz) zahlreiche Einzelregelungen zur Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden vorgesehen.

Wollte man darüber hinaus auch den Zivilgerichten die Aufgabe der generellen Durchsetzung der DS-GVO zuweisen, bestünde die weitere Gefahr inhaltlich einander widersprechender Entscheidungen von Aufsichtsbehörden und Zivilgerichten innerhalb der Bundesrepublik. Dies sollte im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit für alle Beteiligten vermieden werden.

c) Einwand der Überlastung der Aufsichtsbehörden

Auch der häufig zu hörende Einwand, dass die Aufsichtsbehörden überlastet wären, rechtfertigt in keiner Weise das Vorgehen von Mitbewerbern gegen Datenschutzverstöße mittels Abmahnung und Klage. Denn erstens besteht die unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur angemessenen Ausstattung dieser Behörden, zweitens haben diese Behörden gerade spezielle Kenntnisse und Erfahrungen im Datenschutzrecht, drittens müssten auch noch entsprechende Ressourcen bei allen örtlich zuständigen Zivilgerichten mit entsprechenden Kosten geschaffen werden. Denn diese sind ebenfalls überlastet und es droht bereits jetzt ein Richtermangel.

d) Verhältnismäßigkeit der Rechtsdurchsetzung

Die Aufsichtsbehörden können je nach den Umständen des Einzelfalls ganz unterschiedliche Maßnahmen treffen und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgehen. Die Gerichte sind dagegen darauf beschränkt, bestimmte Verbote oder Gebote auszusprechen, deren Überprüfung durch höhere Gerichte bis hin zur Vorlage an den EuGH überdies Jahre in Anspruch nehmen kann.

e) Gefahr der Auslösung einer Abmahnwelle

Die Regelung in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E könnte Mitbewerber (und auch Anwälte, die darin ein neues Geschäftsfeld sehen) dazu ermutigen, gegen Datenschutzverstöße auf breiter Linie vorzugehen. Dass es bisher nicht zu einer Abmahnwelle gekommen ist, beruht gerade darauf, dass Mitbewerber und deren Anwälte wegen der unklaren Rechtslage keine Risiken eingehen wollten.

f) Verbleibende Möglichkeit des Vorgehens nach dem UWG gegen Datenschutzverstöße

Die DS-GVO ist kein Gesetz zum Schutz der Verbraucher, Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer i.S. des § 1 UWG. Sie verwendet an keiner Stelle diese Begriffe und stellt daher auch keine Marktverhaltensregelungen i.S. des § 3a UWG auf. Vielmehr bezweckt sie den Schutz natürlicher Personen in ihrem Grundrecht auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten (Art. 16 AEUV; Art. 8 GR-Charta). Wegen der abschließenden Regelung ihrer Durchsetzung ist ein unmittelbares Vorgehen gegen Datenschutzverstöße nach den §§ 3 Abs. 1, 3a UWG ausgeschlossen.

Nicht ausgeschlossen ist damit aber das Vorgehen gegen sonstige Zuwiderhandlungen gegen die §§ 3 und 7 UWG („originäre Wettbewerbsverstöße“). Dazu gehören Verstöße gegen die §§ 3 Abs. 2 und 3, 4a, 5, 5a, 6 und 7 UWG, sofern ihnen ein Verstoß gegen die DS-GVO zugrunde liegt.⁶

Beispiele:

(1) Ein Unternehmer droht einem Verbraucher, der fällige Rechnungen nicht bezahlt, mit der Veröffentlichung der ihm bekannten personenbezogenen Daten dieses Kunden. Dieses Verhalten verstößt gegen § 4a Abs. 1 UWG wegen der „Drohung mit rechtlich unzulässigen Handlungen“ (§ 4a Abs. 2 Nr. 5 UWG).

(2) Das Unternehmen Planet49 veranstaltete auf einer Website ein Gewinnspiel zu Werbezwecken. Die Besonderheit bestand darin, dass die am Gewinnspiel interessierten Internetnutzer aufgrund eines voreingestellten Häkchens in einem Ankreuzkästchen ihre Einwilligung dazu gaben, dass ihnen nach dem Aufsuchen einer Website von Werbepartnern von Planet49 aufgrund eines Cookies Werbemails dieser Werbepartner zugesandt wurden. Da die nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erforderliche Einwilligung nicht den Anforderungen der DS-GVO entsprach,⁷ war und ist der *vzbv* berechtigt, wegen Verstoßes gegen diese UWG-Norm dagegen vorzugehen.

g) Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E präjudiziert nicht die Anwendung des UWG

Die Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E führt lediglich dazu, dass der deutsche Gesetzgeber zur Frage der abschließenden Regelung der Durchsetzung der DS-GVO nicht ausdrücklich Stellung nimmt. Ob deutsche Zivilgerichte berechtigt sind, mittels des deutschen UWG die DS-GVO durchzusetzen, kann letztlich nicht der deutsche Gesetzgeber, sondern muss der EuGH entscheiden.

⁶ Vgl. *Ohly* GRUR 2019, 686, 691 ff.

⁷ Vgl. EuGH, 1.10.2019 – C-673/17, WRP 2019, 1455 – *vzbv/Planet49*.

Vorschlag

Streichung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E

IV. Anspruchsberechtigung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E und § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E)

1. Die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E

a) Regelungsvorschlag

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E sind anspruchsberechtigt i.S. von § 8 Abs. 1 UWG (i.V. mit den §§ 3 und 7 UWG) neben *öffentlich-rechtlichen Kammern* auch „*Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen*“.

b) Stellungnahme

aa) Körperschaften des öffentlichen Rechts

Was die öffentlich-rechtlich organisierten Kammern angeht, entspricht die Regelung der bisherigen Rechtslage.⁸ Von Seiten des Handwerks wird zusätzlich gefordert, auch *privatrechtlich organisierten* Innungsverbänden des Handwerks (§§ 80 ff. HwO) die Anspruchsberechtigung zu verleihen. Dazu müssten aber deren Satzungen eine entsprechende Aufgabenstellung enthalten, was bis jetzt offenbar nicht der Fall ist.

bb) Gewerkschaften

Die geplante Regelung hinsichtlich der *Gewerkschaften* geht auf eine Stellungnahme von *ver.di* zum RefE zurück. *Ver.di* ist der Auffassung, dass die Klagebefugnis von Gewerkschaften schon bisher von den Gerichten überwiegend anerkannt worden sei. Dies müsse auch für eine Neuregelung gelten, jedoch sollten für Gewerkschaften ebenso wenig wie für die Kammern nicht die Anforderungen an einen „qualifizierten Wirtschaftsverband“ gelten, weil sie noch nie missbräuchlich abgemahnt hätten.

In allen einschlägigen von *ver.di* mitgeteilten Verfahren ging es aber ausschließlich um die Unwirksamkeit von AGB, die Verlage gegenüber freiberuflich tätigen Journalisten anwendeten. Zur Anspruchsberechtigung von Gewerkschaften gibt es nur eine einzige relevante Entscheidung des BGH.⁹ Darin bejahte er zwar nicht die Anspruchsberechtigung einer Ge-

⁸ Dies entspricht bereits der derzeitigen Rechtslage (vgl. z.B. BGH GRUR 2006, 598 Rn. 12 – *Zahnarztbriefbogen: Eine Kammer freier Berufe ist befugt, Wettbewerbsverstöße von Kammerangehörigen oder deren Wettbewerbern im Zivilrechtsweg zu verfolgen*).

⁹ BGH, Ur. v. 31.05.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 Rn. 1, 11 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*.

werkschaft als solcher, sondern die eines „Berufsverbands für angestellte und freie Journalisten, deren berufliche, rechtliche und soziale Interessen er satzungsgemäß wahrnimmt“.¹⁰

Der BGH leitete die Anspruchsberechtigung dieses Verbands jedoch nicht aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, sondern aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG ab. Es wurde also keine Anspruchsberechtigung für alle denkbaren Wettbewerbsverstöße i.S. des § 8 Abs. 1 UWG bejaht, sondern nur für einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG (konkret: wegen der Verwendung unwirksamer AGB durch einen Verlag gegenüber freien Journalisten). Der Begriff „Gewerkschaft“ taucht in der Entscheidung nicht auf. Die zu § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E gegebene Begründung (S. 25), die Gewerkschaften seien entsprechend ihrer bisherigen Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG auch weiterhin im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen klagebefugt, ist insoweit nicht zutreffend.

Es ist auch nicht zu erkennen, welches Interesse Gewerkschaften, die zusätzlich die Interessen von selbständig beruflich Tätigen wahrnehmen, haben könnten, Wettbewerbsverstöße i.S. der §§ 3 und 7 UWG von Unternehmen zu bekämpfen und dementsprechend ihre Mitglieder zu Fragen des lautereren Wettbewerbs zu beraten und zu informieren, wie dies von den „qualifizierten Wirtschaftsverbänden“ verlangt wird (vgl. RegE S. 26).

Den Gewerkschaften geht es ersichtlich darum, ihre freiberuflich tätigen Mitglieder im Verhältnis zu deren Auftraggebern (Vertikalverhältnis) in vergleichbarer Weise zu schützen wie Arbeitnehmer im Verhältnis zu ihren Arbeitgebern, weil sie ebenfalls von diesen wirtschaftlich abhängig sind. Insoweit besteht ein großer Unterschied zu den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere *Kammern*. Soweit in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E neben den IHKs und Handwerkskammern auch sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften anspruchsberechtigt sind, betrifft dies nur Mitglieder in deren Eigenschaft als selbständige Unternehmer, die auf einem Markt für bestimmte Dienstleistungen tätig sind und insoweit in Wettbewerb zu anderen Unternehmen stehen. Es ist die Aufgabe dieser Kammern, gegen Wettbewerbsverstöße (z.B. irreführende Werbung) ihrer Mitgliedsunternehmen, aber auch gegen deren Mitbewerber vorzugehen. Im Übrigen unterliegen sie ihrerseits der staatlichen Kontrolle. Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind daher nicht mit Gewerkschaften vergleichbar.

Vorschlag

Beschränkung des § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E auf öffentlich-rechtliche Körperschaften

2. Die Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E

a) Regelungsvorschlag

¹⁰ Dahinter stand der *Deutsche Journalistenverband e.V.*, der zugleich eine Gewerkschaft ist.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG-E stehen „die in den §§ 1 bis 2 bezeichneten Ansprüche unter anderem den Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer satzungsgemäßen Aufgaben“ zu

b) Stellungnahme

Diesem Regelungsvorschlag ist grundsätzlich zuzustimmen, weil er im Einklang mit der Zuerkennung einer Anspruchsberechtigung von Gewerkschaften, die *zugleich* Berufsverbände sind, durch den BGH in der Entscheidung „Honorarbedingungen Freier Journalisten“ steht. Es ist nachvollziehbar, dass sich Gewerkschaften nicht als „qualifizierte Wirtschaftsverbände“ i.S. des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E und § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-E behandeln lassen wollen. Denn sie wollen ihre freiberuflichen Mitglieder nicht in deren Eigenschaft als Unternehmer kontrollieren, sondern lediglich als arbeitnehmerähnliche Personen im Verhältnis zu deren Auftraggebern schützen. Allerdings beschränkt sich die Anspruchsberechtigung der Gewerkschaften aufgrund ihrer Aufgabenstellung folgerichtig auf Verstöße gegen § 1 UKlaG.

Vorschlag

Nach § 3 Absatz 1 UKlaG wird folgender Absatz eingefügt:

(1a) Die in § 1 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung stehen Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen zu, soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.

C. Einzelfragen zum Regierungsentwurf

I. Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

Ein Mitbewerber soll nur noch dann anspruchsberechtigt sein, wenn er „Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt“. Die Regelung soll offenbar als vorgeschalteter Filter dienen, um missbräuchlichen Abmahnungen vorzubeugen. Das ist gut gemeint, erweist sich aber bei genauerem Hinsehen als schwerwiegende Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen von kleinen Unternehmen, die sich gegen Wettbewerbsverstöße von anderen, insbesondere größeren Unternehmen zur Wehr setzen wollen.

2. Stellungnahme

a) Definition des Begriffs „Mitbewerber“ als Ausgangspunkt

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist Mitbewerber „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“. Bezogen auf die Abmahnbefugnis

muss ein Unternehmer daher zu dem Unternehmen, dessen geschäftliche Handlung er als unzulässig nach § 3 oder § 7 UWG beanstandet, in einem „konkreten Wettbewerbsverhältnis“ stehen.¹¹ Es kommt also nicht auf die gesamte Geschäftstätigkeit eines abmahnenden Unternehmens an, sondern nur auf die Verhältnisse auf dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt an, auf dem sich die Unternehmen in Wettbewerb zueinander befinden.

b) Das Kriterium „in nicht unerheblichem Maße“

Das Kriterium „in nicht unerheblichem Maße“ ist sehr unbestimmt und kann gerade deshalb gerade seriöse kleine Unternehmen auf einem bestimmten Markt von der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen abhalten. Sie müssen befürchten, dass ihnen bereits die fehlende Anspruchsberechtigung entgegengehalten wird, ohne dass es zu einer Prüfung eines missbräuchlichen Vorgehens kommt.

Beispiel: Ein Start-up-Unternehmen will auf einem Markt Fuß fassen und hat dementsprechend erst geringfügige Umsätze, wird dabei aber durch eine unzulässige vergleichende Werbung eines auf diesem Markt etablierten Großunternehmens behindert.¹²

Wenn es in der Begründung des RegE weiter heißt: „*Spricht der Mitbewerber eine größere Anzahl von Abmahnungen aus, muss entsprechend der Umfang der geschäftlichen Tätigkeit größer sein*“, wird zudem nicht der Fall bedacht, dass sich eine Vielzahl von Unternehmen wettbewerbswidrig verhält. Daher muss es – wie in der bisherigen Rspr.¹³ anerkannt – auch kleinen Unternehmen möglich sein, gegen sie alle vorzugehen, um auf einem Markt Fuß fassen oder sich behaupten zu können.

Ein geringfügiger Umsatz eines Unternehmens kann daher allenfalls ein Indiz im Rahmen der Gesamtwürdigung des Verhaltens eines Unternehmens bei der Feststellung eines Missbrauchs sein, nicht aber eine Voraussetzung seiner Abmahnberechtigung sein.

b) Das Kriterium „nicht nur gelegentlich“

Es verbleibt da zweite (an sich kumulative) Erfordernis, dass ein Unternehmer nur dann als Mitbewerber anspruchsberechtigt sein soll, wenn er „*Waren oder Dienstleistungen ... nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt*“. Es bezieht sich ebenfalls auf den relevanten Markt. Sofern eine Person nur auf einem einzigen bestimmten Markt tätig ist und

¹¹ Ein „konkretes Wettbewerbsverhältnis“ zu einem anderen Unternehmen besteht nach st. Rspr. stets dann, wenn beide Parteien die gleichen oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb des gleichen Endabnehmerkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, d.h. in seinem Absatz behindern oder stören kann (vgl. z.B. BGH GRUR 2017, 397 Rn. 45 – *World of Warcraft II*).

¹² Wenn es in der Begründung heißt: „*Wettbewerber, die ihre Geschäftstätigkeit gerade erst aufgenommen haben ..., werden sich hierauf nur in Ausnahmefällen berufen können, zum Beispiel, wenn unzweifelhaft ist, dass die Geschäftstätigkeit weitergeführt oder ausgeweitet werden wird*“, so ist dies erst recht bedenklich. Denn gerade bei Start-ups besteht immer das Risiko, dass das Unternehmen scheitert.

¹³ Vgl. OLG München GRUR-RR 2007, 55; OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 56 (57); Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 8 Rn. 4.12b aE.

auch auf diesem Markt nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen anbietet, fehlt ihr allerdings bereits die Unternehmereigenschaft, und sie kann daher schon aus diesem Grund nicht Mitbewerber sein. Denn der Begriff des Unternehmers ist funktional zu verstehen und erfordert nach st. Rspr.¹⁴ eine „auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben“. Relevant kann die zweite Voraussetzung daher nur werden, wenn ein Unternehmer auf einem anderen Markt Waren oder Dienstleistungen nur „gelegentlich“ anbietet. Aber was heißt „gelegentlich“? **Beispiel:** Ein Kabarettist ohne festes Engagement tritt hin und wieder in der Öffentlichkeit auf, wenn er dazu von einem Veranstalter eingeladen wird. Soll er nicht gegen einen Wettbewerber nach § 4 Nr. 1 UWG vorgehen können, wenn ihn dieser in Interviews herabsetzt und verächtlich macht? Im Übrigen kann eine Person nicht Unternehmer sein, die Waren oder Dienstleistungen nur **nachfragt**, aber nicht vertreibt.

Vorschlag

Keine Änderung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

II. Anspruchsberechtigung von „qualifizierten Wirtschaftsverbänden“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E i.V. mit § 8a Abs. 2 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E sollen künftig nur noch solche Unternehmerverbände anspruchsberechtigt sein, die in eine vom Bundesamt für Justiz geführte „Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände“ eingetragen sind. Dazu müssen sie bestimmte Anforderungen erfüllen und nach der Eintragung periodisch bestimmte Berichtspflichten erfüllen. Zweck der Regelung ist es ersichtlich, solche Verbände nicht aufzunehmen bzw. wieder auszuschließen, denen es in erster Linie um die Erzielung von Einnahmen aus Abmahnungen geht. Sie hat ebenfalls **Präventivfunktion** und soll von vornherein verhindern, dass es zu missbräuchlichen Abmahnungen kommt.

2. Stellungnahme

a) Grundsätzliche Beurteilung

Die Vorschrift stellt ein Äquivalent zur bereits bewährten Regelung der Anspruchsberechtigung von Verbraucherverbänden nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG („qualifizierte Einrichtungen“) dar und ist daher grundsätzlich im Sinne einer Gleichbehandlung zu begrüßen.

b) Einzelne Anforderungen an „qualifizierte Wirtschaftsverbände“

¹⁴ Vgl. BGH GRUR 2009, 871 Rn. 33 – *Ohrclips*; BGHZ 167, 40 Rn. 14; OLG München GRUR 2017, 1147 Rn. 73; Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 2 Rn. 21.

aa) § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E

Bedenken bestehen gegen das Erfordernis von mindestens 75 Unternehmen als Mitgliedern (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E). Denn insoweit handelt es sich um eine andere Größenordnung als bei Verbraucherverbänden, die 75 Verbraucher als Mitglieder haben müssen. Im Vergleich zur Regelung bei Verbraucherverbänden genügt es auch nicht, dass der Verband mindestens drei Verbände, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, als Mitglieder hat.

Jedenfalls ist das Erfordernis einer Mitgliedschaft von mindestens 75 Unternehmen eine zu starre und damit unverhältnismäßige Regelung. Es wird nicht berücksichtigt, dass es viele, insbesondere auch neue Produktmärkte gibt, auf denen erst oder nur eine weitaus geringere Zahl von Unternehmen tätig ist. Der generelle Ausschluss von Verbänden, die nicht diese Mitgliederzahl erreichen, ist nicht gerechtfertigt. Vielmehr neben dem absoluten auch ein relatives, nämlich auf den jeweiligen Markt bezogenes Kriterium vorgesehen werden.

Vorschlag

§ 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E:

1. er mindestens 75 Unternehmer **oder mindestens ein Drittel der auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmer** als Mitglieder hat,

bb) § 8a Abs. 3 UWG-E i.V. § 4b UKlaG-E

Die Einführung von Berichts- und Mitteilungspflichten für Verbraucherverbände (§ 4b UKlaG-E) und für Wirtschaftsverbände ist bedenklich im Hinblick auf den damit verbundenen zusätzlichen personellen und organisatorischen Aufwand. Dies betrifft sowohl das Bundesamt für Justiz, als auch ganz besonders die Wirtschafts- und Verbraucherverbände, die die Hauptlast der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs tragen, wie die Wettbewerbszentrale und der vzbv. Die damit verbundenen Kosten, einschließlich des Bußgeldrisikos, stehen in keinem angemessenen Verhältnis zu dem Nutzen dieser Regelung. Sie entspricht daher nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Vorschlag

Streichung des § 4b UKlaG-E und entsprechende Änderung des § 8a Abs. 3 UWG-E

III. Verbot der missbräuchlichen Abmahnung (§ 8b Abs. 2 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

Nach § 8b Abs. 2 UWG-E liegt eine missbräuchliche Abmahnung insbesondere in fünf Fällen vor. Damit soll die Regelung in § 8b Abs. 1 UWG-E konkretisiert werden. § 8b Abs. 2

Nr. 1 UWG-E entspricht weitgehend dem § 8 Abs. 4 S. 1 UWG. Im Übrigen orientiert sich die Regelung weitgehend an der bisherigen Rspr. zu dieser Vorschrift.

2. Stellungnahme

Problematisch ist dabei, dass in den Tatbeständen der Nrn. 2 – 5 des § 8b Abs. 2 UWG-E ein Missbrauch angenommen wird, ohne dass es auf sonstige Umstände des Einzelfalls ankommt.¹⁵ Diese können aber gerade dann eine Rolle spielen, wenn es darum geht, die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe dieser Norm („erhebliche Anzahl“, „außer Verhältnis“, „anzunehmen ist“, „unangemessen hoch“, „erheblich überhöht“, „erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht“) im Einzelfall anzuwenden.

Daher würde es sich empfehlen, bei diesen Nummern nur von einer Vermutung zu sprechen, wie dies sogar in der Begründung des RegE (S. 27) steht.

Vorschlag

§ 8b

(1) [wie § 8 Abs. 4 S. 1 UWG, aber um den Zusatz „oder die Zahlung einer Vertragsstrafe“ erweitert]

(2) Eine missbräuchliche Geltendmachung wird **vermutet**, wenn [Nrn. 2 – 5]

IV. Formale Anforderungen an eine Abmahnung (§ 13 Abs. 2 UWG-E)

1. Regelungsvorschlag

Nach § 13 Abs. 2 UWG-E müssen in der Abmahnung 5 Angaben gemacht werden, und zwar klar und verständlich. Soweit die Abmahnung diesen Anforderungen nicht entspricht, hat der Abmahner keinen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen. Dagegen hat der Abgemahnte umgekehrt nach § 13 Abs. 5 S. 1 UWG-E einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen.

2. Stellungnahme

Die Rechtsfolgen für einen abmahnenden Mitbewerber, der diese Anforderungen nicht erfüllt, sind so schwerwiegend, dass redliche Unternehmer sich veranlasst sehen, von berechtigten Abmahnungen abzusehen, weil sie dieses Risiko nicht eingehen wollen. In diesem Sinne bewirkt die Regelung eher eine Schwächung als eine Stärkung des fairen Wettbewerbs.

a) § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG-E

¹⁵ Dazu jüngst die überaus sorgfältig begründete Entscheidung BGH WRP 2019, 180 Rn. 21 – 38 – *Abmahnaktion II*.

Zweifel wirft bereits die Nr. 2 (Voraussetzungen der Abmahnberechtigung nach § 8 Abs. 3 in der Fassung des UWG-E) auf. So müsste im Hinblick auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E der Abmahnende klar und verständlich angeben, dass und inwieweit er in einem „konkreten Wettbewerbsverhältnis“ zum Abgemahnten steht, was im Einzelfall schwierige Rechtsfragen aufwirft. Das Gleiche gilt für die Merkmale „in nicht nur unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich“. Die Begründung (S. 29) nennt als Beispiel „Größenkategorien der Zahl der Verkäufe“. Damit steht aber im Einzelfall gerade nicht fest, dass die Anspruchsberechtigung gegeben ist. Was soll im Übrigen für Dienstleistungen gelten, wie z.B. bei Architekten, Ärzten, Steuerberatern, Maklern? Zu bedenken ist auch, dass die anzugebenden Informationen für den Gegner wettbewerblich von hohem Interesse sein können. Was soll ferner bei § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E („qualifizierter Wirtschaftsverband“) angegeben werden, wenn es darum geht, inwieweit „die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt“?

b) § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E

Erhebliche Zweifel bestehen auch bei § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG-E, soweit es um die Angabe der „Rechtsverletzung“ geht. Welche Vorschriften des UWG durch eine geschäftliche Handlung verletzt werden, ist eine Frage, die letztlich das Gericht entscheiden muss („jura novit curia“ und „dabo mihi facta, dabo tibi jus“), zumal es gerade auch um Fragen der Feststellung des jeweiligen Streitgegenstands geht.

Auch zum Schutz der Abgemahnten, insbesondere wenn es sich um kleine Unternehmen handelt, erscheint daher eine Formulierung wie „die Angabe der tatsächlichen Umstände, die nach Auffassung des Abmahnenden eine Rechtsverletzung darstellen“¹⁶ angezeigt. Damit wird nämlich zugleich ein Einschüchterungseffekt vermieden.

c) § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E

Bedenken bestehen ferner gegen § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-E, weil eine rechtliche Subsumtion verlangt wird, die letztlich dem Gericht vorbehalten ist. Man kann nicht vom abmahnenden Mitbewerber verlangen, dass er selbst eine solche im Einzelfall höchst schwierige Subsumtion zu seinem Nachteil vornimmt, zumal – wie dargelegt – die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E stark korrekturbedürftig ist.

Vorschlag

1. Streichung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 5 UWG-E;
2. Ersetzung der Nr. 4 durch folgende Regelung:
„die Angabe der tatsächlichen Umstände, die nach Auffassung des Abmahnenden eine Rechtsverletzung darstellen“;

¹⁶ Vgl. dazu BGH WRP 2019, 883 Rn.31 – Prämiensparverträge.

ABMAHNUNGEN: MISSBRAUCH VERHINDERN – DATENSCHUTZ GEWÄHRLEISTEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung des fairen Wettbe-
werbs (BT-Drucksache 19/12084 vom 31.07.2019)

25. September 2019

Impressum

Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.

Team
Recht und Handel

Markgrafenstraße 66
10969 Berlin

Recht-und-Handel@vzbv.de

Inhalt

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
1. Kompromiss im Datenschutz	3
2. Vertragsstrafe bei „unerheblichen“ Verstößen.....	3
3. Missbrauchstatbestände als Vermutungsregel.....	3
4. Aufwendungsersatzanspruch des Abgemahnten deckeln.....	3
5. Berichtspflichten	3
6. Urheberrecht	3
7. Designschutz (Autoersatzteile)	3
II. ABMAHNMISSBRAUCH (UWG, UKLAG)	4
1. Kompromiss im Datenschutz (§ 13 Absatz 4 UWG-E)	4
2. Vertragsstrafe: Deckelung nur auf Kleinunternehmen und Vereine anwenden (§13a Absatz 3 UWG-E)	5
3. Missbrauchsregelung anpassen (§ 8b UWG-E)	5
3.1 Widerlegliche Vermutung anstelle von Regelbeispielen (§ 8b Absatz 2 UWG-E)....	5
3.2 Umfang der Unterlassungsverpflichtung (§ 8b Absatz 2 Nr. 5 UWG-E; § 2b Satz 1 Nr. 2 UKlaG-E)	6
4. Aufwendungsersatzanspruch deckeln (§ 13 Absatz 5 UWG-E)	6
5. Berichtspflichten begrenzen.....	7
III. URHEBERRECHT	9
IV. DESIGNSCHUTZ (AUTOERSATZTEILE)	10
1. Wettbewerb sorgt für niedrigere Ersatzteilpreise.....	10
2. Keine Gefährdung der Produktsicherheit	10
3. Bestandsschutz benachteiligt Autofahrer über Gebühr	10

I. ZUSAMMENFASSUNG

1. KOMPROMISS IM DATENSCHUTZ

Der vzbv begrüßt den Kompromiss zu den zivilrechtlichen Klagebefugnissen im Datenschutz. Die Klagebefugnisse von Verbraucher- und Wettbewerbsverbänden bleiben unangetastet, aber bei Abmahnungen von Seiten der Wettbewerber wird der Kostenerstattungsanspruch eingeschränkt. Dadurch werden insbesondere kleinere Unternehmen und Vereine vor Datenschutzabmahnungen (§ 13 Absatz 4 UWG-E) geschützt. Der Kompromiss stellt sicher, dass die wettbewerbsrechtliche Verbandsklage auch in Zukunft entscheidend dazu beiträgt, Verbraucherrechte gegenüber Digitalkonzernen durchzusetzen.

2. VERTRAGSSTRAFE BEI „UNERHEBLICHEN“ VERSTÖßEN

Die Deckelung der Vertragsstrafe auf 1.000 Euro gemäß § 13a Absatz 3 UWG-E sollte auf Kleinunternehmen und Vereine beschränkt werden. Für Kleinunternehmen sind 1.000 Euro angemessen, milliardenschwere Internetunternehmen dürfen von der Deckelung, die weit unterhalb der „Spürbarkeit“ liegt, aber nicht profitieren.

3. MISSBRAUCHSTATBESTÄNDE ALS VERMUTUNGSREGEL

Die einzelnen Missbrauchstatbestände in § 8b Absatz 2 UWG-E sollten als widerlegliche Vermutungsregelung ausgestaltet werden. Missbrauch kann nur unter Gesamtbetrachtung aller Umstände festgestellt werden. Eine starre Regelung mit unwiderlegbaren Beispieltatbeständen ist mit diesem Grundsatz nicht vereinbar.

4. AUFWENDUNGSERSATZANSPRUCH DES ABGEMAHNTEN DECKELN

Der Aufwendungsersatzanspruch des Abgemahnten (§ 13 Absatz 5 UWG-E) darf seinerseits nicht dazu führen, dass unverhältnismäßig hohe Kostenlasten für den Abmahnenden drohen. Der Anspruch muss deshalb der Höhe nach auf die Kosten beschränkt werden, die auch der Abmahnende dem Abgemahnten in Rechnung stellen darf.

5. BERICHTSPFLICHTEN

Die Berichtspflicht für eingetragene Verbraucher- und Wettbewerbsverbände über die Nutzung ihres Klagerechts sollte gestrichen werden, soweit sie öffentlich geförderte Verbraucherverbände betrifft. Dies gilt insbesondere für die Buß- und Zwangsgeldandrohung, die angesichts von Unklarheiten in der Regelung auch unverhältnismäßig ist.

6. URHEBERRECHT

Das Problem hoher Kosten durch urheberrechtliche Abmahnungen ist nach wie vor ungelöst. Der vzbv fordert vom BMJV Maßnahmen zur Kostendeckelung. Wie in der Untersuchung für das BMJV vorgeschlagen, sollte zumindest eine Begrenzung der für die Abmahnung anzusetzenden Schadensersatzbeträge sorgfältig geprüft werden.

7. DESIGNSCHUTZ (AUTOERSATZTEILE)

Der vzbv begrüßt die Einführung einer Reparaturklausel für Ersatzteile, die für mehr Wettbewerb und günstigere Preise sorgen wird. Die Regelung muss aber rückwirkend gelten, da sonst die meisten Verbraucherinnen und Verbraucher für sehr lange Zeit nicht hiervon profitieren werden.

II. ABMAHNMISSBRAUCH (UWG, UKLAG)

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) unterstützt den Gesetzentwurf zur Stärkung eines fairen Wettbewerbs und zur Verhinderung von Abmahnmissbrauch in seiner Zielrichtung und den überwiegenden Regelungen. Das System einer zivilrechtlichen Kontrolle des Wettbewerbs einschließlich verbraucherschützender Gesetze hat sich bewährt und sollte nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Darin ist sich der vzbv mit der Wirtschaft einig.

Insofern ist es folgerichtig, einen Missbrauch der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzungsbefugnisse zu verhindern. Missbrauch droht ansonsten die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung insgesamt in Misskredit zu bringen.

Gleichzeitig muss der Gesetzgeber aber auch seine Verantwortung für eine zielführende und maßvolle Korrektur bewährter Regelungen des Lauterkeitsrechts wahrnehmen. Korrekturen zur Verhinderung von Abmahnmissbrauch zwingen zu Augenmaß und Präzision; sie dürfen nicht über das Ziel hinausschießen. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf ist dies weitgehend, aber noch nicht vollständig gelungen.

Die Missbrauchsdiskussion darf nicht den Blick dafür trüben, dass die Klagerechte von Verbänden und Mitbewerbern einen erheblichen – wenn nicht sogar überwiegenden – Beitrag zur Bewährung und Fortbildung des Wettbewerbs- und Verbraucherrechts liefern. Durch Rechtsbruch und unlauteren Wettbewerb können Unternehmen erhebliche Gewinne auf Kosten der Verbraucherinnen und Verbraucher¹, der Allgemeinheit und ihrer Mitbewerber erwirtschaften und sich damit einen nicht gerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb verschaffen. Mit Blick auf die Digitalisierung und die zunehmende Monopolisierung des Datenhandels gilt dies auch und vor allem für die Durchsetzung des Datenschutzrechts. Deshalb muss darauf geachtet werden, dass Maßnahmen zur Verhinderung des Abmahnmissbrauchs nicht zu Defiziten und Lücken bei der Durchsetzung des Verbraucher- und Wettbewerbsrechts führen.

Insofern ist der Kompromiss zum Schutz kleinerer Unternehmen und Vereine vor Datenschutzabmahnungen ausdrücklich zu begrüßen und sollte vom Gesetzgeber nicht in Frage gestellt werden (Ziff. 1). Darüber hinaus sind in fachlicher Hinsicht noch einzelne, aber wichtige Korrekturen am Gesetzentwurf erforderlich (Ziffer 2 bis 5).

Im Einzelnen:

1. KOMPROMISS IM DATENSCHUTZ (§ 13 ABSATZ 4 UWG-E)

Der vzbv begrüßt den zu den datenschutzrechtlichen Klagerechten gefundenen Kompromiss. Die Klagebefugnisse von Verbraucher- und Wettbewerbsverbänden bleiben unangetastet, aber bei Abmahnungen von Seiten der Wettbewerber wird der Kostenerstattungsanspruch eingeschränkt.

Die wettbewerbsrechtliche Verbandsklage im Datenschutz trägt entscheidend dazu bei, Verbraucherrechte gegenüber milliardenschweren Digitalkonzernen durchzusetzen. Die teilweise geforderte Abschaffung des Verbandsklagerechts im Datenschutz wäre ein Kahlschlag, der dazu führen würde, dass Rechte nur noch auf dem Papier stehen. Dazu darf es nicht kommen.

¹ Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

Eine Abmahnwelle, wie sie mit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung befürchtet wurde, ist ausgeblieben. Rein vorsorglich sieht der Gesetzentwurf nun vor, Kleinunternehmen und Vereine gezielt vor datenschutzrechtlichen Abmahnungen zu schützen. Hierfür werden Mitbewerbern die wirtschaftlichen Anreize für Abmahnungen entzogen: Sie dürfen weder Gebühren kassieren (§ 13 Absatz 4 Nr. 2 UWG-E), noch Vertragsstrafen vereinbaren (§ 13a Absatz 2 UWG-E). Insoweit ist ausdrücklich zu begrüßen, dass diese Einschränkungen nicht für Verbände gelten sollen. Die Regelung schafft Rechtssicherheit für Kleinunternehmen, ohne das Vorgehen gegen gravierende Datenschutzverstöße durch hierfür qualifizierte Verbraucherverbände zu verhindern.

Die Regelung zum Schutz kleiner Unternehmen und Vereine vor Datenschutzabmahnungen ist zu begrüßen. Der Gesetzgeber sollte diesen Kompromiss nicht in Frage stellen. Weitergehende Einschränkungen der Verbandsklagerechte im Datenschutz sind abzulehnen.

2. VERTRAGSSTRAFE: DECKELUNG NUR AUF KLEINUNTERNEHMEN UND VEREINE ANWENDEN (§13A ABSATZ 3 UWG-E)

Bei der Deckelung der Vertragsstrafe auf 1.000 Euro für Verstöße im unerheblichen Maße (§ 13a Absatz 3 UWG-E) ist die finanzielle Leistungsfähigkeit des Abgemahnten zu berücksichtigen. Die Regelung ist deshalb auf die in § 13 Absatz 4 Nr. 2 UWG-E genannten kleinen Unternehmen und Vereine zu beschränken. Für Kleinunternehmen sind 1.000 Euro angemessen, für milliardenschwere Internetgiganten würde die Deckelung demgegenüber in vielen unklaren Fällen zu einem faktischen Sanktionsverbot führen, da 1.000 Euro hier weit unterhalb der finanziellen „Spürbarkeit“ liegen.

Bislang ist weitgehend unklar, wo im Einzelfall die Erheblichkeitsschwelle anzusetzen ist. Da bei einer zu hohen Vertragsstrafe Missbrauch vorliegen kann, könnten Verbände im Zweifel von einem unerheblichen Verstoß ausgehen und eine Vertragsstrafe von 1.000 Euro vorschlagen – auch gegenüber Großunternehmen, für die Vertragsstrafen von 1.000 Euro keinerlei disziplinierende oder „strafende“ Wirkung entfalten.

Die Deckelung der Vertragsstrafe auf 1.000 Euro darf nur kleinen Unternehmen und Vereinen zu Gute kommen.

3. MISSBRAUCHSREGELUNG ANPASSEN (§ 8B UWG-E)

3.1 Widerlegliche Vermutung anstelle von Regelbeispielen (§ 8b Absatz 2 UWG-E)

Der Missbrauchstatbestand (§ 8b Absatz 2 UWG-E) sollte als Vermutungsregelung ausgestaltet werden. Angesichts der weitgehenden Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Abmahnung im Sinne von § 8b UWG-E müssen Gerichte die einzelnen Missbrauchstatbestände auch nach einer Kodifizierung flexibel und unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte des Einzelfalls prüfen können.

Diesem Anspruch werden starre, nicht widerlegliche Regelbeispiele nicht gerecht. Die Feststellung von Missbrauch erfordert immer eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des *Einzelfalls*, deshalb muss es möglich sein, einen Missbrauchstatbestand auch im *Einzelfall* zu entkräften. Die in § 8b Absatz 2 genannten Regelbeispiele sollten deshalb als widerlegliche Vermutungsregelung formuliert werden.

Dies scheint auch die Bundesregierung ähnlich zu sehen. Aus der Begründung zum Gesetzentwurf geht ausdrücklich hervor, dass von einer Missbrauchs*vermutung* auszugehen ist: „Der Anspruchssteller kann die Vermutung entkräften, dass er missbräuch-

lich gehandelt hat.“² Eine solche Entkräftung wäre aber nach der eindeutigen Formulierung im Gesetz nicht möglich. Die Formulierung müsste deshalb im Gleichlauf mit § 2b Satz 1 UKlaG-E lauten: „Eine missbräuchliche Geltendmachung wird vermutet, wenn ...“.

Die Missbrauchstatbestände sollten als widerlegliche Vermutungsregelung formuliert werden.

3.2 Umfang der Unterlassungsverpflichtung (§ 8b Absatz 2 Nr. 5 UWG-E; § 2b Satz 1 Nr. 2 UKlaG-E)

Nach § 8b Absatz 2 Nr. 5 UWG-E und § 2b Satz 1 Nr. 2 UKlaG-E soll die Abmahnung als solche missbräuchlich und damit unzulässig sein, wenn die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsgutverletzung hinausgeht. Nach Einschätzung des vzbv würde diese Missbrauchsvermutung auch die reguläre – nicht missbräuchliche – Praxis der kollektiven Rechtsdurchsetzung erschweren.

Aus Sicht des Verbraucherschutzes sind unterschiedliche Auffassungen über die Reichweite einer Unterlassungspflicht und ihre exakte Formulierung ein häufiger Streitpunkt. Die Ableitung einer für den kollektiven Rechtsschutz allgemeinen Unterlassungspflicht aus einer konkreten Rechtsverletzung ist nicht immer leicht und ihrerseits mit Rechtsunsicherheit behaftet.

Selbstverständlich muss es dem Abgemahnten in diesen Fällen möglich sein, sich gegen eine zu weitgehende – und damit unberechtigte - Unterlassungspflicht zu wehren. Jeder Abgemahnte hat insoweit auch die Möglichkeit, eine modifizierte Unterlassungserklärung abzugeben, soweit diese geeignet ist, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Unterschiedliche Rechtsauffassungen über die Reichweite der Unterlassungserklärung sollten aber nicht dazu führen, dass die – berechnete – Abmahnung als solche unzulässig wird.

Der vzbv bittet den Gesetzgeber deshalb, das Regelbeispiel beziehungsweise die Vermutung in § 8b Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 UWG-E und § 2b Satz 1 Nr. 2 UKlaG-E zu streichen oder – im Gleichlauf mit den Missbrauchstatbeständen Nr. 2 und 3 - auf Mitbewerber zu beschränken, Verbraucherverbände aber jedenfalls hiervon auszunehmen.

Der Tatbestand des Missbrauchs in Form einer erheblich zu weitgehenden Unterlassungsverpflichtung ist zu unbestimmt und sollte gestrichen werden.

4. AUFWENDUNGSERSATZANSPRUCH DECKELN (§ 13 ABSATZ 5 UWG-E)

Bei unberechtigten oder formunwirksamen Abmahnungen soll der Abgemahnte einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe seiner für die Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten erhalten (§ 13 Absatz 5 UWG-E). Dieser Gegenanspruch erscheint grundsätzlich sinnvoll und rechtspolitisch geboten. Die jeweiligen Kosten von Abmahnung und Gegenanspruch sollten sich aber die Waage halten.

In der vorgeschlagenen Formulierung könnte die Regelung dazu führen, dass der Abgemahnte erheblich höhere Kosten geltend machen kann, als dies dem Abmahnenden im Falle einer berechtigten Abmahnung möglich wäre. Der Aufwendungsersatzanspruch auf Seiten des Beklagten wäre anhand des Gegenstandswerts zu bemessen

² Gesetzentwurf der Bundesregierung zu § 8b Absatz 2 UWG-E, Seite 30 f.; so heißt es in den folgenden Absätzen: „Nach Nummer 2 wird ein Missbrauch vermutet ...“ sowie „Die Missbrauchsvermutung in Nummer 3“ und für Nummer 4: „Die Vermutung bezieht sich ...“.

und würde ca. 800 bis 900 Euro betragen, während der Abmahnende nur die üblichen Mitarbeiterlohnkosten in Höhe von etwa 250 Euro geltend machen könnte.

Dadurch hätte die Regelung folgende – vermutlich unbeabsichtigte und unerwünschte – Wirkungen:

- Auf Seiten des Abmahnenden könnte sich eine starke Tendenz zur Ahndung „sicherer“ Fälle entwickeln, um sich im Unterliegensfalle keinem (hohen) Gegenanspruch auszusetzen. Ungeklärte zweifelhafte Rechtsverstöße würden der gerichtlichen Klärung entzogen.
- Der Aufwendungsersatzanspruch des Abgemahnten könnte in zweifelhaften Fällen eine Einigung zwischen Abmahnenden und Abgemahntem erschweren. Der Abmahnende könnte sich allein wegen des Kostenerstattungsanspruchs nicht auf die Argumentation des Abgemahnten einlassen und teilweise nachgeben, weil er dann mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwendungsersatzanspruch rechnen muss. Da nur gerichtlich geklärt werden kann, ob die Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruchs vorliegen, würde diese Regelung die Parteien mehr als bislang in eine Klage treiben.

Eine Lösung könnte darin bestehen, den Aufwendungsersatzanspruch des Abgemahnten in Höhe des spiegelbildlichen Aufwendungsersatzanspruchs des Abmahnenden zu deckeln. Darüber hinaus sollte klargestellt werden, dass der Aufwendungsersatzanspruch im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung auf die dem Rechtsanwalt nach Rechtsanwaltsvergütungsgesetz zustehenden Gebühren vollständig angerechnet werden.

Der spiegelbildliche Aufwendungsersatzanspruch des Abgemahnten sollte nicht höher ausfallen als der Kostenerstattungsanspruch des Abmahnenden.

5. BERICHTSPFLICHTEN BEGRENZEN

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass eingetragene Verbraucher- und Wettbewerbsverbände über die Nutzung ihres Klagerechts gegenüber dem Bundesamt für Justiz (BfJ) jährlich berichten (§ 4b UKlaG-E i.V.m. § 8a Abs. 3 UWG-E). Diese Berichtspflicht für eingetragene Verbraucher- und Wettbewerbsverbände über die Nutzung ihres Klagerechts sollte gestrichen werden, soweit sie öffentlich geförderte Verbraucherverbände betrifft.

Aus Sicht des vzbv ist die Regelung über die Berichtspflichten gerade mit Blick auf öffentlich geförderte Verbraucherverbände zu weitgehend, teilweise überflüssig und ungeeignet, unverhältnismäßig sanktionsbewehrt und damit insgesamt überarbeitungsbedürftig:

- ❖ Die zivilrechtliche Durchsetzung des Verbraucherrechts lebt von der Eigenverantwortung der klagebefugten Einrichtungen; eine generelle Berichtspflicht jenseits eines konkreten Missbrauchsverdachts würde den Schritt von einer formellen zu einer inhaltlichen Überprüfung der klagebefugten Verbände bedeuten.
- ❖ Bei öffentlich geförderten Verbraucherverbänden hätte die Berichtspflicht zudem keine praktischen Folgen, weil die Klagebefugnis hier allein von der überwiegenden öffentlichen Förderung abhängt und nicht von den übrigen Eintragungsvoraussetzungen in § 4 Absatz 2 Satz 1 UKlaG-E, deren Vorliegen gemäß Satz 2 unwiderleglich vermutet wird. Die Berichtspflicht steht aber in genau diesem Zusammenhang:

Sie soll dem BfJ die nötige Evidenzbasis für die Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen liefern. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob die Abmahn- und Klagetätigkeit primär der Einnahmenerzielung gemäß § 4 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 b) UKlaG-E dient (vgl. die Begründung zu § 4b Absatz 1 UKlaG-E, Seite 41). Bei Verbraucherzentralen, für die die unwiderlegliche Vermutung gilt, dass sie alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllen, ist diese Berichtspflicht damit weder geeignet noch erforderlich.

- ❖ Angesichts der fehlenden Eignung der Regelung mit Blick auf die zu sichernde Evidenzbasis würde der damit verbundene hohe Dokumentations- und Erfüllungsaufwand eine unverhältnismäßige Belastung darstellen. Die hierfür einzusetzenden öffentlichen Mittel stünden der eigentlichen Tätigkeit im Verbraucher- und Wettbewerbsschutz nicht mehr zur Verfügung.
- ❖ Hilfsweise bittet der vzbv darum, bei der konkreten Ausgestaltung auf eine einfache Handhabbarkeit der Berichtsansforderungen für die klagebefugten Einrichtungen zu achten:
 - Gemäß § 4b Absatz 1 Nr. 1 UKlaG-E sind neben der Anzahl der Abmahnungen, Anträge auf einstweilige Verfügung und Klagen auch die „zugrundeliegenden Zuwiderhandlungen“ anzugeben. In welchem Umfang über die Zuwiderhandlung in Bezug auf den zugrundeliegenden Sachverhalt und/oder den Rechtsverstoß zu berichten ist, bleibt aber unklar. Angaben zum Sachverhalt wären in jedem Fall mit einem sehr hohen Dokumentationsaufwand verbunden. Um Rechtsunsicherheit und unnötigen Aufwand zu vermeiden, sollte sich der Gesetzgeber hier an der geltenden Berichtspflicht über die Nutzung der datenschutzrechtlichen Klagebefugnis nach § 2a UKlaG orientieren und die Berichtspflicht auf die „Anzahl“ der Abmahnungen, Anträge und Klagen beschränken.
 - Der Gesetzentwurf verlangt eine Berichterstattung über die *entstandenen* Ansprüche auf Aufwendungsersatz für Abmahnungen, auf Erstattung von Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung sowie auf verwirkte Vertragsstrafen (§ 4b Absatz 1 Nr. 3 UKlaG-E). Wenn die Berichterstattung aber Transparenz darüber verschaffen soll, inwieweit die Abmahn- und Klagetätigkeit zur Einnahmenerzielung eingesetzt wird, wäre es sinnvoll, nicht die *entstandenen* Ansprüche zu erfassen, sondern die *tatsächlichen* Zahlungseingänge.
- ❖ Der Sanktionsrahmen mit einer Bußgeldandrohung von bis zu 100.000 Euro (§ 16 UKlaG-E) ist angesichts der oben genannten Unklarheiten unangemessen und überhöht. Zum Vergleich: Im Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz ist der Bußgeldrahmen für Unternehmen, die gegen behördliche Anordnungen verstoßen, auf 10.000 Euro begrenzt (§ 9 Absatz 2 EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz).

Die Berichtspflicht für eingetragene Verbraucher- und Wettbewerbsverbände über die Nutzung ihres Klagerechts sollte gestrichen werden, zumindest soweit sie Verbraucherverbände, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, betrifft.

III. URHEBERRECHT

Im Regierungsentwurf werden spürbare Änderungen im Bereich der Abmahnungen von Verbrauchern wegen Urheberrechtsverletzungen, wie eine Begrenzung des Schadensersatzanspruchs, abgelehnt. Hintergrund seien europarechtliche Bedenken.

Dies geht an den Erkenntnissen der vom Regierungsentwurf selbst zitierten Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vorbei. Demnach ist es „[A]us der Sicht des Gesetzgebers von 2013 [...] zweifellos unbefriedigend, dass die in Abmahnungen unterbreiteten pauschalen Vergleichsangebote **in der Höhe nicht zurückgegangen sind** [...]“ (Hervorhebung vom vzbv)³

Die Begründung für das Scheitern eines der zentralen Aspekte des Gesetzes liefert die Untersuchung ebenfalls:

„Die Deckelung der Rechtsanwaltskosten, die offenbar überwiegend beachtet wird, hat insofern nicht den gewünschten Erfolg erzielt. Zurückzuführen ist dies darauf, dass in die Vergleichsvorschläge nicht nur die Rechtsanwaltskosten für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, sondern auch die (nicht gedeckelten) Kosten der Ermittlung der Rechtsverletzung, **vor allem jedoch die (nicht gedeckelten) Schadensersatzansprüche für die Rechtsverletzung einfließen**.“⁴ (Hervorhebung vom vzbv)

Zwar wird in der Untersuchung weiter ausgeführt, dass jegliche Änderungen in diesem Bereich hochkomplex sind. Dennoch wird in aller Deutlichkeit festgestellt:

„Eine Senkung der im pauschalierten Vertragsangebot angesetzten Beträge wäre über eine Begrenzung der für die Abmahnung anzusetzenden Schadensersatzbeträge möglich.“⁵

Deswegen stellt die Aussage im Regierungsentwurf, dass sich die Änderungen des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken grundsätzlich bewährt haben, eine Art „Rosinenpickerei“ dar. Denn, dass ein zentrales Regulierungsziel, nämlich die Senkung der konkreten Kostenlast für die Abgemahnten (vgl. S.16f des Regierungsentwurfs von 2013), verfehlt wurde, bleibt unerwähnt.

Eine Lösungsmöglichkeit wäre, eine Deckelung des Schadensersatzes gestaffelt nach bestimmten Fallgruppen einzuführen. Damit wird **nicht** über den Schadensersatzanspruch als solchen befunden, der ist unstrittig.

Wie in der Untersuchung für das BMJV vorgeschlagen, sollte zumindest eine Begrenzung der für die Abmahnung anzusetzenden Schadensersatzbeträge einer erneuten sorgfältigen Überprüfung unterzogen werden. Die Staffelung nach bestimmten digitalen Inhalten (Musik, Video, Foto, etc.) könnte hier ein adäquates Mittel darstellen.

³ Schulte-Nölke, Henning-Bodewig, Podszun, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, im Internet unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Evaluierung_unserioese_Geschaeftspraktiken_Schlussbericht.html, S. 245.

⁴ Ebd.

⁵ Ebd.

IV. DESIGNSCHUTZ (AUTOERSATZTEILE)

Der Verbraucherzentrale Bundesverband setzt sich bereits seit vielen Jahren für mehr Wettbewerb auf dem Ersatzteilemarkt ein und begrüßt daher den vorliegenden Gesetzesentwurf.⁶ Die Regelung sollte aber auch für bereits eingetragene Designs gelten, weil Verbraucher ansonsten für viele Jahre nicht oder nur eingeschränkt davon profitieren können.

1. WETTBEWERB SORGT FÜR NIEDRIGERE ERSATZTEILPREISE

Mit der Einführung einer Reparaturklausel sollen Autofahrer die Wahlfreiheit bei Ersatzteilen erhalten und nicht mehr als notwendig bei Reparaturen bezahlen. Die EU hatte mit der Reparaturklausel im Designrecht (Richtlinie 98/71/EG) bereits 1998 das Designrecht liberalisiert, um den Wettbewerb auf dem Ersatzteilemarkt zu stärken. Die damalige Bundesregierung hatte den möglichen Handlungsrahmen nicht ausgeschöpft und keine Reparaturklausel im Designrecht verankert. Mit dem Ergebnis, dass in Deutschland sichtbare Ersatzteile um bis zu 40 Prozent teurer sind als in den Ländern, die eine Reparaturklausel eingeführt haben, wie zum Beispiel Spanien, Italien und die Niederlande.⁷

Konkret ist davon auszugehen, dass Verbraucher im Durchschnitt zum Beispiel bei Motorhauben um die 40 Prozent mehr ausgeben, bei Außenspiegeln 35 Prozent mehr und bei Kotflügeln sind in Einzelfällen sogar 56 Prozent Preisunterschied gegenüber dem europäischen Ausland möglich.⁸

Der Trend steigender Ersatzteilpreise hat sich verstetigt. Wie aus einer Untersuchung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) hervorgeht, stiegen die Preise für Pkw-Ersatzteile seit Januar 2013 im Durchschnitt um ein Fünftel.⁹ Auch vor dem Hintergrund zunehmender Kostenbelastungen der deutschen Autobesitzer sollte die Bundesregierung jede Möglichkeit zu deren Entlastung suchen.

2. KEINE GEFÄHRDUNG DER PRODUKTSICHERHEIT

Eine Gefährdung der Produktsicherheit durch die Reparaturklausel – wie von einigen Kritikern des Gesetzesentwurfs vorgetragen – sieht der vzbv nicht. Unabhängig vom Designschutz müssen alle sicherheitsrelevanten Teile, wie zum Beispiel Scheinwerfer, ein strenges Typengenehmigungsverfahren durchlaufen. Nur Ersatzteile, die den Sicherheitsanforderungen genügen, dürfen in den Handel.

3. BESTANDSSCHUTZ BENACHTEILIGT AUTOFAHRER ÜBER GEBÜHR

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht einen Bestandsschutz für bereits eingetragene Designs vor, die Neuregelung soll erst ab dem Inkrafttreten des Gesetzes gelten. Hierdurch würden Autofahrer benachteiligt, die ihre Autos bereits besitzen, bzw. Neuwagen erwerben, bei denen der Designschutz noch greift. Das bedeutet, der weitaus größere

⁶ Designschutz für Auto-Ersatzteile muss fallen, Meldung des vzbv vom 25.03.2013, <https://www.vzbv.de/meldung/designschutz-fuer-auto-ersatzteile-muss-fallen>, zuletzt abgerufen am 28.09.2018; Stellungnahme des vzbv zur Novellierung der Designschutzrichtlinie vom 14.04.2008, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/stellungnahme_designschutz_14_04_2008.pdf, zuletzt abgerufen am 28.09.2018.

⁷ <http://faire-ersatzteile.de/>, Stand.19.09.2018

⁸ <http://faire-ersatzteile.de/>, Stand.19.09.2018

⁹ <https://www.gdv.de/de/themen/news/preise-fuer-auto-ersatzteile-steigen-rasant-11536>, Stand.19.09.2018

Teil der Verbraucher würde von der neuen Regelung auf absehbare Zeit nicht profitieren.

Ein Bestandsschutz ist aus Sicht des vzbv rechtlich nicht notwendig. Er benachteiligt vielmehr die Autofahrer über Gebühr. Durch das Designmonopol der Hersteller wurde der Verbraucher in der Vergangenheit – das heißt in den letzten vierzehn Jahren¹⁰ – gezwungen, das Design mehrfach zu bezahlen, zumindest im Reparaturfall. Und er musste - wie oben ausgeführt - auch noch mehr für die Ersatzteile bezahlen als im europäischen Ausland. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese für Verbraucher nachteilige Situation unnötig verlängert werden soll.

Der Gesetzgeber muss sich darüber im Klaren sein, dass unwillige Autohersteller kurz vor Inkrafttreten der Reparaturklausel noch eine Vielzahl von Designs anmelden werden, die dann gemäß § 27 Absatz 2 DesignG bis zu 25 weitere Jahre, also bis ins Jahr 2043, nicht von der Reparaturklausel erfasst werden. Aufgrund des geplanten Bestandsschutzes werden ausgerechnet diejenigen Verbraucherinnen und Verbraucher nicht von den intendierten Verbesserungen profitieren, die finanziell schlechter gestellt sind und sich deshalb ältere Fahrzeuge halten.

Entgegen möglichen Einwänden ist eine Aufhebung des Bestandsschutzes kein Verstoß gegen Art. 14 GG. Eine solche Reduzierung des Bestandsschutzes auf 8 bis maximal 10 Jahre wäre verfassungskonform, da Gründe des öffentlichen Interesses dies legitimieren. Zu diesem Ergebnis kommt der Prof. Foroud Shirvani von der Universität Bonn in einem aktuellen Gutachten¹¹. Durch eine entsprechende Regelung wird nur die Reichweite des Designschutzes bestimmt, der für Neufahrzeuge uneingeschränkt gilt. Damit handelt es sich lediglich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Angesichts der lange dauernden Diskussion über die Reichweite des Designschutzes und angesichts des massiven ökonomischen Nutzens, den die Autoindustrie aus der bisherigen Regelung über die letzten Jahrzehnte gezogen hat, kann die Industrie wenig Vertrauensschutz in Anspruch nehmen. Der vzbv geht daher davon aus, dass eine Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Rückwirkung mit dem Vertrauensschutz der Autoindustrie zugunsten der Verbraucherinteressen ausgehen wird.

Die Einführung einer Reparaturklausel wird für mehr Wettbewerb auf dem Ersatzteilemarkt und damit für günstigere Verbraucherpreise sorgen. Allerdings muss der Bestandsschutz bereits eingetragener Designs für Reparaturzwecke (§ 73 Abs. 2 DesignG-E) auf einen verfassungskonformen Zeitraum begrenzt werden. Nur ein klar definierter Stichtag in absehbarer Zukunft schafft Rechtssicherheit und ermöglicht freien Wettbewerb zugunsten der Verbraucher.

¹⁰ Ausgehend vom Inkrafttreten des Geschmacksmusterreformgesetzes im Jahr 2004

¹¹ Prof. Dr. Foroud Shirvani „Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Beschränkung bestehender Designrechte bei der Einführung der Reparaturklausel“ – Gutachten im Auftrag des Gesamtverband Autoteile-Handel e.V.

Stellungnahme

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines
Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs
(BT-Drs. 19/12084)

Stand: 20.06.2019



I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist seit 90 Jahren die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels – des drittgrößten Wirtschaftszweigs in Deutschland – mit insgesamt drei Millionen Beschäftigten und gut 430 Milliarden Euro Jahresumsatz. Er vertritt die Belange und Interessen von rund 400.000 Einzelhandelsunternehmen – aller Branchen, Vertriebsformen, Standorte und Betriebsgrößen. Der HDE repräsentiert stationäre, Online- und Multi-Channel-Händler und ist damit das einzige legitime Sprachrohr der gesamten Einzelhandelsbranche.

Seit über zehn Jahren kritisiert der HDE den Abmahnmissbrauch nach dem Lauterkeitsrecht, von dem der gesamte Handel, in besonderem Maße aber auch der Online-Handel betroffen ist. Auch die Bundesregierung bestätigt diese Beobachtung und stellte in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten der FDP-Bundestagsfraktion (Drs. 19/3510) im letzten Jahr fest, dass sie „zahlreiche Eingaben betroffener Bürger“ erhalte, aus denen sich gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergebe. Der HDE hat im Juni 2017 gemeinsam mit dem DIHK und weiteren Verbänden mit einem gemeinsamen Papier „Private Rechtsdurchsetzung stärken – Abmahnmissbrauch bekämpfen“ ebenfalls auf diese Tatsache hingewiesen und gesetzliche Änderungen vorgeschlagen.

Der HDE begrüßt daher ausdrücklich die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit dem nun vorliegenden Gesetzentwurf geeignete und wirkungsvolle Maßnahmen zur Eindämmung des Abmahnmissbrauchs nach dem Lauterkeitsrecht durch Änderungen der Regeln im Lauterkeits-, Unterlassungsklage- und Gerichtskostengesetz vornehmen will. Der vorliegende Gesetzentwurf bedient hierzu die richtigen Stellschrauben und ist nach Einschätzung des HDE geeignet, einen Durchbruch im Kampf gegen den Abmahnmissbrauch zu erzielen, insbesondere Unternehmen aus dem KMU-Bereich zu entlasten und damit den fairen Wettbewerb und die Akzeptanz der privaten Rechtsdurchsetzung zu stärken.

II. Grundsätzliches

Der Abmahnmissbrauch nach dem Lauterkeitsrecht belastet die Einzelhandelsunternehmen weiterhin erheblich. Völlig richtig wird in dem Regierungsentwurf festgestellt, dass trotz der Neuregelung des Kostenrechts im Zuge des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 09.10.2013 (BGBl. I S. 3714) missbräuchliche Abmahnungen nach dem Lauterkeitsrecht auch wegen geringfügiger Verstöße mit tatsächlich geringer Wettbewerbsrelevanz ausgesprochen werden (RegE S. 18). Nach der Erfahrung des HDE war die positive Wirkung des Gesetzes tatsächlich gering und blieb in der Branche unterhalb der Wahrnehmungsschwelle. Mit dem nun vorliegenden Gesetzentwurf will die Bundesregierung daher richtiger-



weise einen größeren Wurf unternehmen und hat mit höheren Anforderungen an die Befugnis zur Geltendmachung von Ansprüchen, der Verringerung finanzieller Anreize für Abmahnungen, mehr Transparenz sowie vereinfachten Möglichkeiten zur Geltendmachung von Gegenansprüchen sowie einer Neuregelung des Gerichtsstands ein ganzes Maßnahmenbündel vorgelegt, welches nach Einschätzung des HDE in der Summe geeignet sein wird, einen besseren Schutz des Einzelhandels gegen missbräuchliche Abmahnungen zu gewährleisten.

Von einer nicht unbedeutenden Zahl von Rechtsanwälten ist schon vor vielen Jahren erkannt worden, dass die geltende Rechtslage wegen bestehender Defizite gute Möglichkeiten bietet, diese im Wege des Abmahnmissbrauchs als leichte Einnahmequelle zu missbrauchen. Schon im Jahr 2010 wurde in einer kleinen Anfrage von Mitgliedern der SPD-Bundestagsfraktion (Drucksache 17/1447) festgestellt, dass Anwaltskanzleien und Unternehmen existieren, die darauf spezialisiert sind, Unternehmen abzumahnern, ohne dass sie ein tatsächliches Interesse an einer Verfolgung des behaupteten Rechtsverstoßes haben. Verbunden mit vollständig überzogenen Kostenforderungen sprechen sie im Namen von sogenannten Wettbewerbern reihenweise Abmahnungen aus. Dabei werden Wettbewerbsverhältnisse teilweise nur fingiert und bestehende Rechtsunsicherheiten und die schwierige Handhabbarkeit des geltenden Rechts insbesondere zulasten kleiner und mittelständischer Händler ausgenutzt. Ähnlich agieren bekannte „Abmahnvereine“, die im Rechtsverkehr offiziell als Wettbewerbs- oder Verbraucherschutzvereine auftreten. Die genannten Rechtsanwälte und „Abmahnvereine“ sind dabei ausschließlich daran interessiert, Gebühren- und Aufwendungsersatzansprüche zu generieren oder möglichst hohe Vertragsstrafen durchzusetzen.

Nach einer aktuellen Studie der Trusted Shops GmbH (Abmahnstudie 2018) verursacht eine Abmahnung im Online-Handel durchschnittliche Kosten von fast 1.400 Euro bei steigender Tendenz. Außerdem wurden bei erneuten Verstößen Vertragsstrafen von durchschnittlich 3.800 Euro fällig. Auf diese Weise werden die betroffenen Händler teilweise in eine existenzbedrohende Situation gebracht. Nach der o. g. Studie fühlen sich 66 Prozent der Online-Händler durch Abmahnungen in ihrer Existenz bedroht. Auch das Gefühl der Existenzbedrohung hat im Vorjahresvergleich signifikant zugenommen.

Die Erfahrung des HDE bestätigen, dass als ungerechtfertigt wahrgenommene Abmahnungen den Händler mindestens dazu veranlassen können, die Nutzung einzelner Vertriebskanäle wie den Online-Handel wegen der damit verbundenen Risiken zu überprüfen oder sogar einzustellen. Dies ist auch aus wettbewerbsökonomischen Gründen nicht wünschenswert. Gerade kleine und mittelständische Händler haben mit dem Online-Handel nämlich ein zusätzliches und häufig existenzsicherndes wirtschaftliches Standbein gefunden. Wenn diese Mitbewerber nun in der Praxis durch den Missbrauch der Abmahnmöglichkeiten wieder vom Markt verdrängt werden, führt die Instrumentalisierung der privaten Rechtsdurchsetzung für



sachfremde Ziele zu einer mittelbaren Wettbewerbsbeschränkung und verstärkt damit Konzentrationstendenzen mit Nachteilen für die Verbraucher. Denn ein funktionierender Online-Handel führt zu einer größeren Angebotsvielfalt, erleichtert den Zugang zu Informationen über die einzelnen Produkte, erhöht damit die Markttransparenz und führt im Ergebnis zu sinkenden Preisen zugunsten der Konsumenten.

Der HDE unterstützt daher die Zielsetzung der Bundesregierung, mit dem vorliegenden Referentenentwurf missbräuchliche Abmahnungen einzudämmen, ohne das wichtige und grundsätzlich bewährte Instrument der privaten Rechtsdurchsetzung in Frage zu stellen, und so einen Beitrag für einen fairen Wettbewerb zu leisten.

III. Zu den geplanten Regeln im Einzelnen

1. Änderung der Klagebefugnis und Kontrolle der begünstigten Einrichtungen

Mit § 8 Abs. 3 UWG-E werden höhere Anforderungen an die Berechtigung von Mitbewerbern und Wettbewerbsverbände zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen eingeführt. § 8 a UWG-E enthält die Voraussetzungen für Wirtschaftsverbände im Hinblick auf die Eintragung in die neu eingeführte Liste qualifizierter Wirtschaftsverbände. Mit § 4 bis § 4 b UKlaG werden die Anforderungen an die qualifizierten Einrichtungen nach dem UKlaG geregelt. Es wird eine turnusmäßige Überprüfung im Hinblick auf die Eintragungsvoraussetzungen vorgesehen und neue Berichtspflichten für die qualifizierten Einrichtungen werden eingeführt.

a) *Schärfung des Mitbewerberbegriffs (Art. 1 Ziff. 1 a) – § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E)*

Mit dem ergänzten § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E wird der Mitbewerberbegriff legal definiert. Danach liegt die Mitbewerbereignenschaft als wesentliche Voraussetzung der Klagebefugnis nur vor, wenn der Unternehmer in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich Waren wie der auf Unterlassung in Anspruch genommene Unternehmer vertreibt oder nachfragt.

Diese Konkretisierung des Mitbewerberbegriffs ist dringend geboten. In der Praxis ist nämlich häufig zweifelhaft, ob tatsächlich bei einem abmahnenden bzw. klagenden Unternehmer eine Mitbewerbereignenschaft und eine Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vorliegt. Zudem wird durch die Rechtsprechung der Begriff der Mitbewerbereignenschaft mitunter überdehnt. Wie in der Gesetzesbegründung festgestellt wird, genügt es danach, wenn der Abmahnende nur einige wenige Waren gleicher Art – zum Teil zu überhöhten Preisen – anbietet. Als unproblematisch wird es teilweise



auch angesehen, wenn das Gewerbe erst kurz vor Beginn der Abmahntätigkeit angemeldet wurde.

Mit der neuen Legaldefinition wird diesen Problemen nun begegnet, indem der Mitbewerberbegriff nachgeschärft wird. Der Abmahner muss außerdem gemäß § 13 Abs. 2 Ziff. 2 i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-E bereits in der Abmahnung darlegen, dass er in „nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich“ Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt. Im Zusammenhang mit dieser Verpflichtung erlangt der nachgeschärfte Mitbewerberbegriff eine besondere Relevanz. Durch die Darlegungspflicht des Abmahners ist das Vorliegen der Klagebefugnis nämlich für den Abgemahnten bereits bei der ersten Anspruchstellung und vor Beginn des Prozesses überprüfbar.

Wir begrüßen die Klarstellung im Regierungsentwurf, mit der sichergestellt wird, dass ein nur gelegentlicher Vertrieb ähnlicher Waren und Dienstleistungen für die Mitbewerbereigenschaft nicht mehr ausreicht. Diese Ergänzung stellt die Klagebefugnis von Mitbewerbern nicht grundsätzlich in Frage, beschränkt sie aber auf „echte“ Mitbewerber. Damit wird wirksam ausgeschlossen, dass die Mitbewerbereigenschaft, z. B. auf Veranlassung interessierter Rechtsanwaltskanzleien, faktisch fingiert wird.

b) Neue Anforderungen an klagebefugte Wirtschaftsverbände (Art. 1 Ziff. 1 a) – § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E i. V. m. Art. 1 Ziff. 2 – § 8 a UWG-E)

Nach der geplanten Neufassung des § 8 Abs. 3 sollen in Zukunft Wirtschaftsverbände nur noch klagebefugt sein, wenn sie in der Liste nach § 8 a UWG-E eingetragen sind. § 8 a UWG-E benennt in Abs. 2 die Voraussetzungen für die Eintragung. Diese soll nur in Betracht kommen, soweit der Verband eine Mindestmitgliederzahl von 75 Unternehmen hat (Nr. 1), er seit mindestens einem Jahr in das Vereinsregister eingetragen ist und seine satzungsgemäßen Aufgaben wahrnimmt (Nr. 2) und ferner aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit und seiner personellen, sachlichen sowie finanziellen Ausstattung die satzungsgemäße Aufgabenerfüllung sichergestellt und ausgeschlossen ist, dass er Ansprüche lediglich geltend macht, um Einnahmen zu generieren (Nr. 3).

Wie vom HDE gefordert, werden damit die Anforderungen an die Klagebefugnis von Wettbewerbsvereinen deutlich erhöht und auch für diese Organisationen – wie schon für Verbraucherverbände – die Eintragung in einer Liste der klagebefugten Vereine nach vorheriger Prüfung durch das Bundesamt für Justiz eingeführt. Der HDE erwartet, dass auf diese Weise das Missbrauchspotential deutlich gesenkt wird. Unseriöse Verbände, die Abmahnungen als Geschäftsmodell betreiben, weil sie sich z. B. überwiegend aus den aus der Rechtsverfolgung resultierenden Ansprüchen gegen den



Abgemahnten (Aufwendungsersatz sowie Vertragsstrafen) finanzieren und außerdem auf Beratung und Information ihrer Mitglieder verzichten, werden in Zukunft wegen der erhöhten Anforderungen nicht mehr klagebefugt sein und daher keine Unterlassungsklagen anstrengen können.

Wir begrüßen daher die im Regierungsentwurf vorgenommenen praxisgerechten Änderungen im Katalog der Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 8 a Abs. 2 UWG-E.

Die Ziff. 1 fordert nun nicht mehr – wie der Referentenentwurf - die Mitgliedschaft von fünf Verbänden, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind. Dies ist im Hinblick auf die tatsächlichen Verhältnisse angemessen, da sonst die Gefahr bestanden hätte, dass die Arbeitsfähigkeit seriöser und von uns sehr geschätzter branchenübergreifender Verbände mindestens partiell in Frage gestellt worden wäre. Es gibt in Deutschland nämlich Branchen, in denen keine fünf Verbände existieren. Bei über 800 Branchen in Deutschland hätte eine Überprüfung branchenübergreifender Verbände das Bundesamt der Justiz zudem schnell überfordert. Die Anhebung des Schwellenwerts für die Zahl der Mitglieder von 50 auf 75 Unternehmen gewährleistet dagegen eine höhere Repräsentanz und schützt die Unternehmen vor Abmahnungen durch Verbände, die nur wenige Mitglieder und damit tatsächlich wenig Rückhalt in der Wirtschaft haben.

In Ziff. 2 wird richtigerweise klargestellt, dass nur Verbände in die Liste klagebefugter Einrichtungen eingetragen werden, wenn sie nicht nur ein Jahr im Vereinsregister eingetragen sind, sondern in dieser Zeit auch ihre satzungsgemäßen Aufgaben tatsächlich erfüllt haben. Damit wird gewährleistet, dass Verbände nicht nur formell eingetragen sind, ohne in der Praxis ihre Aufgaben zu erfüllen und tatsächlich nur das Ziel verfolgen, Abmahnungen auszusprechen.

Wir schlagen weiterhin vor, den Katalog der Voraussetzungen für die Eintragung noch wie folgt zu ergänzen, um die richtige Zielsetzung des Gesetzgebers noch besser zu erreichen und eine Eintragung unseriöser Verbände wirksam zu verhindern.

- Auch wenn eine Eintragung nach dem Regierungsentwurf nur unter der Voraussetzung möglich sein soll, dass der Verband über eine gesicherte personelle Ausstattung verfügt, halten wir ergänzend und zur Konkretisierung die folgende zusätzliche Voraussetzung (z. B. als neue Ziffer 5) für wünschenswert:

5. er zur Geltendmachung der Ansprüche über eigene Juristen verfügt, die die notwendigen Abmahnungen erstellen,



Damit wird klar- und sichergestellt, dass abmahnbefugte Verbände über eigene Expertise verfügen müssen, um Abmahnungen selbst vorzunehmen.

Eine entsprechende Ergänzung kann auch in § 4 b Abs. 1 UKlaG-E erfolgen.

- Richtigerweise wird der klagebefugte Verband nach § 13 Abs. 2 Ziff. 3 UWG-E verpflichtet, in der Abmahnung klar und verständlich anzugeben, in welcher Höhe er Aufwendungsersatzansprüche geltend macht und wie er sie berechnet. Darüber hinaus sollte die Geltendmachung und Berechnung der Aufwendungsersatzansprüche aber auch der Kontrolle durch das Bundesamt der Justiz unterworfen und diese zur Eintragungsvoraussetzung gemacht werden. Wir schlagen daher vor, als Ziffer 6 die folgende zusätzliche Voraussetzung aufzunehmen:

6. er jährlich eine nachvollziehbare Berechnung der geforderten Aufwendungsersatzpauschale vorlegt,

Eine entsprechende Ergänzung kann auch in § 4 b Abs. 1 Nr. 3 a) UKlaG-E erfolgen.

Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen sind in Kombination mit den oben vorgeschlagenen Ergänzungen wegen des bestehenden Missbrauchs der Klagebefugnis wünschenswert. Der grundsätzlich positive Ansatz und die Intention des Gesetzgebers werden damit in optimierter Weise umgesetzt.

c) Erweiterung der Klagebefugnis auf Gewerkschaften (Art. 1 Ziff. 1 a) – § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E

In § 8 Abs. 3 Nr. 4 sollten die Worte „sowie den Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbständiger beruflicher Interessen“ gestrichen werden.

Mit der Regelung soll Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben eine Klagebefugnis nach dem Lauterkeitsrecht übertragen werden. Es bleibt jenseits dieser abstrakten Formulierungen im Gesetz offen, in welchen konkreten Bereichen die Gewerkschaften in Zukunft die Rechtsdurchsetzung gewährleisten sollen. Insbesondere stellen arbeits- und sozialrechtliche Regelungen keine Marktverhaltensregeln dar, so dass entsprechende Rechtsverstöße auch nicht gemäß § 3 a UWG abgemahnt werden könnten. Ein Erfordernis für die Übertragung einer Klagebefugnis auf Gewerkschaften ist daher nicht zu erkennen. Sie ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Anders als in der Gesetzesbegründung insinuiert wird, sind Gewerkschaften nämlich auch nach geltendem Recht nicht ab-



mahn- und klagebefugt, da sie keine rechtsfähigen Vereine gemäß § 54 BGB darstellen (Köhler-Bornkamm, UWG, 34. Auflage, München 2016, § 8 Rn. 3.32). Die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG-E vorgesehenen Änderungen erfordern daher auch keineswegs eine ausdrückliche Klagebefugnis für Gewerkschaften gemäß § 8 Abs. 2 Ziff. 4. Ohne nachvollziehbaren Grund soll den Gewerkschaften vielmehr eine neue Rechtsposition vermittelt werden, die sie bisher nicht hatten. Dies wird von uns als unnötig abgelehnt.

d) Neuregelung der Anforderungen für Verbraucherverbände (Art. 2 Ziff. 3 – § 4 UKlaG-E)

Richtigerweise werden die Anforderungen für Verbraucherverbände nach dem Vorbild der Neuregelung für Wirtschaftsverbände in § 4 Abs. 2 UKlaG-E entsprechend erweitert. Gewinnerzielung ist auch für Verbraucherverbände in Zukunft ausgeschlossen, weil nur Idealvereine eingetragen werden können. Die entsprechend den Vorgaben für Wirtschaftsverbände erhöhten Anforderungen an Tätigkeit und Ausstattung werden dazu beitragen, einen Missbrauch der Klagebefugnis als Einnahmequelle auch bei Verbraucherverbänden auszuschließen.

Sehr positiv ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass auch eine Begünstigung von Mitgliedern und Beschäftigten und damit eine Umgehung des faktischen Verbots der Gewinnerzielung durch die Bestimmung des § 4 Abs. 2 Nr. 4 UKlaG ausgeschlossen wird.

Die bestehende Vermutungsregelung, nach der die Voraussetzungen für eine Eintragung bei Verbraucherverbänden vorliegen, soweit sie mit öffentlichen Mitteln gefördert werden (§ 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG), wurde in der Vergangenheit teilweise zu weit ausgelegt. Es genügte schon sehr geringfügige Begünstigungen durch die öffentliche Hand – teilweise schon Sach- bzw. eher organisatorische Unterstützungsleistungen – als Grundlage für die Anwendung der Vermutungsregelung. Dieses großzügige Vorgehen ist nicht immer sachlich gerechtfertigt und verhindert eine genaue Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Eintragung bei Verbraucherverbänden, selbst wenn begründete Zweifel an deren Seriosität bestehen. Es ist daher richtig, dass die Vermutungsregelung des § 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG in Zukunft nur noch zur Anwendung kommen soll, wenn eine „überwiegende“ Förderung der Verbände mit öffentlichen Mitteln erfolgt.

Wegen der Neuregelungen werden sich in Zukunft alle Verbraucherverbände einer genauen Überprüfung unterwerfen müssen, soweit sie nicht – wie auch die Verbraucherzentralen – überwiegend durch die öffentliche Hand finanziell gefördert werden. Dies ist sachgerecht, weil geringfügige Förderungen keine Gewähr bieten, dass die



Einrichtung auch die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 UKlaG-E erfüllt und in diesen Fällen nicht von einer umfassenden Kontrolle und Überprüfung der begünstigten Einrichtung ausgegangen werden kann.

Die geplante Änderung wird daher begrüßt. Die in dieser Stellungnahme unter Gliederungspunkt III.1.b) als Ziffern 5. und 6. vorgeschlagenen Änderungen sollten aber auch in § 4 Abs. 2 UKlaG-E (Art. 2 Ziff. 3) bzw. § 4 b Abs. 1 UKlaG-E (Art. 2 Ziff. 3) entsprechend vorgenommen werden.

e) Kontrolle der klagebefugten Einrichtungen (Art. 2 Ziff. 4 – § 4 a und § 4 b UKlaG-E)

Besonders positiv ist auch die geplante regelmäßige Kontrolle der qualifizierten Einrichtungen durch das Bundesamt der Justiz zu bewerten. Dieses soll in Zukunft das Vorliegen der Voraussetzungen nicht nur einmalig bei Eintragung in die Liste, sondern jährlich prüfen. Der eingetragene und damit im Hinblick auf seine Klagebefugnis privilegierte Verband soll verpflichtet werden, das Vorliegen der Voraussetzungen jährlich nachzuweisen (§ 4 b Abs. 1 UKlaG-E). Verstöße gegen die Berichtspflichten können mit Bußgeldern von bis zu 100.000 Euro sanktioniert werden (Art. 2 Nr. 9 - § 16 UKlaG-E).

Die qualifizierten Einrichtungen sind damit einer regelmäßigen und effizienten behördlichen Kontrolle ihrer Tätigkeit unterworfen. Diese Kontrolle, verbunden mit der behördlichen Möglichkeit, die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten ggf. auch durch Festsetzung eines Zwangsgeldes durchzusetzen (§ 4 b Abs. 2 UKlaG-E) bzw. die Eintragung aufzuheben (§ 4 c Abs. 1 Ziff. 2 UKlaG-E), wird zweifellos eine disziplinierende Wirkung auf die qualifizierten Einrichtungen ausüben und mögliche Tendenzen zu unseriösem Verhalten reduzieren.

Nachbesserungsbedarf besteht allerdings noch im Hinblick auf die nach § 4 a Abs. 2 UKlaG-E geplante Hinweisoption der Gerichte gegenüber dem Bundesamt für Justiz. Danach „können“ Gerichte das Bundesamt für Justiz zur Überprüfung der Eintragung auffordern, soweit sich in einem Rechtsstreit begründete Zweifel im Hinblick auf das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen nach § 4 Abs. 2 S. 1 UKlaG-E ergeben. Diese Regelung geht zwar in die richtige Richtung, ist aber wegen ihres rein optionalen Charakters nicht hinreichend konsequent. Dem Gericht wird durch das Wort „kann“ lediglich die Möglichkeit geboten, das Bundesamt für Justiz zur Überprüfung aufzufordern. Eine solche Option bindet die Gerichte aber nicht ausreichend und gewährleistet die Zweckerreichung daher nur eingeschränkt. Es besteht nämlich die Gefahr, dass Gerichte trotz Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen auf eine Über-

prüfung verzichten, um aus Effizienzgesichtspunkten ein Verfahren schnell abschließen zu können. Wenn in einem Verfahren aber begründete Zweifel an der Richtigkeit der Eintragung entstehen, sollte immer eine Überprüfung des Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen durch das Bundesamt für Justiz eingeleitet werden. Damit werden Fehlentscheidungen der Gerichte aufgrund einer falschen Eintragung ausgeschlossen und ein wünschenswerter Informationsfluss zwischen Gericht und Behörde gewährleistet. Das Bundesamt für Justiz erhält auf diese Weise auch Informationen über Kritik und Zweifel an einzelnen Einrichtungen, die Erkenntnisse aus den Verfahren bleiben nicht bei den Gerichten „hängen“. So erhält das Bundesamt für Justiz frühzeitig die Möglichkeit, Fehler bei der Eintragung zu korrigieren. Die fachkundige Aufklärung durch die Behörde unterstützt andererseits das Gericht bei seiner Entscheidungsfindung. Die mit der Aussetzung verbundene Verzögerung des Verfahrens ist hinzunehmen, da damit das Risiko der Fehlentscheidung aufgrund einer ungerichtfertigten Eintragung reduziert wird.

Damit der Hinweis des Gerichts an das Bundesamt für Justiz nicht völlig im Belieben der Rechtsprechung liegt, sondern bei Zweifeln regelmäßig erfolgt, sollte daher § 4 a Abs. 2, 2. HS UKlaG-E wie folgt formuliert werden:

„ ... ~~kann~~ soll das Gericht das Bundesamt für Justiz zur Überprüfung der Eintragung auffordern und die Verhandlung bis zu dessen Entscheidung aussetzen.“

Damit behält die Rechtsprechung einerseits in begründeten Ausnahmefällen die Möglichkeit, auf einen entsprechenden Hinweis und die Aussetzung der Verhandlung bis zum Vorliegen der Ergebnisse der Überprüfung zu verzichten, andererseits wird bei Vorliegen von Zweifeln eine Überprüfung zur Regel.

*f) **Höchstzeitraum für das Ruhen der Eintragung (Art. 2 Ziff. 2 - § 4 c Abs. 2 S. 2 UKlaG-E)***

Nach § 4 c Abs. 2 S. 2 UKlaG-E kann das Bundesamt für Justiz das Ruhen der Eintragung in die Liste nach § 4 UKlaG-E für längstens drei Monate anordnen, soweit aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte damit zu rechnen ist, dass die Eintragung zurückgenommen oder widerrufen wird. Wie der Regierungsentwurf richtigerweise klarstellt, entfällt die Klagebefugnis für Einrichtungen gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG-E, wenn die Eintragung ruht (§ 8 Abs. 4 UWG-E). Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

Wir haben aber Zweifel, ob die Prüfungsprozesse beim Bundesamt der Justiz in jedem Fall innerhalb von drei Monaten abgeschlossen werden können. Dies wird auch



von der personellen Ausstattung der Behörde abhängen. In jedem Fall ist zu vermeiden, dass eine Eintragung trotz bestehender Zweifel am Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen wieder in Kraft gesetzt wird und eine zweifelhafte Einrichtung damit wieder Abmahnungen aussprechen kann, weil die vorgesehene Prüfungsfrist wegen einer Überlastung der Behörde nicht eingehalten werden konnte. Ggf. sollte eine Verlängerung der Frist gemäß § 4 c Abs. 2 S. 2 UKlaG-E auf sechs Monate in Betracht gezogen werden.

2. Konkretisierung der Missbräuchlichkeit (Art. 1 Ziff. 2 – § 8 b UWG-E und Art. 2 Ziff. 1 – § 2 b S. 1 UKlaG-E)

Der Begriff der „Missbräuchlichkeit“ gemäß § 8 Abs. 4 UWG a. F. soll durch § 8 b UWG-E sowie § 2 b S. 1 UKlaG-E praxisgerecht konkretisiert werden. Dies ist dringend erforderlich und erfüllt eine langjährige Forderung des HDE.

Die geltende Regelung des § 8 Abs. 4 UWG ist bisher unzureichend konturiert und führt dazu, dass in der Spruchpraxis der Gerichte die Geltendmachung von Ansprüchen auf Beseitigung oder Unterlassung ausschließlich in extremen Ausnahmefällen als missbräuchlich angesehen wird. Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken (BT-Drs. Nr. 17/13057) hat das Bundesministerium der Justiz darauf verwiesen, dass der Nachweis eines missbräuchlichen Vorgehens bei Abmahnungen in der Praxis meist nur schwer möglich sei. Dies trifft den Abgemahnten, der die Beweislast für den Missbrauch trägt. Wegen des weiten Beurteilungsspielraums, den die Norm eröffnet, und des daraus resultierenden Prozessrisikos sehen die meisten Abgemahnten daher davon ab, sich auf einen Prozess einzulassen, und zahlen anstelle dessen die geforderten Rechtsanwaltsgebühren. Dies ist aus ökonomischer Sicht wegen des mit einem Rechtsstreit verbundenen Kostenrisikos unter Umständen auch durchaus nachvollziehbar, eröffnet der Abmahnindustrie aber erhebliche Handlungsspielräume.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll der Begriff der „Missbräuchlichkeit“ daher mit Hilfe von Regelbeispielen konkretisiert werden. Dies ist ein gelungenes Vorgehen, weil auf diese Weise der Rechtsprechung eine legale Auslegungshilfe an die Hand gegeben wird, ohne den Beurteilungsspielraum unverhältnismäßig einzuschränken.

Nach der Regelung des § 8 b Abs. 2 UWG-E soll ein Missbrauch „insbesondere“ vorliegen, wenn vom Abmahner vorwiegend das Ziel verfolgt wird, Ansprüche auf Aufwendungsersatz, Gebühren oder wegen einer vorgesehenen Vertragsstrafe zu generieren (Ziff. 1), wenn eine erhebliche Zahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift geltend gemacht wird und die Anzahl der Abmahnungen insbesondere außer Verhältnis



zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit des Abmahnners steht (Ziff. 2), ein unangemessen hoher Gegenstandswert für die Abmahnung angesetzt (Ziff. 3) bzw. überhöhte Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden (Ziff. 4) oder eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung „erheblich“ über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht (Ziff. 5).

Mit diesem Katalog von Regelbeispielen erfasst der Gesetzgeber die wichtigsten Praktiken derjenigen Abmahner, welche das Instrumentarium der privaten Rechtsdurchsetzung missbrauchen.

Um eine unnötige Verkomplizierung des Abmahnverfahrens zu vermeiden, halten wir es allerdings für erforderlich, das unter Ziff. 5 genannte Regelbeispiel zu streichen, weil es wegen der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „erheblich“ nicht praktikabel ist und zu unnötigen Rechtsunsicherheiten führt. Auch für seriöse Abmahner ist wegen der Unbestimmtheit dieses Begriffs nämlich unklar, wann eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung „erheblich“ über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht. Bei Abmahnungen wegen einer Lockvogel- oder belästigenden Werbung werden beispielsweise voraussichtlich Rechtsunsicherheiten bei der Formulierung der Unterlassungsverpflichtung entstehen. Rechtsklarheit ist erst nach zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zu erwarten, wenn sich eine höchstrichterliche Rechtsprechung herausgebildet hat. Auch seriöse Abmahner haben aber kein Interesse, sich für mehrere Jahre dem Risiko eines Missbrauchsvorwurfs auszusetzen. Es besteht daher die Gefahr, dass solche Abmahner zur Risikoprävention auf den Vorschlag konkreter Formulierungen für eine Unterlassungsverpflichtung verzichten werden. Der von der Abmahnung betroffene Händler müsste die Unterlassungserklärung dann selbst verfassen, was nur mit zusätzlicher anwaltlicher Hilfe möglich sein wird. Das gesamte Abmahnverfahren droht daher verkompliziert zu werden. Weder seriösen Verbänden noch Händlern nutzt ein solches Ergebnis.

Die Regelung des § 8 Abs. 2 UWG-E ist im Übrigen außerordentlich zu begrüßen. Wenn der Gesetzgeber den genannten Änderungsvorschlag berücksichtigt, gibt sie dem Betroffenen ein praxisgerechtes Instrument an die Hand, um sich mit geringeren Risiken gegen einen offensichtlichen Abmahnmissbrauch wehren zu können, schränkt damit die Bereitschaft des Abgemahnten, sich widerspruchslos den Forderungen des Abmahnners zu unterwerfen, ein und wird gleichzeitig eine wichtige Hilfe auch für die Rechtsprechung sein, Abmahnmissbrauch rechtssicher zu identifizieren und abzustellen.

Insgesamt ist daher zu erwarten, dass die gesetzliche Regelung zur Missbräuchlichkeit von Unterlassungsansprüchen mit den geplanten Änderungen in der Zukunft eine größere praktische Relevanz erhalten wird und damit als ein wirksames gesetzliches Korrektiv fungieren kann.



3. Notwendige Angaben in der Abmahnung (Art. 1 Ziff. 5 – § 13 Abs. 2 UWG-E)

Wir begrüßen sehr, dass der Abmahner mit der Regelung in § 13 Abs. 2 UWG-E verpflichtet wird, wesentliche Angaben u. a. zu seiner Abmahn- und Klagebefugnis in der Abmahnung klar und verständlich anzugeben. Im Zusammenspiel mit den neuen Voraussetzungen für die Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG-E erhöht sich die Bedeutung der neuen Informationspflichten. Richtigerweise muss der Abmahner in Zukunft nicht nur die Rechtsverletzung, sondern auch die entsprechenden tatsächlichen Umstände, die zu der Rechtsverletzung geführt haben, konkret in der Abmahnung beschreiben, so dass der Abgemahnte die Berechtigung der Abmahnung nachprüfen kann. Auf diese Weise werden auch dem Einsatz von gleichen Textbausteinen in Serienabmahnungen, wie sie bevorzugt von der „Abmahnindustrie“ ausgesprochen werden und die zu erheblichen Gebühreneinnahmen ohne besonderen Aufwand führen können, praktische Grenzen gesetzt.

4. Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruchs (Art. 1 Ziff. 5 – § 13 Abs. 4 UWG-E)

a) § 13 Abs. 4 Ziff. 1 UWG-E

Nach § 13 Abs. 4 Ziff. 1 soll der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Abmahnung für Mitbewerber bei Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien ausgeschlossen werden.

Es handelt sich dabei um rechtlich wenig komplizierte und leicht im Internet auffindbare Rechtsverstöße vor allem im Zusammenhang mit dem Online-Handel, die von gewerblichen Abmahnern gern genutzt werden, um Unternehmen ohne bedeutendes Risiko mit Abmahnungen überziehen zu können. Der Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs für Mitbewerber wird die Möglichkeiten unseriöser Rechtsanwaltskanzleien mit dahinter stehenden, fingierten Wettbewerbern, Einnahmen zu generieren, deutlich minimieren. Weil die Verstöße gegen die Informations- und Kennzeichnungspflichten in der Realität kaum messbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, sie regelmäßig unvorsätzlich vorkommen und für den Rechtsverletzer nicht mit einem wirtschaftlichen Vorteil verbunden sind, ist es angemessen, Aufwendungsersatzansprüche von Mitbewerbern in diesen Fällen auszuschließen.



Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass auch Verstöße gegen die Informationspflichten nach der DSGVO nicht mehr von Mitbewerbern mit dem Ziel abgemahnt werden können, Aufwendungsersatzansprüche zu generieren. Dies reduziert das Abmahnrisiko in diesem Bereich, in dem die Händler sich wegen der unbestimmten gesetzlichen Vorgaben kaum rechtssicher verhalten können, in der Praxis erheblich.

Die Einhaltung des geltenden Rechts kann auch in Zukunft effizient im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung von Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden durchgesetzt werden. Damit wird durch diese Regelung auch kein neuer Bedarf für eine – vom HDE grundsätzlich abgelehnte – bußgeldbewehrte öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung begründet.

b) § 13 Abs. 4 Ziff. 2 UWG-E

Nach § 13 Abs. 4 Ziff. 2 UWG-E sollen Aufwendungsersatzansprüche von Wettbewerbern ausgeschlossen werden, wenn diese gegenüber kleinen Unternehmen Verstöße gegen die DSGVO abmahnen.

Die Abmahnung von Datenschutzverstößen wird für Mitbewerber dadurch bei kleinen Unternehmen, d. h. Unternehmen, die weniger als 250 Beschäftigte haben und entweder über einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR oder eine Jahresbilanzsumme von max. 43 Mio. EUR verfügen, deutlich unattraktiver. Diese Vorschrift geht damit in die richtige Richtung. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum die Regelung auf Kleinunternehmen beschränkt wird.

Das Inkrafttreten der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung hat im Einzelhandel für erhebliche Verunsicherung bei den Unternehmen aller Größenordnungen gesorgt. Die gesetzlichen Vorgaben der DSGVO sind nicht selten interpretations- und auslegungsbedürftig. Klare Vorgaben für die Praxis fehlen häufig noch. Teilweise sind sich die Aufsichtsbehörden selbst auch nicht darüber im Klaren, wie bestimmte Regelungen umgesetzt werden müssen.

Die Befürchtung vieler Einzelhändler, wegen geringfügiger oder unbewusster Verstöße gegen die Vorgaben der DSGVO nach § 3 a UWG abgemahnt zu werden, ist auch nicht unbegründet, da in der Literatur (Wolff, ZD 2018, S. 248 ff.) und von einem Teil der Rechtsprechung (LG Würzburg, Beschluss vom 13.09.2018, Az. 11 O 1741/18 UWG) bereits die Auffassung vertreten wird, die Vorschriften der DSGVO seien Marktverhaltensregeln. Die daraus resultierenden Risiken treffen alle Unternehmen größenunabhängig. Die mit der DSGVO begründeten Rechtsunsicherheiten lassen sich auch nicht mit höherem finanziellen Aufwand und dem Einsatz personell gut ausgestatteter Rechtsabteilungen minimieren. Daher führt eine Privilegierung von Kleinunternehmen in



diesem Bereich zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen. Die Beschränkung auf Kleinunternehmen sollte deshalb gestrichen werden.

Wünschenswerter wäre aus Sicht des HDE sogar eine gesetzliche Klarstellung, dass Abmahnungen nach dem Lauterkeitsrecht bei Verstößen gegen die DSGVO generell nicht in Betracht kommen. Dies wäre konsequent, weil Zielsetzung der DSGVO weder der Schutz des lautereren Wettbewerbs noch der Verbraucher als Marktteilnehmer ist, sondern der Schutz der allgemeinen Persönlichkeitsrechte natürlicher Personen unabhängig von ihrer Rolle in der Wirtschaft. Die DSGVO stellt damit eben gerade keine Marktverhaltensregelung dar.

Da die aktuelle Rechtsprechung belegt, dass die Gerichte hierzu aber auch eine andere Auffassung vertreten könnte, würden wir es sehr begrüßen, wenn der Gesetzgeber sich entscheiden könnte, eine entsprechende Interpretation für die Zukunft von vornherein auszuschließen. Hierzu bietet sich die Umsetzung des folgenden Vorschlags von Köhler (ZD 2018, S. 337 ff.) an:

§ 3 a UWG wird mit folgendem Satz 2 ergänzt:

Dies gilt nicht für Verstöße gegen die Verordnung (EU) 679/2016.

Die Umsetzung dieses Vorschlags würde die erforderliche Rechtsklarheit für alle Unternehmen unabhängig von ihrer Größe herbeiführen und den Unternehmen die nicht unbegründete Sorge vor einer Abmahnwelle auf Grundlage der DSGVO nehmen. Durch die Aufsichtsbehörden und die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung mit Hilfe umfassender Sanktionsmöglichkeiten einschließlich erheblicher Geldbußen wäre die Einhaltung des Datenschutzrechts außerdem weiterhin hinreichend gewährleistet.

5. Gegenanspruch des Abgemahnten (Art. 1 Ziff. 5 – § 13 Abs. 5 UWG-E)

Richtigerweise soll der unberechtigt Abgemahnte einen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten gegen den Abmahner erhalten. Dies soll auch gelten, wenn die Abmahnung zwar zulässig war, aber entgegen der Vorschrift des § 13 Abs. 4 UWG-E unberechtigt ein Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht wird.

Die Zielsetzung des Gesetzgebers wird von uns ausdrücklich begrüßt, weil die Rechtsposition zu Unrecht abgemahnter Händler durch diesen Ersatzanspruch verbessert wird. Die Regelung geht nämlich deutlich über die Bestimmung des § 8 Abs. 5 S. 2 UWG hinaus, nach dem der Abgemahnte nur bei missbräuchlichen Abmahnungen Ersatz von Auf-



wendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung verlangen kann. Mit der Erweiterung der Ersatzansprüche auf alle unberechtigten Abmahnungen oder ohne Rechtsgrund geltend gemachten Aufwendungsersatzansprüche wird auf diese Weise ein Beitrag für mehr Waffengleichheit zwischen Abmahner und strukturell häufig unterlegenem Abgemahnten geleistet. Gleichzeitig erhöhen sich die Kostenrisiken unseriöser Abmahner z. B. bei Verstößen gegen die Vorgaben des § 13 Abs. 2 und 4 UWG-E oder bei Abmahnungen, die ohne Klagebefugnis ausgesprochen werden bzw. die generell – mangels Rechtsverstoß – unberechtigt sind. Regelwidrige Abmahnungen oder die rechtswidrige Geltendmachung von Aufwendungsersatzansprüchen werden damit für unseriöse Abmahner noch unattraktiver. Wir erwarten, dass damit in der Praxis unseriöse Praktiken der Abmahner weiter eingeschränkt werden. Dies ist positiv zu bewerten.

6. Beschränkung in Bezug auf Vertragsstrafen (Art. 1 Ziff. 5 – § 13 a Abs. 2 und 3 UWG-E)

Nach § 13 a Abs. 2 UWG-E wird für Wettbewerber die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Vertragsstrafe sowohl bei erstmaligen Verstößen gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten als auch bei einer erstmaligen Abmahnung gegenüber Kleinunternehmen wegen Verstößen gegen die DSGVO ausgeschlossen. Damit werden die Möglichkeiten, mit Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO Einnahmen zu generieren, an einer wichtigen Stelle eingeschränkt. Dies ist angemessen, weil die Rechtslage bei der Umsetzung der neuen Vorgaben der DSGVO unübersichtlich ist und wegen der zahlreichen unbestimmten Begriffe rechtskonformes Verhalten nicht immer sichergestellt werden kann. Die Attraktivität solcher Abmahnungen wird für unseriöse Abmahner damit deutlich reduziert. Ein unseriöses Vorgehen ist bei Abmahnungen durch Wettbewerber auch wahrscheinlicher als bei eingetragenen Verbänden nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG-E, weil diese in Zukunft der kontinuierlichen und strengeren Aufsicht und Kontrolle durch das Bundesamt der Justiz unterliegen. Defizite bei der Rechtsdurchsetzung sind im Bereich des Datenschutzes in Folge dieser Regelung nicht zu erwarten, weil die Abmahnung durch Mitbewerber nicht ausgeschlossen ist und Vertragsstrafen bei wiederholten Verstößen vereinbart werden dürfen, klagebefugte Verbände weiterhin Vertragsstrafen vereinbaren können und die Einhaltung der Vorgaben der DSGVO außerdem noch durch die staatlichen Aufsichtsbehörden gewährleistet wird.

Gemäß § 13 a Abs. 3 UWG-E soll die maximal zulässige Vertragsstrafe für Zuwiderhandlungen auf eine Höhe von 1.000 EUR gedeckelt werden, wenn diese die Interessen der Marktteilnehmer nur unerheblich beeinträchtigt. Diese Begrenzung der zulässigen Vertragsstrafen ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Bisher ist festzustellen, dass Abgemahnte gerade aus dem KMU-Bereich bei Abmahnungen von Vereinen wegen der recht niedrigen Abmahnkosten (ca. 200 EUR) schnell –



und häufig ohne kompetente Beratung – die geforderte Unterlassungserklärung unterschreiben. Die Einzelhändler wollen die Sache verständlicherweise rasch „aus der Welt schaffen“, um sich wieder ihrem Kerngeschäft zuwenden zu können. Dabei wird von den Einzelhändlern häufig nicht beachtet, dass es den abmahnenden Vereinen bei ihrem Vorgehen teilweise in erster Linie um die Möglichkeit geht, zu einem späteren Zeitpunkt erheblich höhere und für sie damit lukrativere Vertragsstrafen eintreiben zu können. Diese werden nämlich in den Unterlassungserklärungen mitunter in Höhe von 3.000 bis 5.000 EUR pro Rechtsverstoß vereinbart. Würden hohe Vertragsstrafen vereinbart, entstehen für den Einzelhändler erhebliche Kostenrisiken, die sich bei einer Wiederholung des Rechtsverstoßes realisieren. Dies wird durch unseriöse Vereine noch gefördert, indem die Unterlassungserklärung so weit gefasst ist, dass der Wiederholungsfall mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit eintreten wird.

Probleme könnten sich aber aus der Tatsache ergeben, dass die Deckelung der zulässigen Vertragsstrafen nur zum Tragen kommt, wenn „*die Zuwiderhandlung ... Marktteilnehmer in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt*“. Nach unserer Auffassung besteht nämlich bei entsprechender Auslegung die Gefahr, dass die Regelung in der Praxis nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich haben könnte.

Diese Risiko resultiert aus der Tatsache, dass nach den europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UCP-RL 2005/29/EG) jede Verletzung der im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf die kommerzielle Kommunikation als „*wesentlich*“ gilt (Art. 7 Abs. 5 UCP-RL). Nach der Legaldefinition wird bei entsprechenden Rechtsverletzungen der Informationspflichten unwiderleglich vermutet, dass der Verbraucher keine informierte geschäftliche Entscheidung treffen kann (Art. 7 Abs. 1). Damit handelt es sich z. B. auch bei Verstößen gegen die Impressumspflicht (Art. 6 Abs. 1 b) und c) VR-RL) oder kleinere Fehler im Zusammenhang mit der Widerrufsbelehrung (Art. 6 Abs. 1 h) VR-RL) wegen der Vorgaben der UCP-RL immer um „*wesentliche*“ Rechtsverstöße.

Die Rechtsprechung könnte die Auffassung vertreten, dass solche nach der UCP-RL als „*wesentlich*“ definierten Rechtsverstöße die Interessen der Verbraucher immer und unwiderleglich auch „*erheblich*“ i. S. d. § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-E beeinträchtigen, so dass in diesen Fällen Vertragsstrafen auch oberhalb von 1.000 Euro vereinbart werden dürften. Die Deckelung der Vertragsstrafe würde damit in der Praxis gerade für den Fall des Verstoßes gegen die Informationspflichten leerlaufen. Dies wäre besonders bedauerlich, weil gerade Verstöße gegen die Informationspflichten ausweislich der Gesetzesbegründung richtigerweise im Fokus des Gesetzgebers stehen und daher vom Anwendungsbereich der Norm erfasst werden sollen.



Ein solches Ergebnis wäre auch sachlich nicht zu rechtfertigen, weil Verstöße gegen die Informationspflichten in der Praxis regelmäßig wenig wettbewerbsrelevant sind und gleichzeitig – wegen ihrer geringen Komplexität und leichten Nachweis- und Auffindbarkeit – das bevorzugte Ziel der gewerblichen Abmahner darstellen.

Ausdrücklich zu begrüßen ist daher die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass eine unerhebliche Beeinträchtigung i. S. d. § 13 a Abs. 3 UWG-E auch vorliegen kann, wenn ein Rechtsverstoß „spürbar“ i. S. d. §§ 3 Abs. 2, 3 a UWG ist und *„die Informationen auf Grund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation nicht vorenthalten werden dürfen und damit unter § 5 a Abs. 4 UWG fallen“*.

Unter der Voraussetzung, dass die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Motive des Gesetzgebers auch von der Rechtsprechung beachtet werden, wird die vorgesehene Deckelung der Vertragsstrafen bei Abmahnungen wegen Verstößen gegen Informationspflichten insbesondere im Online-Bereich ihre volle Anwendbarkeit entfalten.

Bei allen rechtlich wenig komplizierten und leicht im Internet auffindbaren Rechtsverstößen – die daher von gewerblichen Abmahnern gern genutzt werden, um Unternehmen aus dem KMU-Bereich ohne bedeutendes Risiko mit Abmahnungen überziehen zu können – wird die Neuregelung mit dieser Klarstellung in der Gesetzesbegründung das Interesse der Abmahner, Einnahmen zu generieren, deutlich minimieren. Ein wiederholter Verstoß wird – jedenfalls bei Fällen von geringerer Wettbewerbsrelevanz – nur noch zu Einnahmen in Höhe eines Bruchteils der bisher erzielten Summen führen. Gleichzeitig wird die disziplinierende Wirkung der Vertragsstrafe gegenüber dem Rechtsverletzer aufrechterhalten, da sie gerade in Fällen mit geringerer Wettbewerbsrelevanz auch bei einer Höhe von 1.000 Euro ihre abschreckende Wirkung entfaltet. Weil diese Verstöße in der Realität außerdem kaum messbare negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, sie regelmäßig unvorsätzlich vorkommen sowie für den Rechtsverletzer nicht mit einem wirtschaftlichen Vorteil und für die Verbraucher andererseits regelmäßig nicht mit Nachteilen verbunden sind, ist die vorgesehene Deckelung auch angemessen.

7. Nutzung außergerichtlicher Streitbeilegungsinstrumente (Art. 1 Ziff. 5 – § 13 a Abs. 5 UWG-E)

Bei Uneinigkeit zwischen Abmahner und Abgemahntem über die Höhe der Vertragsstrafe soll der Abgemahnte in Zukunft die Möglichkeit haben, auch ohne Zustimmung des Abmahners eine Einigungsstelle bei den Industrie- und Handelskammern (§ 15 UWG) anzurufen.



Diese Möglichkeit ist sehr positiv zu bewerten. Sie gewährt dem Abgemahnten eine einfache und niedrighschwellige Möglichkeit, bei einem Streit über die Höhe der Vertragsstrafe eine außergerichtliche Einigung zu suchen. Die Gefahr, dass ein Abgemahnter eine zu hohe Vertragsstrafe akzeptiert, weil er einen förmlichen Rechtsstreit scheut, wird damit erheblich reduziert. Die Einigungsstellen bei den Industrie- und Handelskammern sind auch die geeigneten Einrichtungen, um bei diesen Streitigkeiten eine schnelle gütliche Einigung zu erzielen. Die Möglichkeit wird die Gerichte entlasten und Kosten für die Beteiligten sparen. Daran dürften beide Seiten ein Interesse haben.

8. Streichung des fliegenden Gerichtsstands (Art. 1 Ziff. 5 – § 14 UWG-E)

Mit der Neufassung des § 14 werden die Möglichkeiten des Klägers, sich nach den Regeln des „fliegende Gerichtsstands“ ein Gericht nach Gusto auszuwählen, weitgehend abgeschafft. Er bleibt lediglich für den Fall anwendbar, dass der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Damit wird endlich eine langjährige Forderung des HDE umgesetzt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass nach dem Regierungsentwurf bei einer örtlich begrenzten geschäftlichen Handlung das Gericht zuständig sein soll, in dessen Bezirk der Rechtsverstoß erfolgte. Nach dieser Regel wird nämlich keine zielgerichtete Auswahl des zuständigen Gerichts durch den Kläger möglich, so dass die Missbrauchsmöglichkeiten auch unter dieser Voraussetzung in der Praxis eingeschränkt werden.

Dagegen fördert der „fliegende Gerichtsstand“ gemäß den geltenden Regeln des UWG nach unserer Erfahrung in besonderem Maß den Abmahnmissbrauch, indem er die Rechtsposition der Abmahner im Verhältnis zum Abgemahnten im Prozess von vornherein – gegen die allgemeinen zivilprozessualen Grundsätze und ohne Rechtfertigung – privilegiert.

Die geltende Rechtslage (§ 14 Abs. 2 S. 1 UWG), nach der die Klage bei Streitigkeiten nach dem UWG ohne örtliche Beschränkung am „Begehungsort“ zu erheben ist, ermöglicht es den Abmahnenden bei Rechtsverstößen im Online-Handel in der Praxis, nach Belieben Gerichte in ganz Deutschland anzurufen, weil der Internet-Auftritt des Online-Händlers im gesamten Bundesgebiet abrufbar ist. Das gleiche gilt für stationäre Händler, wenn eine Internet-, Print- oder Funkwerbung ebenfalls im ganzen Bundesgebiet verfügbar war. Der Kläger kann sich dann nach geltendem Recht ein Gericht auswählen, das seine Rechtsauffassung unterstützt oder besonders großzügige Kostenerstattungen durch hohe Streitwertfestsetzungen ermöglicht. Die bestehende Regelung führt im Ergebnis zu einem außergesetzlichen Wahlgerichtsstand zugunsten des Klägers, der es ihm ermöglicht, den Ausgang des Verfahrens in seinem Sinne günstig zu beeinflussen.



Dies führt in der Praxis zu einer vollständig inakzeptablen Begünstigung des Klägers zu Lasten des Beklagten, indem es jenem die Wahlfreiheit in Bezug auf das örtlich zuständige Gericht in die Hand gibt und ihm somit einen sachlich nicht zu begründenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens einräumt und eine zentrale Voraussetzung für die Attraktivität des Abmahnmissbrauchs schafft.

Die geltende Regelung ignoriert Grundgedanken des deutschen Zivilprozessrechts, wird von den Betroffenen daher als grob unbillig empfunden und beschädigt das Vertrauen in eine an Gerechtigkeitsgesichtspunkten orientierte Rechtsordnung (vgl. hierzu ausführlich: *Schröder, WRP 2013, S. 153 ff.*).

Im deutschen Zivilprozessrecht gilt nämlich der Grundsatz, dass grundsätzlich nicht der Sitz des Klägers, sondern der des Beklagten den Gerichtsort bestimmen soll. Mit der im vorliegenden Regierungsentwurf geplanten grundsätzlichen Aufhebung des „fliegenden Gerichtsstands“ wird richtigerweise der in §§ 12 ff. ZPO manifestierte, an Gerechtigkeitsgedanken orientierte Grundgedanke des Gesetzgebers über die prozessuale Lastenverteilung berücksichtigt und diese wieder ins richtige Maß gerückt. Bereits aus der Natur der Sache folgt nämlich, dass der Angreifer den Angegriffenen an dessen Ort aufzusuchen hat („actor sequitur forum rei“). Durch die geplante gesetzliche Änderung wird sichergestellt, dass dem Vorteil des Klägers, der nicht nur das Ob, sondern auch den Zeitpunkt und die Art des Klageangriffs bestimmt, eine Vergünstigung des Beklagten gegenübergestellt wird, indem dieser den ihm ohne und meist gegen seinen Willen aufgezwungenen Rechtsstreit nicht auch noch unter zusätzlichen Erschwernissen an einem auswärtigen Gericht führen muss. Damit wird dem Beklagten eine Verteidigung mit angemessenem Aufwand ermöglicht und der von gewerbsmäßigen Abmahnern gewünschte Sachverhalt vermieden, dass der Beklagte aus Unerfahrenheit den Kopf in den Sand steckt und ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lässt oder den Kläger weitestgehend befriedigt, anstatt diesen an dem möglicherweise weit entfernten Gerichtsstand zu stellen oder einen auswärtigen Rechtsanwalt zu beauftragen.

Die vorgesehene grundsätzliche Streichung des „fliegenden Gerichtsstands“ ist daher auch rechtssystematisch dringend geboten.

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Ausnahme für den Fall, dass der Ort des Schadenseintritts eindeutig feststeht, weil sich die geschäftliche Handlung an einen örtlich begrenzten Kreis von Marktteilnehmern wendet, ist hinnehmbar. In diesem Fall befindet sich das Gericht, in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen wurde, räumlich näher am Ort des Schadensereignisses, was die gerichtliche Aufarbeitung z. B. durch Beweisaufnahmen erleichtert und die Ausnahme rechtfertigen mag. Da der Kläger auf Grundlage dieser Sonderregelung lediglich zwischen zwei Gerichten – nämlich dem Ge-



richt am Sitz des Beklagten und einem Gericht im konkreten, regional begrenzten Bezirk der Zuwiderhandlung – wählen kann, sind mit dieser Regelung auch nur sehr eingeschränkt Missbrauchsmöglichkeiten verbunden, weil das klassische „Forum Shopping“ de facto ausgeschlossen wird.

9. Kostenrechtliche Beschränkungen (Art. 3 Ziff. 1 b) – § 51 Abs. 3 S. 3 ff. GKG-E)

Mit der vorgesehenen Deckelung des Streitwerts bei unerheblichen lauterkeitsrechtlichen Rechtsverstößen auf 1.000 EUR werden auch die Gerichtskosten und die Gebühren nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – auch außerhalb des gerichtlichen Verfahrens – beschränkt. Damit werden bei Streitigkeiten mit geringer Bedeutung für den Wettbewerb die Kostenrisiken des Abgemahnten reduziert. Vor allem aber wird der Anreiz zur Gebührenerzielung der Rechtsanwälte bei Abmahnungen in Fällen von geringerer Bedeutung für den Wettbewerb minimiert. Diese Einschränkung der Möglichkeit, die zu erzielenden Gebühren durch möglichst hohe Streitwerte zu maximieren, ist auch deshalb angemessen, weil es sich regelmäßig um einfache Sachverhalte und Rechtsfragen handelt, die von den Anwälten der Abmahner ohne großen Aufwand mit vorformulierten Textbausteinen erledigt werden können.

Die vorgesehene kostenrechtliche Regelung wird daher uneingeschränkt begrüßt.



V. Zusammenfassung

Es ist sehr positiv zu bemerken, dass die Bundesregierung nach einer über zehnjährigen Debatte mit dem vorliegenden Gesetzentwurf endlich umfassende Lösungsvorschläge zur Begrenzung des verbreiteten Abmahnmissbrauchs vorgelegt hat. Die geplanten gesetzlichen Änderungen gehen vollumfänglich in die richtige Richtung. Die Zielsetzung des Gesetzentwurfs wird dementsprechend uneingeschränkt begrüßt. Notwendig sind lediglich noch die folgenden wenigen und geringfügigen, häufig eher rechtstechnischen bzw. deklaratorischen Modifikationen, um die Zielerreichung des Gesetzgebers noch besser zu gewährleisten:

- Die neue Klagebefugnis für Gewerkschaften in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E ist zu streichen, da diese unnötig ist.
- Die Anforderungen an die Eintragung der qualifizierten Wirtschaftsverbände gemäß § 8 a UWG-E sind durch weitere Voraussetzungen in Bezug auf die personelle Ausstattung und den Nachweis der Berechnung geforderter Aufwendungsersatzpauschalen zu erhöhen.
- Die Konkretisierung der Missbräuchlichkeit in § 8 b UWG-E und § 2 b S. 1 UKlaG ist nachzuschärfen.
- Aufwendungsersatzansprüche sollten gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG-E für Mitbewerber bei einer Abmahnung wegen Verstößen gegen die Vorgaben der DSGVO unabhängig von der Größe des abgemahnten Unternehmens ausgeschlossen werden. Eine Klarstellung, dass Abmahnungen nach dem Lauterkeitsrecht bei Verstößen gegen die DSGVO nicht in Betracht kommen, weil es sich bei den Datenschutzbestimmungen nicht um Marktverhaltensregeln handelt, wäre sogar noch wünschenswerter.
- § 4 a Abs. 2, 2. HS UKlaG-E ist als Sollvorschrift zu fassen, um durch eine angemessene Einschränkung der richterlichen Ermessensentscheidung bei Zweifeln am Vorliegen der Voraussetzungen einer Eintragung eine regelmäßige Information des Bundesamts für Justiz durch die Gerichte zu gewährleisten.

Wir regen zudem an, die Wirksamkeit des Gesetzes nach fünf Jahren zu evaluieren und ggf. fortbestehende praktische Defizite mit einer weiteren Novelle zu beseitigen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Gesetzgeber sich nicht im Zuge des laufenden Gesetzgebungsverfahrens entscheidet, Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO von vornherein auszuschließen.

Der Zeitraum bis zur Evaluierung sollte mit fünf Jahren großzügig bemessen sein, um praktische Erfahrungen mit den neuen Regeln, die Entwicklung der Rechtsprechung und die Bewertung der Wissenschaft berücksichtigen zu können. Die Evaluierung sollte bereits im Gesetz vorgesehen werden.

VERBAND SOZIALER WETTBEWERB E.V.

Telefon: (030) 32 70 26 26/27
Telefax: (030) 3 24 98 03
Bürozeit: Mo. – Fr. von 9.00 – 16.00 Uhr
Besprechungen nur nach Vereinbarung

Verband Sozialer Wettbewerb e.V. · Kantstraße 100, 10627 Berlin

vorab per Mail

**Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1**

11011 Berlin

Unser Zeichen:

Berlin, den 22.10.2019
Betrifft: BT-Drs. 19/12084

**Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbes
BT-Drucksache 19/12084 vom 31.07.2019), Geschäftszeichen: PA 6 – 5410-2.2
hier: Stellungnahme des Verbandes zur öffentlichen Anhörung**

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete des Bundestages,

wir schließen in dieser Sache an die Stellungnahmen des Verbandes vom 28.09.2019 (zum Referentenentwurf), vom 27.05.2019 (zum geänderten Gesetzentwurf – Stand 14.05.19) sowie vom 05.06.2019 (ergänzende Stellungnahme) an.

Das grundsätzliche Festhalten der Bundesregierung an dem seit mehr als 100 Jahren bewährten System der privaten Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht findet die Zustimmung des Verbandes. Auch der in der aktuellen Fassung (Stand 31.07.19) vorliegende Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs ist grundsätzlich zu begrüßen, soweit dieser die Einhaltung lauterkeitsrechtlicher Regelungen und die effektive Sanktionierung von Verstößen sich zum Ziel gesetzt hat.

Gleichwohl weist der aktuelle Gesetzesentwurf weiterhin eine Vielzahl von Regelungen auf, welche die konkrete Rechtsanwendung konterkarieren und neue tatsächliche- und rechtliche Probleme schaffen.

Würde das Gesetz in der aktuellen Fassung beschlossen, würde dies zu einem erheblichen Kostenanstieg auf der Seite aller seriös handelnden Wettbewerber und Verbände führen.

Auch dürfte die im Gesetzesentwurf zum Ziel gesetzte effektive Sanktionierung von Gesetzesverstößen gerade nicht erreicht werden.

Hierzu im Einzelnen:

1.)

Aus Verbandssicht ist positiv die Einführung einer Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände beim Bundesamt für Justiz anzusehen (§§ 8 III Nr. 2, 8 a E-UWG). Dies führt aller Voraussicht nach zu einer allgemeinen Klärung der Rechtslage und Feststellung unseriöser Verbände, sowie zu einer Entlastung der Gerichte (etwa bei der Feststellung der jeweiligen Klagebefugnis). Bislang wird die Frage der Klagebefugnis eines Verbandes oftmals in einem zeitlich umfänglichen Verfahren von den Gerichten erörtert und geprüft und dient oft zur der Verfahrenverschleppung durch unseriöse Wettbewerber bei eigentlich materiell klarer Rechtslage.

Als problematisch erscheinen jedoch die umfangreichen und anlasslos ausgestalteten Berichtspflichten für Wettbewerbsverbände (§§ 8 III E-UWG i.V.m. § 4 b E-UklaG). Hier wird erheblich Personal bei der Anfertigung und Kontrolle gebunden, ohne dass der Gesetzesentwurf konkrete Gründe für die Berichtspflichten voraussetzt. Letztlich dürfte dieser Punkt zu einem Kostenanstieg sowohl bei den Verbänden, als auch für den Steuerzahler führen, welcher den erhöhten Personalbedarf des Bundesamtes zu finanzieren hat.

2.)

Problematisch stellen sich ebenfalls die im Gesetzesentwurf aufgeführten Regelbeispielen (§ 8 b II E-UWG) einer missbräuchlichen Abmahnung dar. Hier sollte die Formulierung (so wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt), als widerlegliche Vermutung (...wird vermutet) und nicht als **unwiderlegbare** Vermutung (...insbesondere) ausgeführt werden. Nur dann würde der Gesetzesbegründung entsprochen.

Auch gehen die im Gesetzesentwurf enthaltenen Vermutungen, wann eine missbräuchliche Abmahnung vorliegt, zumindest in dem Punkt 4 (erheblich überhöhte Vertragsstrafe) und Punkt 5 (vorgeschlagene Unterlassungserklärung über die abgemahnte Rechtsverletzung hinaus) an der Praxis und einer sicheren Rechtsfindung vorbei und sollten ersatzlos gestrichen werden. Eine Präzisierung ist Sache des Einzelfalles und der Rechtsprechung.

3.)

Als zwingend änderungsbedürftig stellt sich der im Gesetzentwurf enthaltene Gegenanspruch des formal oder inhaltlich unberechtigt Abgemahnten in der gegenwärtigen Fassung und Form dar (§ 13 Abs. 5 E-UWG).

Die Regelung beachtet weder, dass Verbände für Abmahnungen nur geringe Pauschalbeträge aufführen und im Falle eines unbegrenzten Gegenanspruches gerade keine Gleichgewichtslage gegeben ist, noch dass gerade dieser Punkt zu einem erheblichen Missbrauch durch den berechtigt abgemahnten Wettbewerbsverletzer führen wird.

So entstehen auf Seiten der Verbände bei Abmahnungen lediglich geringe Pauschalen (150,00 – 300,00 EUR). Auf Seiten der abgemahnten Wettbewerbsverletzer entstehen dementsprechend (aufgrund der Möglichkeit nach RVG abzurechnen) erheblich höhere Kosten (1.000,00 EUR und mehr).

Ein entsprechender Ersatzanspruch des Abgemahnten würde selbst bei einem nur teilweisen Unterliegen des Verbandes (bei nur minimalem Unterliegen) dazu führen, dass der Verband monetär die überwiegende Kostenlast zu tragen hätte.

Der offenbar gutgemeinte Gedanke einer Erstattung von Rechtsverteidigungskosten bei unberechtigter Abmahnung führt in der konkreten gegenwärtigen Fassung dazu, dass jeder Abgemahnte versuchen wird, mithilfe eines echten oder vermeintlichen Gegenanspruches eine berechtigte Abmahnung zu verhindern bzw. einzuschränken.

Für Verbände würde dies eine erhebliche Einschränkung bedeuten, da rechtlich strittige Fragen nicht bzw. nicht wie bisher aufgegriffen werden könnten. So bestünde die Gefahr, auch bei einer überwiegend berechtigten Abmahnung, keine Erstattung der aufgewandten Kosten zu erhalten, sondern sogar noch Geld an den Gegner zahlen zu müssen, welches letztlich auch Auswirkungen auf die Finanzstruktur der Verbände und das System der Marktkontrolle insgesamt hätte.

Die Regelung in § 13 Abs. 5 sollte daher gänzlich gestrichen oder auf Mitbewerber gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 eingeschränkt werden.

4.)

Die regelmäßige Begrenzung der Vertragsstrafen auf 1.000,00 EUR (§ 13 a V E-UWG) wird ebenfalls zu einer unzureichenden Pönalisierung von Vertragsverstößen führen und insbesondere diejenigen Marktteilnehmer fördern, welche Verstöße gegen Marktverhaltenspflichten zum Teil ihres Geschäftsmodelles erheben.

Die Norm missachtet bereits, dass die Regelung zum neuen Hamburger Brauch (unbezahlte und in das Ermessen des Gläubigers gestellte Vertragsstrafe) zur Möglichkeit einer ausschließlich gerichtlichen Überprüfung geschaffen wurde (...Überprüfung durch das zuständige Landgericht).

Entsprechendes gilt für die zustimmungsfreie Anrufung einer Einigungsstelle durch den Abgemahnten (§ 13 V E-UWG).

Ein Verfahren vor der Einigungsstelle macht nur Sinn, wenn beide Parteien diesem zustimmen. Bei einer einseitigen Verpflichtung wird man keine Einigung „erzwingen“ können, so dass die Regelung nur zur Verfahrensverschleppung durch den unredlichen Wettbewerbsverletzer führen wird. Dieser wird das Rechtsinstitut nutzen, um bei einem klaren Verstoß dennoch weiterhin Zeit für eine fortgesetzte Begehung zu schinden. Auch steigen durch diese Regelung die Kosten des Verfahrens.

Die Regelung sollte daher wie folgt geändert werden.

„Ist lediglich eine Vertragsstrafe vereinbart, deren Höhe noch nicht beziffert wurde, kann eine der Parteien mit Zustimmung der anderen bei Uneinigkeit über die Höhe eine Einigungsstelle nach § 15 anrufen. ... Ist ein Verfahren vor der Einigungsstelle anhängig und hat der Unterlassungsgläubiger hiervon sichere Kenntnis, so ist eine gleichwohl erhobene Klage unzulässig“

Die Regelung macht die Anrufung der Einigungsstelle von dem beiderseitigen Einverständnis abhängig, welches einzig Erfolg verspricht.

5.)

Abschließend ist auch dringend darauf hinzuweisen, dass die Überleitungsvorschrift (§ 15a E-UWG) keine Regelung für Säumnisse bei der Bearbeitung von Anträgen durch das Bundesamt für Justiz enthält.

So besteht gegenwärtig die Gefahr, dass ein ursprünglich klagebefugter Verband, trotz fristgemäßer Antragstellung und laufenden Rechtsstreitigkeiten, seine Klagebefugnis mit allen Konsequenzen verliert, wenn das Bundesamt nicht rechtskräftig innerhalb der Überleitungsvorschrift (neun Monate) über den Antrag auf Eintragung in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände entscheidet.

Hier sollte zwingend eine abweichende Regelung enthalten sein, wonach ein Verband seine Klagebefugnis nicht vor Abschluss einer rechtskräftigen Entscheidung verliert.

Die Regelung in § 15 a E-UWG sollte daher abweichend lauten:

„§ 8 Abs. 3 Nr. 2 findet keine Anwendung bis zur rechtskräftigen Feststellung, über den Status der Eintragung gem. § 8 UWG.“

Wir halten auch diese weiteren Hinweise für sachgerecht und hoffen, dass diese Eingang in das gegenwärtige Gesetzgebungsverfahren finden.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'F. Selonke', written over a horizontal line.

Selonke (Geschäftsführer)

RAE STEINHÖFEL, ABC-STRASSE 38, 20354 HAMBURG
Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1

11011 BERLIN

21.10.2019

STELLUNGNAHME

für die öffentliche Anhörung am 23.10.2019 im Ausschuss für
Recht und Verbraucherschutz zum

Geszentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur
Stärkung des fairen Wettbewerbs“, BT-Drucksache 19/12084

Geszentwurfs der Fraktion der AfD, BT-Drucksache 19/13205
„Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Abmahnmiss-
brauchs“

Antrag der Fraktion der FDP, BT-Drucksache 19/13165, „Maß-
nahmen für mehr Fairness bei Abmahnungen“ sowie zum

Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, BT 19/6438,
„Abmahnungen – Transparenz und Rechtssicherheit gegen Miss-
brauch“.



RECHTSANWÄLTE

JOACHIM NIKOLAUS
STEINHÖFEL

REINHARD HÖBELT

TELEFON (040) 44 45 99
TELEFAX (040) 44 07 06

e-mail

js@steinhoefel.de

rh@steinhoefel.de

ABC-STRASSE 38

20354 HAMBURG

COMMERZBANK HAMBURG

KTO 82 522 80

BLZ 200 400 00

IBAN

DE03 2004 0000 0825 2280 00

BIC COBADEFFXXX
133 von 183

I.

Unser Büro verfügt über eine in den letzten dreißig Jahren erlangte, umfangreiche praktische und forensische Erfahrung im Lauterkeitsrecht, die sich u.a. in über zehntausend bundesweit geführten Wettbewerbsprozessen niederschlägt, von denen mehrere hundert bis zum Bundesgerichtshof gelangten und das deutsche UWG maßgeblich, insb. in Richtung auf dessen Liberalisierung, geprägt haben.

II.

1. Eine Notwendigkeit für die weitreichenden und teilweise auch nicht zweckgerechten Eingriffe in das deutsche Lauterkeitsrecht, die der Gesetzentwurf der Bundesregierung vorsieht, können wir aktuell nicht erkennen. Diese Einschätzung haben wir auch nach Gesprächen mit zahlreichen führenden Wettbewerbsrichtern und Wettbewerbsanwälten ausnahmslos bestätigt gefunden. Entsprechende Stellungnahmen der Richterschaft und der Verbände wie der GRUR und der Wettbewerbszentrale liegen vor.

2. Der Gesetzentwurf stellt eine **gesetzgeberische Überreaktion** dar, die das zu lösende Problem nicht genau erfasst, eine Vielzahl von teilweise überaus bürokratisch anmutenden und auslegungsunsicheren Begriffen einführt und **dem Regelungsziel nicht dient**. Erschwerend ist die nahezu **völlig fehlende Faktengrundlage** zu nennen, ohne die so **schwerwiegende gesetzgeberische**

Eingriffe nicht erfolgen sollten. Die Wettbewerbszentrale, die über den Verdacht rechtsmissbräuchlichen Vorgehens ebenso erhaben sein dürfte, wie über den des Lobbyismus zugunsten von Rechtsanwälten, hat sich zur mangelnden Faktenbasis wie folgt geäußert¹:

„Ausgangspunkt der Gesetzesinitiative ist der Druck aus einigen Wirtschaftsverbänden, die einen ‚gefühlten‘ Abmahnmissbrauch reklamieren und monieren, dass es an wirksamen Regeln fehlt, was zu einem ‚Missstand‘ führe. Um die politische Debatte aufzuheizen, wird seit längerer Zeit mit den Schlagworten ‚Abmahnindustrie‘, ‚Existenzbedrohung‘ und ‚Abmahnwellen‘ operiert – selbst dort, wo es keine Abmahnwellen gibt. Verlässliche Zahlen über die angeblich missbräuchlichen Abmahnungen, deren Umfang sowie die Qualität des Problems gibt es tatsächlich nicht. Es wird lediglich auf seit einigen Jahren durchgeführte Umfragen des Online-Shop-Siegelanbieters Trusted Shops GmbH verwiesen, die von dem Unternehmen, das eigene gewerbliche Interessen bzgl. Abmahnungen verfolgt², irreführend als ‚Abmahnstudie‘ bezeichnet werden. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich nicht um wissenschaftliche Studien handelt, die auf repräsentativen Stichproben beruhen. Vielmehr spiegeln sie allein die Meinung solcher Befragter wider, die – als Kunden oder Newsletter-Abonnenten von Trusted Shops oder informiert über

¹ <https://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=36972>

² ZB durch den Verkauf von sog. „Abmahnschutz“-Paketen, vergl. <https://shop.trustedshops.com/de/>.

die Industrie- und Handelskammern – an den Umfragen teilgenommen haben. Diese Befragungen können nicht als repräsentativ angesehen werden. Es sind auf dieser Basis keine Hochrechnungen auf ‚die‘ gesamte Abmahnsituation bei allen Unternehmen, Gewerbetreibenden und Privaten in Deutschland möglich – weder für den Online-Handel, geschweige denn für den Gesamtmarkt. Die Umfragen liefern aufgrund der Fragestellungen keine Erkenntnisse darüber, wie viele der von den Befragten empfangenen Abmahnungen inhaltlich berechtigt waren, also aufgrund eines gegebenen Rechtsverstößes ausgesprochen worden sind; ebenso nicht darüber, ob und wie viele der genannten Abmahnungen tatsächlich ‚rechtsmissbräuchlich‘ waren. Tatsächlich ist es so, dass keinerlei valide Zahlen und Erhebungen zu Abmahnungen, insbesondere und erst recht nicht zu ‚missbräuchlichen‘ Abmahnungen existieren. Auch die Bundesregierung verfügt insoweit nicht über eine auch nur annähernd valide Zahlen- und Faktenbasis³⁴. Der Gesetzesentwurf reagiert damit auf subjektiv als missbräuchlich empfundene Abmahnungen, nicht etwa auf gerichtlich festgestellte oder wissenschaftlich belegte Missbräuche.“

³ So ausdrücklich die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion im Juli 2018, BT-Drs. 19 /3510, S. 4: „Der Bundesregierung liegen hierzu keine Erkenntnisse vor. In der insoweit einschlägigen, vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Statistik der Zivilgerichte werden zur Vermeidung von unnötiger Bürokratisierung bei den Gerichten der Länder die UWG-Verfahren nicht gesondert erfasst. Sie sind vielmehr in der Sachgebietsgruppe der Wettbewerbssachen bei den Kammern für Handelssachen enthalten. Differenzierte Aussagen allein zu den UWG-Verfahren sind damit nicht möglich.“

⁴ Gleichlautend die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Bundestragsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN aus Juli 2018, BT-Drs. 19/3644.

Erst nach mehrfachem Insistieren hat der Herausgeber der „Abmahn-Studie“ nach Aufforderung des für die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. tätigen Instituts für Rechtsdemoskopie, München, den Zusatz:

Bei der vorliegenden Umfrage handelt es sich nicht um eine repräsentative Studie, sondern lediglich um ein Meinungsbild solcher Online-Händler, die von Trusted Shops oder über die Industrie- und Handelskammern zu der Befragung (über einen entsprechenden Link) eingeladen worden waren und daran teilgenommen haben.

angefügt, was die „Studie“ **aus wissenschaftlicher Sicht wertlos** macht.

Eine wirksame Eindämmung missbräuchlicher Rechtsverfolgung wird mit den vorgesehenen, häufig sehr bürokratischen Einzelregelungen, die, soweit nicht ohnehin bereits durch die höchstichterliche Rechtsprechung vorgegeben, überwiegend nicht erreicht werden dürfen .

Stattdessen werden für die ganz weit überwiegende Zahl der berechnete Unterlassungsansprüche verfolgenden Anspruchsteller die bewährten und wirksamen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im UWG aufwändiger gemacht und zum Teil auch verhindert, ohne dass auch nur ansatzweise das Problem einiger weniger unseriös agierender Akteure adressiert würde.

4. Zu § 14 Abs. 2 UWG-GE – Fliegender Gerichtsstand

1. Der sog. fliegende Gerichtsstand dient

- dem Verbraucherschutz
- der Wahrung des hohen Schutzniveaus des UWG
- der Rechtsdurchsetzung
- der Rechtssicherheit
- der Sicherstellung gleichartiger rechtlicher Rahmenbedingungen für alle Rechtssubjekte
- der Gewährleistung und Wahrung besonderer richterlicher Sachkunde
- kürzeren Verfahrensdauern
- einer niedrigeren Rechtsmittelquote und in der Folge auch
- geringeren Rechtsverfolgungskosten.

Seine Abschaffung bedeutete eine **massive Schwächung des bewährten Systems des Lauterkeitsrechts und des deutschen Rechtssystems im internationalen Wettbewerb.**

2. Die vorgeschlagenen Regeln in UWG, UKlaG und GKG zielen laut Entwurf auf die Eindämmung von Abmahnmissbrauch, ohne die effiziente Rechtsdurchsetzung sowie die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern. Dies solle kleine und mittlere Unternehmen davor schützen, dass einstweilige Verfügungen gezielt bei von deren Sitz beziehungsweise Wohnsitz weit entfernten Gerichten beantragt werden, um den

Betroffenen die Rechtsverteidigung zu erschweren. Die Interessen von Kleingewerbetreibenden werden damit zum relevanten Maßstab für die gesamten potentiellen Anspruchsteller gemacht. Ihre Interessen über die der Wirtschaft insgesamt und über den Verbraucherschutz gestellt.

Selbst wenn es richtig wäre, dass 10% der Abmahnungen missbräuchlich wären, wir halten diese Zahl für ganz deutlich überhöht und es existiert kein seriöses Datenmaterial hierzu, träge die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes für 100% aller Fälle zu 90%, „seriöse Akteure“. Sie betrifft auch nicht nur kleine und mittlere Unternehmen, sondern unterschiedslos alle, auch größere Unternehmen.

Nach S. 35 des Entwurfs sollen die allgemeinen Gerichtsstandsregeln der §§ 12 ff. ZPO für Waffengleichheit zwischen den Parteien sorgen. Muss sich der Beklagte auf eine Klage einlassen, bei der der Kläger Zeitpunkt, Art und Umfang des Klagegegenstands bestimmen kann, soll er im Gegenzug den Vorteil haben, dass die Sache vor einem Gericht verhandelt wird, in dessen Bezirk er seinen Sitz hat.

Der Beklagte hat aber den Rechtsverstoß begangen, Zeitpunkt, Art und Umfang des Klagegegenstands werden durch den Verstoß und damit auch durch den Beklagten bestimmt. Es bedarf also keines Vorteilsausgleichs zu Lasten des betroffenen Klägers.

3. Der „fliegende Gerichtsstand“ stelle eine Benachteiligung für den Beklagten dar, weil sich der Kläger ein Gericht in seiner Nähe aussuchen könne oder ein Gericht, das eher in seinem Sinn über den Streitwert entscheide.

Tatsächlich verteidigt sich der Kläger gegen die Rechtsverletzung. Es ist gerechtfertigt, dass er sich ein Gericht aussucht, bei dem er sich eine für ihn günstige Rechtsdurchsetzung erhofft.

Für Abgemahnte bedeute eine angedrohte Klage an einem weit entfernten Gericht eine Belastung, die sie oft dazu bewegt, sich nicht gegen die Forderungen zu wehren und die geforderte Unterlassungserklärung zu unterzeichnen. Für diese Behauptung gibt es keinerlei Faktengrundlage.

Es werden auch Ursache und Wirkung vertauscht.

4. Auf S. 35 des Entwurfs liest man, Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung würden oft bei Gerichten gestellt, von denen der Antragsteller weiß, dass sie seiner Rechtsauffassung zuneigen, einstweilige Verfügungen „bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlassen oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetzen“.

Damit stellt die Bundesregierung die gerichtliche Entscheidung und damit die unabhängige Richterschaft unter den Generalverdacht, Helfershelfer von Rechtsmissbrauch zu sein. Soweit die Bundesregierung in dem Entwurf unter dem

31.07.2019 noch die Befürchtung hegt, Gerichte könnten Beschlüsse ohne Anhörung des Gegners erlassen, geschah dies offenbar ohne Berücksichtigung der bereits vor einem Jahr veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage⁵. Die Befürchtung einer Verweigerung rechtlichen Gehörs dürfte daher, weil diese verfassungswidrig wäre und man diese Kenntnis bei der Mehrzahl der Gerichte unterstellen darf, unbegründet sein.

5. Der Entwurf unterstellt ohne hinreichende tatsächliche Grundlage, häufig wählten Antragsteller auch Gerichte, die weit entfernt vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners lägen. Durch die faktische Wahlmöglichkeit könne sich der Kläger gegenüber dem Beklagten „etliche“ Vorteile sichern, ihm wird unter Verletzung der prozessualen Waffengleichheit ein großer Vorteil eingeräumt.

Richtig ist hier vielmehr, dass es den Mitbewerbern, soweit sie einen Rechtsverstoß begangen haben, freigestanden hätte, eine Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, um diese Unannehmlichkeiten zu vermeiden. Zum anderen liegen die Streitwertfestsetzung und damit die Kosten, die durch die Verfahren verursacht werden, zum größeren Teil in der Hand der Gerichte. Durch die Gerichtswahl des Anspruchstellers werden daher letztlich nur Reisekosten der Anwälte verursacht.

⁵ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. September 2018
- 1 BvR 1783/17

6. Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken aus dem Jahr 2013 hat im Urheberrecht den fliegenden Gerichtsstand bei einem gerichtlichen Vorgehen gegen Private aufgehoben (§ 104a UrhG). Diese Regelung war nach der Evaluierung des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken insofern erfolgreich, als sie zu einer signifikanten Reduzierung der urheberrechtlichen Abmahnungen gegenüber Privaten und der Anzahl der abmahnenden Rechtsanwälte beigetragen hat. Diese Wirkung soll dafür sprechen, dass der Anreiz für Abmahnungen mit der Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes reduziert werden können.

Wettbewerber sind keine „Privaten“. Während der fliegende Gerichtsstand dazu führen kann, dass Reisekosten auf der Beklagenseite entstehen können (aber nicht müssen oder ggf. auf beiden Seiten verursacht werden), führt die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes dazu, dass künftig regelmäßig - bei Obsiegen stets zu erstattende - Reisekosten auf der Seite des Verletzten entstehen. Sollten durch die drohenden Reisekosten Abmahnungen unterbleiben, leidet die Rechtsdurchsetzung.

7. Sollte der fliegende Gerichtsstand entfallen, wären 115 über das Gebiet der Bundesrepublik verteilte Landgerichte anzufahren. **Die dadurch zusätzlich verursachten Reisekosten**, so man sämtliche wettbewerbsrechtlichen Verfahren in der Bundesrepublik addiert, **würden die rein spekulative Ersparnis von weniger Rechtsmissbrauch um ein Mehrfaches übertreffen**. Ob diese Kläger oder Beklagten auferlegt werden, ist jedenfalls dann

nachrangig, wenn der Gesetzentwurf, wie er ja für sich in Anspruch nimmt, auch eine Entlastung der Wirtschaft im allgemeinen anstrebt.

8. Eine weitere zentrale Fehleinschätzung des Gesetzentwurfs zum fliegenden Gerichtsstand findet sich auf dessen Seite 36.

Danach sei der fliegende Gerichtsstand für die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts nicht zwingend erforderlich. Das Rechtsgebiet erfordere auf Grund der Vielzahl der betroffenen Rechtsbereiche keine Spezialisierung, die über die bereits gegebene Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen hinausgehe. Soweit mitunter darauf hingewiesen werde, dass die freie Gerichtswahl es ermögliche, im Bereich des UWG besonders qualifizierte und sachkundige Gerichte anzurufen, vermöge dies den „fliegenden Gerichtsstand“ nicht zu rechtfertigen. Es sei nicht Sinn und Zweck des Gerichtsstands des Begehungsortes, die Spezialisierung einzelner Gerichte auf bestimmte Rechtsmaterien zu fördern. Zwar könne es für eine gewisse Zeit durch die weitgehende Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands zu Verlagerungseffekten kommen. Es sei jedoch damit zu rechnen, dass nach einer kurzen Übergangszeit an allen Landgerichten eine entsprechende Erfahrung und Kompetenz vorhanden sein werde.

Diese Erwägungen sind weder mit den Erfahrungen in der Praxis noch mit den Denkgesetzen in Einklang zu bringen.

Die Verfahren konzentrieren sich heute im Wesentlichen auf die Gerichtsstandorte Hamburg, München, Berlin, Frankfurt, Düsseldorf, Köln, Stuttgart und Mannheim.

Es gibt insgesamt 115 Landgerichte in Deutschland. Die acht genannten Standorte zusammen werden jährlich auf deutlich über 10.000 Verfahren kommen. Wenn sich diese Gesamtzahl künftig auf alle 115 Landgerichte verteilt, kommt man rechnerisch auf Fallzahlen von unter 100 pro Gericht.

Die Konsequenzen dieser nachhaltigen Preisgabe von jahrzehntelang erlangter richterlicher Sachkunde liegen auf der Hand. Der Verfahrensausgang bei einem unerfahrenen Gericht ist weniger vorhersehbar als aktuell. Die Anzahl der Verfahren, die erst in der zweiten Instanz entschieden wird, wird massiv zunehmen. Zudem wird der Begründungsaufwand höher, weil gegenüber unerfahrenen Gerichten auch wettbewerbsrechtliche Grundlagen, die andernorts vorausgesetzt werden können, dargelegt werden müssen. **Damit werden die Verfahren langwieriger, unsicherer im Ausgang und insgesamt teurer.**

Die geringere Prognosesicherheit und die höheren zu erwartenden Verfahrenskosten würden dazu führen, dass die Abwehr von Wettbewerbsverletzungen künftig nur noch von finanzstarken Unternehmen übernommen wird, kleinere Unternehmen Wettbewerbsverletzungen eher hinnehmen. **Unter der in der Folge geringeren Rechtsdurchsetzung leidet auch der Rechtsschutz der Verbraucher.**

Die mutmaßlich höhere Anzahl von Verfahren, die erst in der II. Instanz abgeschlossen werden wird, wird im Ergebnis auch zu einer **höheren Kostenbelastung der unterlegenen Partei** führen. Die Zielsetzung des Gesetzesentwurfs, die Kostenbelastung von Wettbewerbsverletzern zu verringern, wird sich daher in das Gegenteil verkehren. Ergänzt durch die massiv steigenden Reisekosten. Im Ergebnis wird dies saldiert zu einer deutlichen Zusatzbelastung für die Gewerbetreibenden führen.

10. Laut S. 36 des Entwurfs sei es „nicht Sinn und Zweck des Gerichtsstands des Begehungsortes, die Spezialisierung einzelner Gerichte auf bestimmte Rechtsmaterien zu fördern.“ Dies steht auch in deutlichem Widerspruch zu sonstigen Bestrebungen des Gesetzgebers.

Tatsächlich ist es umgekehrt: Es ist nicht gerechtfertigt, den fliegenden Gerichtsstand abzuschaffen und die vorhandene, wertvolle Spezialisierung einzelner Gerichte grundlos zu opfern.

Der Gesetzgeber macht den heutigen, erfahrenen und spezialisierten Gerichten ihre Spezialisierung und Erfahrung damit geradezu zum Vorwurf, fällt unabhängigen Experten in den Rücken und will die Verfahren an weniger sachkundige Spruchkörper delegieren. Damit zielt ausgerechnet der Gesetzgeber auf eine mit höheren Kosten verbundene Schwä-

chung der Rechtsdurchsetzung, die mit einem Misstrauensvotum an die unabhängige Justiz verbunden ist. Ein Szenario, das nur Verlierer kennt.

11. Das Lauterkeitsrecht ist ein schwieriges Rechtsgebiet. Die Anwendung des UWG erfordert eine Sachkunde, die nur durch eine Beschäftigung mit einer Vielzahl von Fällen erworben werden kann. Ohne vertieftes Verständnis des Zusammenwirkens von Mitbewerber- und Verbraucherschutz kann man das Gesetz nicht fachkundig anwenden. Die Generalklauseln haben zur Ausbildung eines komplexen Fallrechts geführt. Die Schlüsselbegriffe des Verbraucherleitbildes und der Verkehrsauffassung können ohne hinreichende Sachkunde nicht korrekt angewendet werden. Dies gilt ebenso für das Verständnis der Generalklauseln wie der unbestimmten Rechtsbegriffe.

Die GRUR⁶ weist zutreffend darauf hin, dass sich mit dem Zusammenspiel von Abmahnung, Eilverfahren und Hauptsache sowie der Dominanz des Verfügungsverfahrens (ca. 80% der Streiterledigungen) ein **spezifisches wettbewerbsrechtliches Verfahrensrecht** herausgebildet. Dieses Verfahrensrecht weist so viele Besonderheiten gegenüber dem „normalen“ Zivilprozessrecht auf, dass es **auf Anwaltsseite zu einer erheblichen Spezialisierung geführt hat und von nicht jahrelang mit der Materie befassten Spruchkörpern nicht beherrscht wird** und auch

⁶ http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2018-10-22-GRUR-Stn-RefE-Gesetz-Staerkung-fairen-Wettbewerbs.pdf

nicht beherrscht werden kann. Eine Verlagerung der Zuständigkeiten würde damit zu einer großen Zahl von Fehlentscheidungen führen, die, wenn überhaupt, nur in der Berufungsinstanz korrigiert werden könnten, soweit der Unterlegene die Kosten einer weiteren Instanz zu riskieren bereit ist.

Schon rein rechnerisch ist eine drastische Verwässerung der wettbewerbsrechtlichen Sachkunde bei einer Aufgabe des fliegenden Gerichtsstandes sicher. Dies hätte zur Folge, dass sich die Wettbewerbsprozesse auf sämtliche 115 Landgerichte verteilen. Geht man von sieben bis acht Kompetenzzentren aus, wäre das eine Nivellierung um den Faktor 15. Der an diesen Gerichten über Jahrzehnte ausgebildete spezielle Sachverstand im Lauterkeitsrecht ginge verloren.⁷

12. Das Lauterkeitsrecht ist in einem weiteren Sinne dem gewerblichen Rechtsschutz zuzurechnen. Im gewerblichen Rechtsschutz gibt es zahlreiche prozessuale Besonderheiten, die ursprünglich im Wettbewerbsrecht entwickelt und dann in andere Rechtsbereiche ausgedehnt wurden. Würde der fliegende Gerichtsstand im UWG aufgehoben, wäre dies in Bezug auf das Verfahrensrecht im Gewerblichen Rechtsschutz ein **Systembruch an zentraler Stelle**. Wenn man dies tun wollte, so müsste man den fliegenden Gerichtsstand auch im Marken-, Design-, und Patentrecht aufgeben. Auf diesen Gedanken kommt nie-

⁷ http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2018-10-22-GRUR-Stn-RefE-Gesetz-Staerkung-fairen-Wettbewerbs.pdf

mand, weil der Gerichtsstand und die Sachkompetenz an ausgewählten Gerichtsstandorten viel zu wichtig sind, um sie aufzugeben. **Nur das Lauterkeitsrecht soll ein Sonderopfer bringen.**⁸

13. **Ein relevanter Zusammenhang zwischen Abmahnmissbrauch und fliegendem Gerichtsstand ist nicht nachweisbar**, weil er nicht existiert. Eine Faktengrundlage, die auch nur andeuten könnte, ein solcher Zusammenhang bestehe, ist nicht ersichtlich.

Eine Missbrauchsbekämpfung, die am fliegenden Gerichtsstand ansetzt, verfehlt daher ihr Ziel, sie führte auch zu einer Systemschwächung.

14. Wir schließen uns in vollem Umfang der von der GRUR⁹ formulierten Einschätzung an, wonach ein solcher Eingriff nicht nur unverhältnismäßig wäre, sondern auch – ohne jeden Vorteil auf der anderen Seite – zu einer Schwächung des Standortes Deutschlands führte.

„Mit der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands im UWG wird auch ein unverhältnismäßiger Eingriff in das bewährte System des deutschen Lauterkeitsrechts vorgenommen. Die jetzt starken und kompetenten Wettbewerbsgerichte werden ihre Fallzahlen verlieren, weil die Streitigkeiten um den Faktor 10 bis 15 in die Fläche gehen werden. Das wird die deutsche Wirtschaft

⁸ vergl. Fn 7

⁹ Vergl. Fn 7, aaO S. 11.

und die Durchsetzung des Leistungswettbewerbs nachhaltig schwächen... Diese Schwächung ist zugleich eine Schwächung des deutschen Rechtssystems im internationalen Wettbewerb, wo der Gewerbliche Rechtsschutz auch und gerade wegen des schnellen und kostengünstigen Verfahrens als ‚unique selling point‘ der Deutschen angesehen wird. Schließlich und endlich werden sich aufgrund der voraussagbaren Qualitätseinbuße der erstinstanzlichen Verfahren die Wettbewerbssachen in die zweite Instanz verlagern. Die Oberlandesgerichte werden gegen den rechtspolitischen Trend zur Entlastung nicht entlastet, sondern massiv zusätzlich belastet werden. Das bewährte Instrument der Abschlusserklärung nach erstinstanzlicher einstweiliger Verfügung wird es nicht mehr geben, weil der einstweiligen Verfügung nicht mehr zu trauen sein wird. Die Einführung eines ohnehin fragwürdigen Instruments zur Missbrauchsbekämpfung hat massive Kollateralschäden zur Folge, die zum verfolgten Zweck völlig außer Verhältnis stehen.“

5. Zu § 8 b Abs. 2 Nr. 3-5 und Abs. 3 UWG-GE

1. In der forensischen Praxis ist der Einwand des Rechtsmissbrauchs ebenso allgegenwärtig wie sehr häufig erkennbar unbegründet. Er beruht regelmäßig auf der häufig von Empörung getragenen Einschätzung, der Hinweis auf einen eigenen Rechtsverstoß durch Abmahnung sei per se Ausdruck unzulässiger Rechtsausübung.

Die in den Nr. 3 bis 5 des Abs. 2 genannten Kriterien werden jetzt nicht mehr bei kumuliertem Auftreten als Indizien des Rechtsmissbrauchs angesehen, sondern zu dessen absoluten Kriterien befördert. Diese Regelungen sind in mehrfacher Hinsicht **von besonderer Praxisferne** geprägt. Weder sind sie für sich genommen belastbare Indizien für Rechtsmissbrauch, noch würde die Implementierung in der Praxis irgendeinen Nutzen haben. Stattdessen würden die Einwendungen auch in eindeutigen Fällen deutlich wachsen, der Begründungsaufwand für die Gerichte steigen und so die Verfahrensdauer und der Arbeitsaufwand bei allen Beteiligten wachsen. Vorteile sind nicht erkennbar.

- a) Die Gegenstandswerte werden von den als Rechtsmittelinstanz zuständigen Oberlandesgerichten auch bei identischen Sachverhalten keineswegs einheitlich festgesetzt. Soweit die Streitwertbeschlüsse zu bestimmten Sachverhalten nicht zugänglich sind, ist die Ermittlung der Rechtsauffassung der Spruchkörper für bestimmte Verstoßkategorien häufig schwer oder unmöglich. Der Anwalt eines Unterlassungsgläubigers kann sich also auf die gesicherte Bewertung eines bestimmten Falles durch eine Reihe von Oberlandesgerichten berufen, die sehr häufig auch beim BGH unbeanstandet geblieben sind, stößt dann aber bei weniger häufig mit wettbewerbsrechtlichen Verfahren befassten Gerichten auf eine andere Bewertung, die deutlich abweichen kann. Die Konsequenz, die berechtigten Unterlassungsansprüche dann kostenpflichtig scheitern zu lassen, ist abwegig. Der Begriff „unangemessen hoch“ ist unbestimmt und in der Praxis untauglich.

Einzigste Folge wird sein, dass dieser Einwand massenhaft erhoben wird und zu einer Beschäftigungstherapie für Anwälte und Gerichte mutiert.

- b) Die Frage, ob eine Vertragsstrafe „erheblich überhöht“ war, wird allenfalls zum kompletten Einsatz des „Neuen Hamburger Brauchs“ führen. Der Begriff ist völlig unbestimmt. Die Frage der Angemessenheit der Vertragsstrafe ist Gegenstand umfangreicher Rechtsprechung, von diversen, teilweise unbekanntem Faktoren (wie Firmengröße, Umsatz, häufig nicht bekanntem Umfang der Werbung usw). abhängig und oft eine Rechtsfrage, die mit guten Gründen unterschiedlich beantwortet werden kann. Das Kriterium mag kumulativ – wie in der Rechtsprechung bereits ausgearbeitet – nützlich sein, als absolute Rechtsverfolgungsschranke ist es völlig ungeeignet.
- c) Wer sich lange und oft gerichtlich oder wissenschaftlich mit den rechtlich hochkomplexen Fragen der Reichweite des Unterlassungsanspruchs befasst hat, wer Kenntnis von der außerordentlich umfangreichen Rechtsprechung hierzu besitzt und sich dann noch mit den Fragen der Titelauslegung und -reichweite im Vollstreckungsverfahren, insb. der Kerntheorie und deren äußerst unterschiedlicher Handhabung dieser Fragen durch die Gerichte sowohl im Anordnungs- wie im Vollstreckungsverfahren beschäftigt, hegt keinerlei Zweifel daran, dass die **Nr. 5 des Abs. 2** als alleiniges Kriterium **voll und ganz untauglich** ist.

2. Den Ansatz des Abs. 3, die Kosten der Rechtsverteidigung gegen rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme über die bislang nur sehr eingeschränkt möglichen Fälle hinaus auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, begrüßen wir. Dies dürfte durchaus, insb.

bei der Massenabmahnung von Bagatellverstößen, abschreckende Wirkung haben. Insbesondere, wenn auch diese Ansprüche gem. § 13 Abs. 1 UWG vor den Landgerichten geltend gemacht werden können. Wir vermuten allerdings, dass die Geltendmachung dieser Ansprüche in der Praxis keinen großen Umfang erreichen wird, da der Aufwand einer entsprechenden Klage häufig in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zu dem tatsächlichen Kostenaufwand einer solchen Klage steht. Anders wäre dies aber zB, wenn ein Massenabmahner mit einer bestimmten „Serie“ vor Gericht wegen Rechtsmissbrauch scheitert, dies bekannt wird und sich zB 50 oder mehr Betroffene dann mit ihren Erstattungsforderungen melden.

3. Es ist nicht Sinn und Zweck der weitgefassten Anspruchsbe-
rechtigung des UWG, es Unterlassungsgläubigern zu ermöglichen, unabhängig von jedem vernünftigen wirtschaftlichen Interesse ihres Unternehmens als selbsternannte Wettbewerbshüter Wettbewerbsverstöße jeglicher Art zu verfolgen. Insbesondere nicht, wenn sachfremde Ziele - wie das Interesse, den Gegner durch möglichst hohe Prozesskosten zu belasten - als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen.

Ein denkbarer Ansatz für eine Kodifizierung könnte das Verhältnis der wirtschaftlichen Tätigkeit, des Umsatzes, zu dem durch die ausgesprochenen Abmahnungen bestehende, bilanzielle Prozesskostenrisiko sein. Bei einem Streitwert von – nur - € 15.000,00 betragen die gerichtlichen und außergerichtlichen

Kosten der ersten Instanz € 4169,00 netto. Bei dreißig Abmahnungen wäre man somit bereits im 6-stelligen Bereich. Wenn hier zB bei der massenhaften Verfolgung von Bagatellverstößen bilanzielle Prozesskostenrisiken gebildet werden, die in keinem betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Verhältnis zur Geschäftstätigkeit stehen, wäre dies ein durchaus verwertbarer Aspekt, der in der Rechtsprechung ja auch schon gelegentlich, in der Praxis allerdings häufig ohne nachhaltige Prüfung, seinen Niederschlag fand. Eine stärkere gesetzliche Betonung wäre daher unseres Erachtens erwägenswert.

6. Zu § 13 Abs. 2 Nr. 5 , Abs. 4 UWG-GE

Wir teilen die hierzu von der GRUR¹⁰ formulierten Bedenken. Danach wird diese Regelung zahlreiche Streitigkeiten auslösen und den Begründungsaufwand für eine Abmahnung hinsichtlich eines Nebenaspekts massiv erhöhen. Nach dieser neuen Regelung sollen Mitbewerber und Wirtschaftsverbände, im Gegensatz zu Verbraucherverbänden und Kammern, Aufwendungsersatz nur noch für die Verfolgung von Zuwiderhandlungen geltend machen können, welche die Interessen von Marktteilnehmern mehr als unerheblich beeinträchtigen. **So feiert die erst Ende 2015 beendigte Bagatellklausel aus § 3 Abs. 1 UWG 2008 durch die Hintertür eine rasche „Wiederauferstehung“, dies aber an versteckter Stelle und eben nicht für alle Anspruchsberechtigten.** Im Kontext des Ersatzes tatsächlich entstandener Aufwendungen, die gerade in den Fällen von Online-Verstößen

¹⁰ Vergl. Fn 7, Seite 15f.

durchaus den Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher dienen, wird gerade seriösen Anspruchsberechtigten aus dem Kreis des § 8 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 UWG die Motivation genommen, künftig weiterhin Zuwiderhandlungen zu verfolgen, die der Gesetzgeber als Bagatellverstöße ansieht. Es erschiene sachgerechter, die ersatzfähigen Aufwendungen gegebenenfalls in einfacher Weise drastisch zu "deckeln", statt sie unter komplizierten, rechtsunsicheren Voraussetzungen ganz entfallen zu lassen. Schwer nachvollziehbar ist weiter, dass Verbraucherverbände und Kammern für die Verfolgung dieser Bagatellverstöße weiterhin stets Aufwendungsersatz fordern dürfen, andere Anspruchsberechtigte aber nur von Wiederholungstätern, gegen welche sie bereits zuvor erfolgreich wegen des Erstverstoßes vorgegangen sind (vergl. GRUR aaO Fn 7).

Abs. 5 halten wir für nicht zweckgerecht, weil hier eine Gleichstellung der unbegründeten mit der missbräuchlichen Abmahnung erfolgt. Die Kostenfolge bereits an Flüchtigkeitsfehler wie das Fehlen der Vertretungsverhältnisse des Gläubigers in der Abmahnung zu knüpfen, erscheint übertrieben und in Hinblick auf das erstrebte Ziel ohne Bezug.

III.

1. Zum Gesetzentwurf der Fraktion der AfD BT-Drucksache 19/13205

1. Wir teilen unter Bezugnahme auf unsere vorstehenden Ausführungen das in dem Gesetzentwurf formulierte Anliegen der Beibehaltung des fliegenden Gerichtsstandes ausdrücklich. Wir teilen auch die vorgetragene Begründung. Sie beruht erkennbar auf einer praxisnahen Bewertung der immensen Vorteile der Gerichtsstandwahl durch den Unterlassungsgläubiger und weist zutreffend auf die hohe Sachkunde der spezialisierten Gerichte hin, wie auf deren Folge einer effektiven Bearbeitung wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten. Zutreffend ist auch, dass der gewerbliche Rechtsschutz in Deutschland gerade wegen der positiven Folgen des fliegenden Gerichtsstands weltweit hohes Ansehen genießt und eines der wenigen Rechtsgebiete ist, das im internationalen Wettbewerb der Rechtssysteme mithalten kann. Es ist richtig, dass sich auch aus diesem Gründen die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes verbietet, „zumal hierfür keinerlei Nutzen im Hinblick auf die Vermeidung missbräuchlicher Abmahnungen erkennbar ist.“

2. Soweit der Gesetzentwurf Vorschläge zur Bekämpfung des Abmahnmissbrauchs enthält, sollten auch hier zunächst belastbare Erhebungen über dessen Umfang und dessen Schwerpunkte,

die Akteure und die betroffenen Vorschriften verlässlich ermittelt werden.

a) Bei den Verbänden könnten hier Erhebungen bzgl. u.a. des IDO Interessenverband für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V. sowie der Deutschen Umwelthilfe e.V. naheliegen. Bei Letzterer möglicherweise auch außerhalb des Lauterkeitsrechts und bezogen auf die grundsätzliche Frage, inwieweit hier ein nicht demokratisch legitimierter Verband nicht nur massenhaft und offenbar mit enormen Erträgen abmahnt, sondern ohne demokratische Legitimation und trotz nicht hindernisfreiem Zugang für Neumitglieder in Bereichen aktiv ist, die dem Gesetzgeber vorbehalten sein könnten. Dies dürfte eine Überdehnung der Verbandsklagebefugnis darstellen, die mit den ursprünglichen gesetzgeberischen Zielen kollidiert. Soweit aber einzelne Verbände nach Erhebungen als „schwarze Schafe“ ermittelt wurden, ließen sich die geeigneten Maßnahmen zu deren Eindämmung zielgerichteter Vornehmen.

b) Die Einschätzung, die Abmahnung als bewährtes Mittel der außergerichtlichen Streitbeilegung zu bewahren, beschreibt der Entwurf auf S. 3, zweiter Absatz, zutreffend und praxisnah. Wir teilen diese Bewertung und deren Folgenprognose auch in Hinblick auf dessen Kritik am Gesetzentwurf der Bundesregierung.

c) Die weiteren Erwägungen zur Problematik des „überhöhten“ Gegenstandswertes bzw. einer zu weitgehenden Formulierung des Unterlassungsanspruchs als Beleg für Rechtsmissbrauch entsprechen unserer oben II. im Einzelnen dargelegten Einschätzung.

d) Den Vorschlag, den Kostenerstattungsanspruch für eine berechnete Abmahnung zu streichen, halten wir nicht für zielführend. Auch hier sollte ein Aufruf an die Bundesregierung vorgeschaltet werden, zunächst einmal eine valide Faktengrundlage zu ermitteln. Selbst wenn die rein spekulativen Annahmen der Bundesregierung, wonach 10% der Abmahnungen – aus welchen Gründen auch immer, auch dazu fehlen belastbare Fakten – missbräuchlich seien, zuträfen, wären die Folgen für die 90% der seriös Abmahnenden unverhältnismäßig. Der Entwurf der AfD lobt zurecht „die private Rechtsverfolgung durch Mitbewerber und Verbände“. Wir halten es für nicht angemessen, die massenhafte seriöse Bekämpfung von Unternehmens- und Verbraucherinteressen durch Abstellung von Rechtsverletzungen nicht mehr nach dem Verursacherprinzip zu bestreiten, nur weil es eine unbekannt, offenbar aber sehr geringe Zahl von Übeltätern gibt. Der in seinen Rechten verletzte Unternehmer trägt dann massenhaft die Kosten, die durch den Rechtsbrecher verursacht worden sind. Wir halten dies über eine Überreaktion, die allenfalls dann gerechtfertigt erscheinen könnte, wenn das tatsächliche Maß rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen zu einer solchen Diskreditierung des Instituts und zu solchen tatsächlichen Schäden für die

Wirtschaft führen würde, dass dieser Schritt geboten ist. Dies ist derzeit nicht annähernd ersichtlich.

Sicherlich würde der Wegfall der Abmahnkostenerstattung die missbräuchlichen Abmahnungen weitestgehend beseitigen. Der Schritt hätte aber in der überwältigenden Mehrheit der von einer solchen Gesetzgebung Betroffenen erhebliche Belastungen zur Folge. Dazu kämen dramatische Folgen für die Rechtsdurchsetzung und den Verbraucherschutz, weil dann nicht nur die missbräuchlichen Abmahnungen zurückgingen, sondern Abmahnungen insgesamt. Die Rechtsverstöße würden dramatisch zunehmen, wie wir aus zahlreichen vergleichbaren Konstellationen in der Praxis wissen. Denn Rechtsverstöße steigert sich zB auch dann massiv, wenn sich Unternehmen nach zahlreichen wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen auf sog. „Stillhalteabkommen“ einigten und einander „freie Hand“ gewährten. Die Situation ist ohne weiteres vergleichbar.

Nehmen die Abmahnungen und der Verfolgungsdruck ab, nehmen die Rechtsverstöße zu. Kollateralschäden beim fairen Wettbewerb und beim Verbraucherschutz eingeschlossen.

Bestimmte zu benennende Verbraucherschutzvorschriften aus der wettbewerbsrechtlichen Verfolgung auszuklammern, könnte an europarechtlichen Regelungen zum Verbraucherschutz scheitern. Wenn der Gesetzgeber bereit ist, die Rechtsdurchsetzung in-

soweit preiszugeben, könnte der vorgesehene Schritt, die Kosten-erstattung zB bei Verstößen gegen Vorschriften der DSGVO aus-zuklammern, Massenabmahnungen insoweit unattraktiv machen. Dass eine nachhaltige Durchsetzung durch Behörden oder Daten-schutzbeauftragte dann aber nicht gewährleistet wäre, müsste man dann in Kauf nehmen. Grundsätzlich halten wir es für rich-tig, die DSGVO, weil ein geschlossenes System, aus der lauter-keitsrechtlichen Verfolgung auszuschließen. Im Übrigen sind hier insbesondere die steuerfinanzierten oder gemeinnützigen Verbände aufgerufen, möglichst zügig eine höchstrichterliche Entscheidung herbeizuführen, ob Datenschutzvorschriften Marktverhaltensregeln sind oder nicht. Wird dies höchstrichter-lich verneint, wäre ein Schritt des Gesetzgebers entbehrlich.

d) Es ist sicher zutreffend, dass der finanzielle Anreiz zum „Sam-meln von Vertragsstrafen“ zurückgeht, wenn Unterlassungser-klärungen ohne Vertragsstrafe rechtlich die Wiederholungsge-fahr ausräumen. Mitbewerber haben damit einen wesentlich ge-ringeren finanziellen Anreiz für Abmahnungen von Konkurrenz-unternehmen wegen Verstößen aus den vom Gesetzentwurf der AfD genannten Rechtsbereichen.

Dabei sollte auch beachtet werden, dass der bereits einmal durch Gesetzesverstoß hervorgetretene Mitbewerber auch keinerlei An-reiz hat, diesen Verstoß, insb. wenn er sich lohnt oder wenn die Vermeidung kosten- oder arbeitsintensiv ist, zukünftig zu ver-meiden. Die Abschreckungswirkung einer Vertragsstrafe, inso-weit den gesetzlichen Ordnungsmitteln ähnlich, ginge verloren.

Auch hier würden die Rechtsverstöße zunehmen. Kollateralschäden beim fairen Wettbewerb und beim Verbraucherschutz auch hier eingeschlossen. Der Anreiz, außergerichtlich für eine Befriedung zu sorgen und der Druck, Rechtsverstöße zukünftig möglichst zu vermeiden, würde fast völlig entfallen. Zum Schaden aller Schutzgüter dieses Rechtsgebiets.

e) Die Ansätze zum Missbrauch durch „Abmahnvereine“ halten wir aus der Praxis insoweit für problematisch, als eine staatliche Prüfung der Akteure in einem Verwaltungsverfahren durch das Bundesamt für Justiz vorgesehen ist. Wie der Aufgabenzuwachs des Amts durch das NetzDG zeigt, ist man dort nicht ohne weiteres und trotz 32 neuer Planstellen in der Lage, Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes dessen Evaluierung oder die der sog. Transparenzberichte der sozialen Netzwerke vorzunehmen. Wir halten eine praktische, gfls richterliche Erfahrung aus jahrelanger Tätigkeit für zwingend, um die Seriösität der klagebefugten Verbände anhand der gesetzlichen Kriterien und deren tatsächlicher Aktivitäten als Voraussetzung für die Prüfungsinstanz für vorzugswürdig. Diese Prüfung sollte daher den Gericht, gfls nach Maßgabe verschärfter Kriterien, vorbehalten bleiben.

2. Zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90 /DIE GRÜNEN BT-Drucksache 19/6438

a) Auch dieser Antrag weist zutreffend darauf hin, dass der „Bundesregierung...weder der tatsächliche Umfang unseriöser Abmahnpraktiken noch die maßgeblichen Akteure in diesem Bereich hinreichend bekannt“ sind.¹¹ Wir teilen auch die Einschätzung, wonach die „geplanten Maßnahmen...überwiegend als ungeeignet“ einzuschätzen sind.

b) Soweit der Antrag die Bundesregierung unter II.1. auffordert, gesetzlich eine genauere Definition der missbräuchlichen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen zu formulieren, halten wir die dort genannten Kriterien sämtlich für richtig. Allerdings sind diese bereits umfassend in die einschlägige Rechtsprechung eingeflossen, sodass eine nochmalige Normierung dessen, was bereits Gegenstand der Rechtsprechung ist, nicht erforderlich erscheint.

c) Eine „öffentliche Transparenzstelle“ (II.2. des Antrags) zum Zwecke der Information über unseriöse Abmahnpraktiken halten wir für nicht praxisgerecht und nicht vernünftig umsetzbar. Wir glauben, dass entsprechende Transparenz aus Eigeninteresse der

¹¹ (vgl. Antwort der Bundesregierung vom 30.07.2018, BT-Drs. 19/3644, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/036/1903644.pdf>, abgerufen am 30.11.2018, auf die Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 11.07.2018, BT-Drs. 19/3363, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/033/1903363.pdf>, abgerufen am 30.11.2018)

Betroffenen durch die zahlreichen Optionen einer digitalisierten Gesellschaft ohnehin entfaltet. Die trotz 32 neuer Planstellen sehr schwerfällige Performance des Bundesamts für Justiz in Zusammenhang mit dem NetzDG (wie erwähnt die immer noch nicht erfolgte Evaluierung des Gesetzes resp. der Transparenzberichte der Netzwerke) lassen die Einrichtung an dieser Stelle als nicht geboten erscheinen. Das eine/diese Behörde in repräsentativer Weise in der Lage wäre, Informationen über missbräuchliche Abmahnungen zu erfassen und in für die Praxis hilfreicher Weise vorzuhalten, glauben wir nicht. Die Anregung, Abmahnungen müssten zudem auf eine solche Behörde hinweisen, erscheint umständlich, bürokratisch und praxisfremd. Das bewährte Institut der Abmahnung wird durch diese, und weitere, von der Bundesregierung vorgesehene Auflagen immer mehr in zweckfremder Weise belastet. Das die angeregte weitere personelle Aufstockung des BfJ sich nicht zwingend in einer besseren Leistung niederschlägt, zeigt die aktuelle Praxis.

d) Gegen die Überlegungen in II.3. haben wir keine Bedenken. Wir begrüßen den Antrag insoweit insbesondere, als eine Klagebefugnis versagt werden soll, wenn nachgewiesen ist, dass der Verein angeboten hat oder anbietet, auf die Erstattung von Abmahnkosten, die Abgabe von Unterlassungsverpflichtungen oder die Erhebung von Vertragsstrafen zu verzichten, wenn im Gegenzug dem Verein beigetreten wird. Dies sollte aber ergänzt werden um die Regelung, dass ein derartiges Vorgehen auch zum Verlust der Klagebefugnis führt. Als **weiteres Kriterium** wäre der **Verkauf von Unterlassungserklärungen oder gerichtlichen Titeln**

an den Unterlassungsschuldner, Angebote, denen wir in der Praxis begegnet sind, aufzunehmen.

e) Weitere Eingriffe in die Unterlassungserklärung, wie sie in II.4. vorgeschlagen werden, halten wir für falsch. Dies würde in erheblichem Maße zu Rechtsunsicherheit und zahlreichen weiteren gerichtlichen Auseinandersetzungen führen. Es wäre absehbar, dass entsprechende Einwände jedes Mal standardmäßig erhoben würden, wenn Ansprüche aus einer Unterlassungserklärung geltend gemacht würden. Hier sollte man es bei den Eingriffsmöglichkeiten, die das Vertragsrecht gewährt, belassen, vergl. auch die Begründung des Antrags unter 4).

f) In II.5 findet sich eine, soweit man nicht gleich den von AfD und FDP vorgeschlagenen Weg der Ausklammerung der DSGVO von wettbewerbsrechtlicher Verfolgung gehen will, vertretbare Anregung zur Vermeidung von datenschutzrechtlichen Massenabmahnungen. Soweit dort von „fortdauernd uneinheitlicher Rechtsprechung“ die Rede ist, würde ein Wegfall des fliegenden Gerichtsstandes dies noch massiv verschlimmern.

g) Soweit der Antrag auf seiner Seite 5 im Kontext des Rechtsmissbrauchs anmerkt, die Justiz habe „zu diesen Begriffen noch keine klare, dem Laien zugängliche Fallgruppenbildung hervorgebracht“, so beruht dies auf der Hoffnung, dass hochkomplexe Lauterkeitsrecht könne für Nichtjuristen verständlich gestaltet werden können. Vor dem Hintergrund, dass es selbst auf Seiten

der Anwälte und Gerichte hierzu besonderer Spezialisierung bedarf, kann dies nicht nur hier, sondern grundsätzlich nicht erwartet werden.

Die weiteren Kritikpunkte an der Vermutungsregel für die Annahme des Rechtsmissbrauchs, zB bei der Forderung einer „unangemessen hohen Vertragsstrafe“ sind deckungsgleich mit den von der Fraktion der AfD (BT-Drs. 19/13205, Seite 3) geäußerten und werden hier wie dort von uns geteilt.

h) Zur eminent wichtigen Frage des fliegenden Gerichtsstands finden sich in dem Antrag keine Ausführungen.

i) Zwei weitere Überlegungen des Antrags, die sich auf die DSGVO beziehen, sind nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

„Die Rechtsauffassung, dass die Regelungen aus der DSGVO der Durchsetzung durch Mitbewerber vollständig entzogen sein sollen, überzeugt letztlich nicht. Daten sind wirtschaftliche Werte. Daher kann der Verstoß gegen Datenschutzregelungen im geschäftlichen Verkehr nicht nur den Inhaber der Daten beeinträchtigen, sondern auch Wettbewerber, die die Vorgaben der DSGVO einhalten, benachteiligen.“

Hier stellt sich sehr nachdrücklich die Grundsatzfrage, ob es richtig ist, ohne hinreichende Faktenbasis den Schutz vor Rechtsmissbrauch zum Preis einer deutlich reduzierten Rechtsdurchsetzung zu kodifizieren.

„Der vollständige Ausschluss von Regelungen der DSGVO aus dem gesamten Anwendungsbereich des UWG durch den deutschen Gesetzgeber, wie ihn das Land Bayern im Bundesrat beantragt hat (BR-Drs. 304/18), ist daher weder europarechtskonform noch sachgerecht.“

Jedenfalls in Hinblick auf die Europarechtskonformität kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH diese Einschätzung teilt.

3. Zum Antrag der Fraktion der FPD BT-Drucksache 19/13165

a) Ebenso wie die Fraktion der AfD tritt die FDP für eine Streichung des Abmahnkostenersatzes, einen „Systemwechsel“, ein. Wir halten dies für falsch und verweisen auf unsere Ausführungen unter III. 2 d). Soweit unter I.1. von „erheblichen Problemen“ und „unverhältnismäßig hohen Abmahnkosten“ die Rede ist, hatten wir auf die gänzlich fehlende Faktengrundlage für diesen Ansatz bereits in Zusammenhang mit den Ausführungen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung ausführlich Bezug genommen. Insoweit kann auch auf die in Fn 3 zitierte Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom Juli

2018, BT-Drs. 19 /3510, S. 4, verwiesen werden: „Der Bundesregierung liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.“

Soweit die Voraussetzung des Entfalls der Kostenerstattung an die Unkenntnis des Abgemahnten von dem Rechtsverstoß geknüpft werden soll, stellte dies eine nicht vertretbare Privilegierung des (gfls. mutwillig) Unkundigen gegenüber dem rechts-treuen und geschulten Wettbewerber dar. Eine solche Regelung würde rechtliche Fortbildung bestrafen. Sie würde in der Praxis zu sicher unterhaltsamsten Possen führen, wenn sich Kaufleute vor Gericht zur Vermeidung von Abmahnkosten als arglos, törricht und ahnungslos präsentieren.

Erfahrungsgemäß ist das häufig als Bestandteil von „Stillhalteabkommen“ vereinbarte „notice-and-take-down“-Verfahren nicht von dauerndem Erfolg gekennzeichnet. Die Wettbewerber nutzen dies im Ergebnis häufig, um Zeit zu gewinnen und länger mit unzulässigen Wettbewerbshandlungen fortfahren zu können, bis sie dann schließlich doch gerichtlich gebremst werden.

Das Verursacherprinzip wird aufgegeben, die Rechtsdurchsetzung und der Verbraucherschutz leiden, der Geschädigte trägt für den Rechtsverletzer die Kosten.

Ein Ersatz von Abmahnkosten soll aber „in besonders schwerwiegenden, komplexen oder zeitkritischen Fällen“ gegeben sein. Eine derartige Grenzziehung mit völlig unbestimmten, vagen

Rechtsbegriffen ist von einer Praxisuntauglichkeit sui generis.
Den Vorschlag halten wir bei allem Respekt für indiskutabel.

Zur eminent wichtigen Frage des fliegenden Gerichtsstands finden sich in dem Antrag keine Ausführungen.

Soweit einem Abmahnberechtigten ein Schaden durch die Rechtsverletzung entstanden ist, soll er diesen weiterhin geltend machen können, Antrag I.3. Dies bedarf, da bereits seit Jahrzehnten geltendes Recht, erkennbar keines Eingriffs des Gesetzgebers.

Ferner brauche es (warum?) klare Grenzen für vertragsstrafenbewehrte Unterlassungserklärungen. Diese dürften nicht über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgehen. Wir hatten uns oben zu diesem auch in § 8 b Abs. 2 Nr. 5 UWG-GE auftauchenden Gedanken wie folgt geäußert:

„Wer sich lange und oft gerichtlich oder wissenschaftlich mit den rechtlich hochkomplexen Fragen der Reichweite des Unterlassungsanspruchs befasst hat, wer Kenntnis von der außerordentlich umfangreichen Rechtsprechung hierzu besitzt und sich dann noch mit den Fragen der Titelauslegung und -reichweite im Vollstreckungsverfahren, insb. der Kerntheorie und deren äußerst unterschiedlicher Handhabung dieser Fragen durch die Gerichte sowohl im Anordnungs- wie im Vollstreckungsverfahren beschäftigt, hegt keinerlei Zweifel daran, dass die Nr. 5 des Abs. 2 als alleiniges Kriterium **voll und ganz untauglich** ist.“

b) Vom Gesetzgeber normierte weitere Kriterien für die Angemessenheit einer Vertragsstrafe sind unseres Erachtens in Hinblick auf die umfangreiche Judikatur hierzu nicht erforderlich.¹²

c) Wir befürworten das Anliegen, die Regelungen der DSGVO, da keine Marktverhaltensregeln, soweit europarechtlich möglich, von der lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung auszunehmen.

Hamburg, 19.10.2019

Joachim Nikolaus Steinhöfel

¹² Nur beispielhaft, grundlegend und mwN schon BGH 30.09.1993 I ZR 54/91, GRUR 1994, 146 "Vertragsstrafebemessung": „Auch für die Angemessenheit einer verwirkten Vertragsstrafe kommt es in erster Linie auf den Sanktionscharakter der Vertragsstrafe und auf ihre Funktion der Vermeidung weiterer Zuwiderhandlungen an (vgl. OLG Hamm WRP 1978, [395](#), [397](#)), also - insoweit ähnlich wie bei der Festsetzung angemessener Ordnungsmittel im Sinne des § [ZPO § 890](#) ZPO - auf die Beurteilung der Schwere und des Ausmaßes der begangenen Zuwiderhandlung gegen den Titel, auf deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, auf das Verschulden des Verletzers und auf dessen - zu beseitigendes - Interesse an weiteren gleichartigen Begehungshandlungen (vgl. BGH GRUR 1983, 127, 129, Vertragsstrafeversprechen; BGH GRUR 1984, [72](#), 74- Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl. UWG Rdn. 275; vgl. auch - zu vergleichbaren Kriterien für die Angemessenheitsprüfung bei der Herabsetzung einer bestimmten Vertragsstrafe - Großkomm/Köhler, Vor § 13 UWG, B, Rdn. 122).

Düsseldorf

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf
T +49 211 49 79 0 (Zentrale)
F +49 211 49 79 103
E tobias.timmann@freshfields.com
www.freshfields.com

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084)

Von

Dr. Tobias Timmann
Rechtsanwalt

Datum

21. Oktober 2019

A. Zusammenfassende Bewertung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs der Bundesregierung (*Reg-E*) dient dem gesetzgeberischen Ziel, missbräuchliche Abmahnungen, die primär zur Erzielung von Gebühren und Vertragsstrafen ausgesprochen werden, auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts einzudämmen und dadurch insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen zu schützen.

Diesem gesetzgeberischen Ziel ist ohne Einschränkung zuzustimmen und Regelungen, die zur Erreichung des angestrebten Ziels führen, sind ausdrücklich zu begrüßen. Der *Reg-E* stellt jedoch eine gesetzgeberische Überreaktion und Überregulierung dar, die unter dem Deckmantel des Schutzes kleiner und mittelständischer Unternehmen weitreichende Folgen für das gesamte Lauterkeitsrecht sowie negative Auswirkungen auf die lautere Rechtsdurchsetzung rechtstreuer Marktteilnehmer hätte und nicht zuletzt dem Gerichtsstandort Deutschland im internationalen Wettbewerb massiv schaden könnte, ohne dem Regelungsziel tatsächlich zu dienen. Sollte der *Reg-E* in seiner derzeitigen Fassung umgesetzt und verabschiedet werden, besteht die reale Gefahr, dass ein in der Praxis seit Jahrzehnten funktionierendes, etabliertes und (auch international) anerkanntes System außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdurchsetzung allein aufgrund einer kleinen Gruppe missbräuchlich Handelnder geopfert wird.

Im Ergebnis steht daher zu befürchten, dass das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs zu einer Schwächung des fairen Wettbewerbs führt.

B. Stellungnahme zu einzelnen Vorschriften des Regierungsentwurfs

Diese Bewertung beruht auf einer Gesamtschau der von der Bundesregierung im *Reg-E* vorgeschlagenen Änderungen des UWG. Zu diesen soll in der Folge in der Reihenfolge der Nummerierung der neuen Vorschriften Stellung genommen werden.

Es handelt sich dabei um die Einschränkung der Aktivlegitimation von Mitbewerbern (dazu unter **I.**), die weitreichenden Ergänzungen hinsichtlich des Verbots der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen (dazu unter **II.**), die Neuregelungen zur lauterkeitsrechtlichen Abmahnung (dazu unter **III.**), die Neuregelungen zur Bemessung der Vertragsstrafe in strafbewehrten Unterlassungserklärungen (dazu unter **IV.**) sowie die höchst problematische Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes im Lauterkeitsrecht (dazu unter **V.**).

I. Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG *Reg-E*

§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG *Reg-E* schränkt die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern insoweit ein, dass ein Mitbewerber „*Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich*“ vertreiben oder nachfragen muss, um anspruchsberechtigt zu sein. Dabei muss der Mitbewerber nachweisen, dass er diese Voraussetzung erfüllt (vgl. BT-Drucks. 19/12084, S. 26). Nach Ansicht der

Bundesregierung werden sich Wettbewerber, die ihre Geschäftstätigkeit gerade erst aufgenommen haben, nur noch in Ausnahmefällen hierauf berufen können (BT-Drucks. 19/12084, S. 26).

Hintergrund der Regelung scheint der Versuch zu sein, solche Unternehmen von vornherein von der Aktivlegitimation auszuschließen, die eine Geschäftstätigkeit nur zum Schein ausüben, um sich in die Lage zu versetzen, missbräuchliche Abmahnungen auszusprechen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die vorgeschlagenen zusätzlichen Kriterien überhaupt dazu beitragen können, derart missbräuchlich handelnde Mitbewerber von der Geltendmachung von Ansprüchen auszuschließen. Für ein abmahnwilliges Unternehmen dürfte es gerade im Bereich des Online-Handels nicht schwierig sein, die genannten Kriterien zu erfüllen.

Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass durch die Neuregelung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG Reg-E lautere Mitbewerber von der Durchsetzung berechtigter Ansprüche abgehalten werden. Es besteht insbesondere keine Rechtfertigung dafür, seriösen Start-up-Unternehmen, die sich gegen wettbewerbswidrige Handlungen etablierter Unternehmen am Markt zur Wehr setzen wollen, bewusst die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung zu entziehen.

Weiterhin ist zu erwarten, dass in der Praxis zukünftig in einer erheblichen Anzahl von Fällen standardmäßig der Einwand erhoben werden wird, dass der Mitbewerber Waren oder Dienstleistungen nur in unerheblichem Maße oder nur gelegentlich vertreibt. Dies wird die Durchsetzung berechtigter Ansprüche seriöser Unternehmen erschweren oder zumindest aufwändiger machen; dies gerade auch im Hinblick auf die Einführung unbestimmter, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe wie „*in nicht unerheblichem Maße*“ und „*nicht nur gelegentlich*“, die zunächst zu einer Rechtsunsicherheit führen werden.

Im Ergebnis ist die vorgeschlagene Änderung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG Reg-E daher abzulehnen; zumal es den Gerichten unbenommen bliebe, die Erwägungen zum geringen Umfang der Geschäftstätigkeit im Rahmen der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Abmahnung bzw. gerichtlichen Rechtsdurchsetzung zu berücksichtigen.

II. Verbot missbräuchlicher Geltendmachung von Ansprüchen, § 8b UWG Reg-E

Das Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen, das heute in § 8 Abs. 4 UWG geregelt ist, soll zukünftig in § 8b UWG Reg-E überführt werden.

Wichtigste Änderung ist dabei, dass in § 8b Abs. 2 UWG Reg-E Regelbeispiele für missbräuchliches Verhalten aufgeführt werden. Diese orientieren sich zwar an der heutigen Gesetzeslage sowie der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 UWG, dennoch ist die vorgeschlagene Regelung in dieser Form abzulehnen.

Dies liegt darin begründet, dass bei Vorliegen nur eines der Regelbeispiele grundsätzlich von der Missbräuchlichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen auszugehen ist. Dies verwehrt den Gerichten, eine Gesamtbetrachtung der Handlungen

des Anspruchstellers vorzunehmen und sonstige Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Häufig wird es zudem nur gerechtfertigt sein, von einer Missbräuchlichkeit auszugehen, wenn mehrere Regelbeispiele kumulativ vorliegen, da einzelne der aufgeführten Regelbeispiele relativ leicht eingreifen und auch seriöse Abmahnungen betreffen können (dazu unter 1.).

§ 8b Abs. 3 UWG Reg-E enthält – entsprechend der heutigen § 8 Abs. 4 Satz 2 und 3 UWG – Regelungen zu Gegenansprüchen des Anspruchsgegners. Diese an sich berechnete und auch heute anerkannte Regelung könnte zukünftig im Zusammenspiel mit § 8b Abs. 2 UWG dazu führen, dass berechnete Abmahnungen unterbleiben (dazu unter 2.).

1. Regelbeispiele des § 8b Abs. 2 UWG Reg-E

Die Regelbeispiele des § 8b Abs. 2 UWG Reg-E enthalten Fallgruppen, die Indizien für ein missbräuchliches Vorgehen des Anspruchstellers sein können. Einzelne der aufgeführten Regelbeispiele können aber auch bei seriösen und berechneten Abmahnungen relativ leicht erfüllt werden.

So ist es in der Praxis nicht unüblich, dass die Vorstellungen der Parteien über den angemessenen Gegenstandswert einer Abmahnung deutlich voneinander abweichen. Insofern kommt es auch immer wieder vor, dass ein Gericht den Gegenstandswert einer Abmahnung am Ende eines Gerichtsprozesses niedriger einschätzt, als es der Abmahnende ursprünglich getan hat. Wenn dies zukünftig nach § 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG Reg-E regelmäßig zur Missbräuchlichkeit der Rechtsdurchsetzung führen würde, wären eine Vielzahl von Fällen erfasst, bei denen es nach heutigem Verständnis nicht um Missbrauchsfälle handelt.

Gleiches gilt für das Regelbeispiel des § 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG Reg-E. Gerade in wirtschaftlich bedeutsamen Fällen ist die Höhe der zu zahlenden Vertragsstrafe stark umstritten; dies gilt insbesondere im Verhältnis zwischen Mitbewerbern auf Augenhöhe. In einer Forderung einer überhöhten Vertragsstrafe dann regelmäßig eine Missbräuchlichkeit zu sehen, ist nicht gerechtfertigt. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „erheblich“ überhöhten Vertragsstrafe sorgt insoweit auch nicht für eine hinreichende Eingrenzung.

Weiterhin gehört die Formulierung des Unterlassungsantrags bzw. der Unterlassungserklärung im Lauterkeitsrecht zu den schwierigsten Aufgaben des Anspruchstellers und später des Gerichts (so ausdrücklich Teplitzky/Schwippert, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 51, Rn. 1). Schon die Umschreibung der konkreten Verletzungsform kann Schwierigkeiten bereiten, erst recht eine – anerkanntermaßen grundsätzlich zulässige – Abstrahierung der Rechtsverletzung. Hierbei kommt es in der Praxis immer wieder – auch ohne böse Absicht – zur Vorformulierung von Unterlassungserklärungen, die über das hinausgehen, was der Anspruchsteller tatsächlich fordern kann. Allein die Vorformulierung einer zu weiten Unterlassungserklärung nach § 8b Abs. 2 Nr. 5 UWG Reg-E dennoch stets unter das Damokles-Schwert der Missbräuchlichkeit zu stellen, ist nicht angezeigt. In der Praxis würde dies ohnehin nur dazu führen, dass

Abmahnende keine vorformulierte Unterlassungserklärung mehr beifügen würden, so dass es allein am Abgemahnten wäre, eine angemessene Unterlassungserklärung zu formulieren. Dies würde gerade auch kleine Unternehmen dazu zwingen, selbst bei berechtigten Abmahnungen mit einfachen Sachverhalten einen Rechtsanwalt einzuschalten und dessen Kosten zu tragen.

Gänzlich unberücksichtigt bleibt bei der Einführung der Regelbeispiele auch, dass es je nach Vorschrift, deren Verletzung geltend gemacht wird, unterschiedlich wahrscheinlich ist, dass ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Bei Wettbewerbsverstößen im Rahmen des Nachahmungsschutzes, der Herabsetzung oder der gezielten Behinderung von Mitbewerbern ist der Kreis der Anspruchsberechtigten ohnehin regelmäßig so klein, dass ein Missbrauch unwahrscheinlich ist.

2. Aufwendungsersatzanspruch, § 8b Abs. 3 UWG Reg-E

Der in § 8b Abs. 3 Satz 1 UWG Reg-E vorgesehene Aufwendungsersatzanspruch, dessen Berechtigung nicht in Frage gestellt werden soll, könnte in Verbindung mit den Regelbeispielen des § 8b Abs. 2 Nr. 3-5 UWG Reg-E dazu führen, dass zukünftig an sich berechnete Abmahnungen und die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen unterbleiben. Es besteht nämlich für den Anspruchsteller nicht nur die Gefahr, dass seine Abmahnung relativ leicht als missbräuchlich gewertet wird und er daher in der Sache nicht durchdringt, sondern dass er sich zusätzlich noch Gegenansprüchen des Anspruchsgegners ausgesetzt sieht.

III. Neuregelungen zur Abmahnung, § 13 UWG Reg-E

In § 13 UWG Reg-E sind weitreichende Neuregelungen hinsichtlich lauterkeitsrechtlicher Abmahnungen vorgesehen. § 13 Abs. 2 UWG Reg-E stellt einen Katalog formaler Mindestanforderungen an eine Abmahnung auf (dazu unter **1.**). Eine der wichtigsten Neuregelungen enthält § 13 Abs. 4 UWG Reg-E, in dem der Ausschluss von Aufwendungsersatzansprüchen des Abmahnenden bei berechtigten Abmahnungen geregelt wird (dazu unter **2.**). Schließlich enthält § 13 Abs. 5 UWG Reg-E Gegenansprüche des zu Unrecht oder fehlerhaft Abgemahnten (dazu unter **3.**).

Die vorgesehenen Änderungen, die sicherlich als eine der intendierten Hauptsäulen zur Bekämpfung missbräuchlicher Abmahnungen angesehen werden müssen, können in ihrer Gesamtheit nicht überzeugen. Durch überzogene formale Anforderungen an Abmahnungen in Verbindung mit erheblichen negativen Konsequenzen für den Abmahnenden bei Nichteinhaltung dieser Formalien werden redliche Unternehmer von berechtigten Abmahnungen abgehalten. Dies wird zu einer weniger effizienten Rechtsdurchsetzung und damit zu einer Schwächung des lautereren Wettbewerbes führen. Die Vorschriften zum Ausschluss von Aufwendungsersatz bei berechtigten Abmahnungen setzen zudem das angestrebte Ziel der Verhinderung von Abmahnungen zur Gewinnerzielung nur unzureichend um.

1. Mindestanforderungen an eine Abmahnung, § 13 Abs. 2 UWG Reg-E

Der Katalog formaler Mindestanforderungen an eine Abmahnung, der in § 13 Abs. 2 UWG Reg-E aufgestellt wird, muss in jeder Abmahnung in klarer und verständlicher Weise angegeben werden. Allerdings stellen sich eine Reihe dieser Formalien durchaus als problematisch dar.

So müssen nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG Reg-E die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG Reg-E angegeben werden. Das bedeutet, dass Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG Reg-E angeben müssten, warum ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht sowie dass sie Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreiben. Mit anderen Worten müssten Unternehmen ihren Mitbewerber für eine ordnungsgemäße Abmahnung Informationen mitteilen, die durchaus wettbewerbslich relevant sein können und schon deshalb von den Unternehmen ggf. nicht offenbart werden wollen. Qualifizierte Wirtschaftsverbände müssten nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG Reg-E darlegen, warum die Zuwiderhandlung des Abgemahnten die Interessen ihrer Mitglieder berührt. Mithin stellt § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG Reg-E Hürden für eine ordnungsgemäße Abmahnung auf, die potentielle Anspruchsteller davon abhalten könnten, eine Abmahnung auszusprechen, obwohl ein klarer und erheblicher Rechtsverstoß vorliegt.

Zudem verlangt § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG Reg-E, dass „*die Rechtsverletzung unter Angabe der tatsächlichen Umstände*“ angegeben wird. Das Gesetz verlangt damit neben der Angabe des Sachverhalts auch eine juristische Subsumtion und die Angabe der verletzten Vorschriften des UWG. Dies könnte gerade kleinere Unternehmen von einer Abmahnung abhalten, da sie sich in jedem Falle der juristischen Hilfe eines Rechtsanwalts bedienen müssten.

Schließlich enthält § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG Reg-E die Vorgabe, dass in den Fällen des § 13 Abs. 4 UWG Reg-E angegeben werden muss, dass der Anspruch auf Aufwendungsersatz ausgeschlossen ist. Dabei handelt es sich aber um eine juristische Frage, die häufig umstritten sein wird und daher erst von einem Gericht endgültig entschieden werden wird. Man kann insoweit auch von einem redlichen Abmahnenden nicht verlangen, dass er diese rechtliche Wertung stets zutreffend vornimmt.

Zusammenfassend stellen die formalen Vorschriften in § 13 Abs. 2 UWG Reg-E durchaus hohe Hürden auf, die das Risiko auch für einen redlich Abmahnenden erheblich erhöhen, eine fehlerhafte Abmahnung auszusprechen, die mit den negativen Folgen des § 13 Abs. 5 UWG Reg-E verbunden ist.

2. Ausschluss von Aufwendungsersatz bei Abmahnungen, § 13 Abs. 4 UWG Reg-E

Durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs sollen missbräuchliche Abmahnungen verhindert werden, die primär zur Erzielung von Gebühren ausgesprochen werden. Vor diesem Hintergrund scheint es folgerichtig und geradezu zwingend, eine Regelung in das UWG aufzunehmen, mit der der Ersatz von Aufwendungen für Abmahnungen in den Fällen ausgeschlossen wird, die sich

besonders für missbräuchliche Abmahnungen eignen bzw. in denen missbräuchliche Abmahnungen in der Vergangenheit häufig ausgesprochen wurden.

Dem genannten Zweck soll § 13 Abs. 4 UWG Reg-E dienen. Er enthält zwei Fallgruppen, in denen der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen ausgeschlossen werden soll (dazu unter **a)** und **b)**).

Einleitend sei aber noch darauf hingewiesen, dass ein Aufwendungsersatzanspruch nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Anspruchsberechtigte ein Mitbewerber ist. Diese Differenzierung zwischen Mitbewerbern und anderen Anspruchsberechtigten leuchtet nicht ein, es gibt für sie auch keinen Grund. Gerade wenn kleine und mittelständische Unternehmen vor kostenpflichtigen Abmahnungen bei unerheblichen Rechtsverstößen geschützt werden sollen, kann es keinen Unterschied machen, wer der Anspruchsteller ist.

a) Ausschluss bei Informationspflichtverletzungen, § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG Reg-E

Nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG Reg-E soll ein Aufwendungsersatzanspruch bei Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien ausgeschlossen sein.

Die Ausnahme berücksichtigt gemäß der Gesetzesbegründung den Umstand, dass der Großteil der Abmahnungen von Wettbewerbern wegen Verstößen im Online-Handel ausgesprochen wird, weil in diesem Bereich Verstöße einfach und automatisiert festgestellt werden können und zahlreiche besondere Informationspflichten bestehen (BT-Drucks. 19/12084, S. 32).

Dennoch erscheint ein genereller Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs bei Informationspflichtverletzungen nicht gerechtfertigt. Nicht jede Verletzung von Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien ist einfach feststellbar oder einfach zu beurteilen. Es gibt durchaus schwierige und noch ungeklärte Rechtsfragen in diesem Bereich.

Soweit es sich tatsächlich um leicht erkennbare und leicht feststellbare Verstöße handelt, mag ein Ausschluss des Ersatzes von Aufwendungen gerechtfertigt sein, in schwierigen und komplexen Fällen wäre er jedoch unverhältnismäßig.

In der derzeitigen Fassung ist § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG Reg-E daher abzulehnen.

b) Ausschluss bei Verstößen gegen die DS-GVO, § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG Reg-E

§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG Reg-E enthält daneben einen Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs bei Verstößen gegen die DS-GVO (VO (EU) 2016/679) durch Kleinunternehmen, Kleinunternehmen sowie vergleichbare Vereine, soweit sie gewerblich tätig sind.

Denknotwendig setzt die Vorschrift voraus, dass Verstöße gegen die DS-GVO als abmahnfähig nach dem UWG angesehen werden, es sich bei der DS-GVO also zumindest teilweise um eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG

handelt. Ebenso setzt § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG Reg-E voraus, dass Mitbewerber berechtigt sind, Verstöße gegen die DS-GVO zu verfolgen.

Beides ist alles andere als selbstverständlich. Nach Teilen der Rechtsprechung und namhaften Vertretern in der Literatur enthält die DS-GVO – vergleichbar mit dem Kartellrecht – eine abschließende Regelung der Rechtsdurchsetzung, die die Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts ausschließt.

Anstatt oder zumindest als Vorbedingung der Regelung in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG Reg-E sollte daher im Gesetzentwurf klar und verständlich geregelt werden, ob und, falls ja, welche Vorschriften der DS-GVO überhaupt als Marktverhaltensregelung nach § 3a UWG mittels Abmahnung geltend gemacht werden können. Hierbei spricht Vieles dafür, eine Vorschrift aufzunehmen, die ausdrücklich vorsieht, dass die DS-GVO nicht über § 3a UWG durchgesetzt werden kann. Diese Regelung könnte der deutsche Gesetzgeber wohl selbst im Einklang mit dem Europarecht treffen.

c) Alternativer Regelungsvorschlag

Unabhängig davon, aufgrund welcher Vorschrift ein Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht vorliegt, sollte ein Aufwendungsanspruch des Abmahnenden – selbst bei einer berechtigten Abmahnung – dann ausgeschlossen sein, wenn der Verstoß einfach feststellbar und einfach zu beurteilen ist. Allein diese einfach gelagerten Fälle eröffnen nämlich die Möglichkeit und bieten einen Anreiz, eine Vielzahl von Abmahnungen primär zur Gebührenerzielung auszusprechen. Dementsprechend sollte ein Anspruch auf Ersatz erforderlicher Aufwendungen immer dann bestehen, wenn es sich um schwerwiegende, schwierig feststellbare oder schwierig zu beurteilende Verstöße handelt.

Zudem ist es nur angezeigt, dem Abmahnenden bei einer berechtigten Abmahnung seine Aufwendungen nicht zu erstatten, wenn der Abgemahnte überhaupt schutzwürdig ist. Dies setzt voraus, dass der Abgemahnte seinen Rechtsverstoß nicht kannte und ihn nach Erhalt der Abmahnung sofort abstellt.

Im Ergebnis sollte ein Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen daher nur dann ausgeschlossen sein, wenn der Verstoß leicht erkennbar und zu beurteilen ist, der Abgemahnte seinen Rechtsverstoß nicht kannte und nach Erhalt der Abmahnung unverzüglich abstellt.

Offen wäre, ob man die Beweislast für das Bestehen bzw. Nicht-Bestehen eines Anspruches auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen dem Abmahnenden oder dem Abgemahnten auferlegen möchte. Zum Schutz des Abgemahnten wäre es etwa denkbar, im Grundsatz für eine Abmahnung keinen Aufwendungsersatz vorzusehen, es sei denn, der Abmahnende kann darlegen, dass (i) der Verstoß nicht leicht erkennbar oder leicht zu beurteilen war, (ii) der Anspruchsgegner seinen Rechtsverstoß kannte oder (iii) der Anspruchsgegner seinen Rechtsverstoß nach Erhalt der Abmahnung nicht unverzüglich abgestellt hat.

3. **Aufwendungsersatzanspruch bei unberechtigter oder fehlerhafter Abmahnung, § 13 Abs. 5 UWG Reg-E**

Nach § 13 Abs. 5 UWG Reg-E soll dem unberechtigt Abgemahnten ein Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen zustehen. Der unberechtigten Abmahnung wird zudem eine nach § 13 Abs. 2 UWG Reg-E fehlerhafte Abmahnung sowie eine Abmahnung, mit der entgegen § 13 Abs. 4 UWG Reg-E ein Aufwendungsersatz geltend gemacht wird, gleichgestellt. Die Regelung ist insgesamt sachlich unangemessen und nicht gerechtfertigt.

Besonders deutlich wird dies im Falle einer berechtigten, aber nach § 13 Abs. 2 UWG Reg-E fehlerhaften Abmahnung. Würde man dem Abmahnenden das Risiko aufbürden, dass formale Fehler dazu führen, dass ein Anspruchsgegner, der wohlgermerkt einen Rechtsverstoß begeht und daher zurecht abgemahnt wurde, Ansprüche gegen den Abmahnenden geltend machen kann, würde dies zukünftig dazu führen, dass viele berechnigte Abmahnungen allein aus diesem Grund unterbleiben. Dies hätte wiederum zur Konsequenz, dass Rechtsverstöße unnötigerweise andauern und dadurch Interessen der Marktteilnehmer und Verbraucher beeinträchtigt werden.

Gleiches gilt für die Gewährung von Gegenansprüchen des Abgemahnten bei Abmahnungen, mit denen entgegen § 13 Abs. 4 UWG Reg-E ein Aufwendungsersatz geltend gemacht wird. In diesen Fällen der berechtigten Abmahnung ist es ausreichend, wenn der Abmahnende selbst keinen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, ihm auch noch das Risiko von Gegenansprüchen aufzubürden, wäre unverhältnismäßig.

Schließlich ist es selbst bei unberechnigten Abmahnungen nicht stets gerechtfertigt, dem Abgemahnten einen Aufwendungsersatzanspruch zuzuerkennen. Zu denken ist hierbei etwa an die Fälle nur teilweise berechtigter Abmahnungen. In der Rechtsprechung haben sich insoweit angemessene Lösungen der diversen Sachverhaltskonstellationen unberechnigter Abmahnungen herausgebildet, die beibehalten werden sollten. Eines Eingriffs seitens des Gesetzgebers bedarf es nicht.

IV. **Neuregelungen zur Vertragsstrafe, § 13a UWG Reg-E**

Die Bundesregierung beabsichtigt, mit § 13a UWG Reg-E eine neue Regelung in das UWG einzufügen, mit der die Angemessenheit von Vertragsstrafen geregelt werden soll. Die umfangreichen und detaillierten Regelungen umfassen u.a. einen Katalog der bei der Festlegung einer Vertragsstrafe zu berücksichtigenden Umstände (dazu unter 1.), das Verbot der Vereinbarung einer Vertragsstrafe in bestimmten Fällen (dazu unter 2.), die Festlegung einer pauschalen Höchstgrenze von Vertragsstrafen in bestimmten Fällen (dazu unter 3.) sowie schließlich eine Vorschrift zur Anpassung einer zu hohen Vertragsstrafe (dazu unter 4.).

Die vorgeschlagene Vorschrift des § 13a UWG Reg-E zeigt in besonderem Maße, wie der Reg-E mit im Kern zu begrüßenden Ansätzen zu einer Überregulierung führt und sogar durch überschießende Vorschriften zu ungewünschten Effekten führen kann. Im Ergebnis wird sogar teilweise ein rechtsfreier Raum geschaffen. Dies ist abzulehnen,

weshalb es einer Überarbeitung des § 13a UWG Reg-E bedarf. Interessengerechte Lösungen könnten dabei am einfachsten durch die Streichung von § 13a Abs. 2 und Abs. 3 UWG Reg-E erreicht werden.

1. Zu berücksichtigende Umstände bei der Festlegung einer Vertragsstrafe, § 13a Abs. 1 UWG Reg-E

§ 13a Abs. 1 UWG Reg-E kodifiziert die in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsätze, nach denen sich die Angemessenheit einer Vertragsstrafe bemisst. Mit der Kodifizierung soll eine Klarstellungs- und Hinweisfunktion erfüllt werden (BT-Drucks. 19/12084, S. 33).

Gegen die Kodifizierung der anerkannten Grundsätze spricht zunächst nichts. Allerdings ist § 13a Abs. 1 UWG Reg-E als abschließender Katalog konzipiert. Dies nimmt den Gerichten die Möglichkeit, im Einzelfall auch andere Umstände zu berücksichtigen, wenn dies angemessen und geboten erscheint. Insofern wäre es wünschenswert noch eine Öffnungsklausel vorzusehen.

2. Verbot der Vereinbarung einer Vertragsstrafe, § 13a Abs. 2 UWG Reg-E

Nach § 13a Abs. 2 UWG Reg-E soll es für Mitbewerber zukünftig ausgeschlossen sein, in den Fällen des § 13 Abs. 4 UWG Reg-E – also bei Informationspflichtverletzungen und Verstößen gegen die DS-GVO – bei einer erstmaligen Abmahnung überhaupt eine Vertragsstrafe zu vereinbaren.

Dies schießt über das gesetzgeberische Ziel hinaus und führt in der Konsequenz zu einem rechtsfreien Raum bei Informationspflichtverletzungen, da diese – zumindest von Mitbewerbern – nicht mehr effektiv verfolgt werden könnten.

Im Zusammenspiel der verschiedenen Vorschriften des UWG Reg-E würde sich die Situation bei den in § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG Reg-E genannten Verstößen zukünftig folgendermaßen darstellen: Obwohl der Abgemahnte einen Rechtsverstoß begeht und daher berechtigt abgemahnt wird, stünde dem abmahnenden Mitbewerber wegen § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG Reg-E kein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu. Zudem wäre es nach § 13a Abs. 2 UWG Reg-E ausgeschlossen, dass die Parteien einen strafbewehrten Unterlassungsvertrag schließen. Ein erneuter oder fortgesetzter Verstoß des Abgemahnten gegen die Informationspflicht bliebe also sanktionslos. Würde der Anspruchsteller dennoch eine Vertragsstrafe fordern, wäre seine Abmahnung nach § 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG Reg-E missbräuchlich, so dass dem Abgemahnten ein Gegenanspruch nach § 8b Abs. 3 UWG Reg-E zustünde. Würde der Anspruchsteller unberechtigterweise Aufwendungsersatz fordern oder nicht auf den Ausschluss des Aufwendungsersatzes hinweisen, stünde dem Abgemahnten ein Gegenanspruch nach § 13 Abs. 5 UWG Reg-E zu.

In der Konsequenz käme dem unstreitig rechtsverletzenden (!) Anspruchsgegner der größtmögliche Schutz gegen berechtigte Abmahnungen zu, während einem redlich handelnden Mitbewerber als Abmahnenden weitreichende Risiken auferlegt würden. Selbst wenn der Abmahnende diese Risiken eingeht, könnte er bestenfalls eine



Unterlassungserklärung erreichen, die keinerlei Sanktion für den Rechtsverletzer vorsehen darf.

Dies wird zweifelsfrei zur Erreichung des gesetzgeberischen Zieles der Verhinderung von missbräuchlichen Abmahnungen beitragen. Allerdings wird es auch dazu führen, dass Abmahnungen von Mitbewerbern unterbleiben, die nicht missbräuchlich sind. In der Folge wird für den Bereich der Informationspflichtverletzungen des § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG Reg-E ein rechtsfreier Raum geschaffen. Das gilt umso mehr, als wegen des Verbotes der Vereinbarung einer Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 2 UWG Reg-E auch ein weiterer Verstoß des Abgemahnten sanktionslos bleibt. Hierdurch würde der faire Wettbewerb zu Lasten der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer erheblich geschwächt.

Einziger Ausweg für Mitbewerber wäre es, auf eine Abmahnung zu verzichten und sofort gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, da insoweit die weitreichenden Beschränkungen nicht eingreifen. Das zeigt nochmals, wie sehr das Instrument der Abmahnung in diesem Bereich entwertet würde. Gleichzeitig ist es nicht sachgerecht, die Gerichte mit häufig einfachen Sachverhalten zu belasten, nur weil eine außergerichtliche Lösung vom Gesetzgeber torpediert wird.

Im Ergebnis sollte § 13a Abs. 2 UWG Reg-E daher ersatzlos gestrichen werden.

3. **Höchstgrenze für Vertragsstrafen, § 13a Abs. 3 UWG Reg-E**

Weiterhin sieht § 13a Abs. 3 UWG Reg-E eine pauschale Höchstgrenze für Vertragsstrafen in Höhe von 1.000 EUR vor, wenn *„die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt“*.

Nach der Begründung des Entwurfs sei die gesetzliche Deckelung sachgemäß, weil die Verwirkung einer Vertragsstrafe auf kleine Gewerbetreibende eine erhebliche Abschreckungswirkung ausüben könne, die bei einfach gelagerten Fällen unverhältnismäßig sein könne (BT-Drucks. 19/12084, S. 34). Zudem solle eine unerhebliche Beeinträchtigung nicht vorliegen, wenn angesichts des Umfangs der Geschäftstätigkeit des Gewerbetreibenden eine größere Anzahl von Verbraucher betroffen sei (aaO).

Im Ergebnis wird versucht, die Kriterien des § 13a Abs. 1 UWG Reg-E auf abstrakter Ebene ohne Berücksichtigung des Einzelfalles anzuwenden, um für eine Fallgruppe, deren Bestimmung anhand abstrakter, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe erfolgt, eine konkrete Höchstgrenze für Vertragsstrafen festzulegen. Das überzeugt nicht und ist nicht sachgerecht. Es handelt sich bei dem Betrag von 1.000 EUR um eine gegriffene Größe, deren Angemessenheit durch nichts begründet ist. Zudem besteht keinerlei Veranlassung dafür, die Bestimmung einer angemessenen Vertragsstrafe im konkreten Einzelfall im Zusammenspiel von § 13a Abs. 1 UWG Reg-E und § 13a Abs. 4 UWG Reg-E nicht den Gerichten zu überlassen.

Die Schaffung einer gesetzlichen pauschalen Höchstgrenze für Vertragsstrafen ist abzulehnen. § 13a Abs. 3 UWG Reg-E sollte ersatzlos gestrichen werden.

4. Anpassung einer zu hohen Vertragsstrafe, § 13a Abs. 4 UWG Reg-E

Schließlich sieht § 13a Abs. 4 UWG Reg-E vor, dass der Abgemahnte lediglich eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe schuldet, wenn er ursprünglich auf Verlangen des Abmahnenden eine unangemessen hohe Vertragsstrafe versprochen hat.

Die Neuregelung ist im Ergebnis zu begrüßen. Damit entfällt auch die Notwendigkeit der Herabsetzung einer Vertragsstrafe nach § 343 BGB, so dass es auf die Regelung des § 348 HGB nicht mehr ankommt.

V. Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes, § 14 Abs. 2 UWG Reg-E

Die für die Praxis weitreichendste Änderung der heutigen Gesetzeslage enthält § 14 Abs. 2 UWG Reg-E. Mit dieser Regelung würde der sog. „fliegende Gerichtsstand“ im deutschen Lauterkeitsrecht deutlich eingeschränkt. Er bliebe nur noch für den Fall anwendbar, dass der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat oder dass sich die geschäftliche Handlung an einen örtlich begrenzten Empfängerkreis richtet, § 14 Abs. 2 Satz 2 und 3 UWG Reg-E.

Auch und gerade bei dieser geplanten Neuregelung handelt es sich um eine Gesetzesänderung, die vom gesetzgeberischen Zweck des Reg-E nicht mehr umfasst ist, gleichzeitig aber einen erheblichen Eingriff in das allgemeine Konzept der privaten Rechtsdurchsetzung des Lauterkeitsrechts in Deutschland darstellt; ein Konzept, das seit Jahrzehnten anerkannt ist, in dieser Form effektiv funktioniert und sich auch im internationalen Vergleich bewährt hat.

Die weitgehende Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes ist schon deshalb nicht erforderlich, weil sich ein Zusammenhang zwischen den Fällen des Missbrauchs, die mit dem Reg-E eingedämmt werden sollen, und dem fliegenden Gerichtsstand nicht feststellen lässt (dazu unter 1.). Zudem würde die Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes im Lauterkeitsrecht einen Bruch im System deliktischer Gerichtsstände darstellen, der insbesondere bei internationalen Sachverhalten zu fragwürdigen Ergebnissen führen würde (dazu unter 2.). Zudem stellt das Lauterkeitsrecht ein Rechtsgebiet dar, das sich durch die Notwendigkeit einer besonderen Sachkunde der Gerichte auszeichnet, zu deren Ausbildung der fliegende Gerichtsstand in der Vergangenheit in besonderem Maße beigetragen hat (dazu unter 3.). Hierdurch hat sich der Gerichtsstandort Deutschland im internationalen Vergleich einen hervorragenden Ruf erarbeitet, der dazu führt, dass international tätige Unternehmen für sie wichtige lauterkeitsrechtliche Verfahren vor den besonders sachkundigen Gerichten in Deutschland führen. Dies setzt die vorgeschlagene Gesetzesänderung aufs Spiel (dazu unter 4.). Schließlich zeigt sich die gesetzgeberische Überreaktion auch daran, dass der fliegende Gerichtsstand insgesamt eingeschränkt werden soll. Hätte die Regelung des § 14 Abs. 2 UWG Reg-E tatsächlich die Intention rechtsmissbräuchliche Klagen zu unterbinden, hätte es nahe gelegen, die

geplante Gesetzesänderung auf missbrauchsgefährdete Klagen (dazu unter 5.) und kleine Unternehmen zu begrenzen (dazu unter 6.).

1. Kein Zusammenhang zwischen Missbrauch und fliegendem Gerichtsstand

Gemäß der Begründung der Bundesregierung stellt der fliegende Gerichtsstand für den Beklagten gerade bei Internetsachverhalten eine Benachteiligung dar, weil sich der Kläger ein Gericht in seiner Nähe aussuchen könne oder ein Gericht, das eher in seinem Sinne über den Streitwert entscheidet. Für Abgemahnte stelle eine angedrohte Klage an einem weit entfernten Gericht eine Belastung dar, die sie oft dazu bewege, sich nicht gegen die Forderung zu wehren. Anträge auf den Erlass einstweiliger Verfügungen würden zudem oft bei Gerichten gestellt, von denen der Antragsteller wisse, dass sie seiner Rechtsauffassung zuneigen, bereitwillig einstweilige Verfügungen ohne Anhörung des Gegners erließen oder regelmäßig hohe Streitwerte festsetzten (BT-Drucks. 19/12084, S. 35).

Abgesehen davon, dass sich ein Großteil der aufgeführten Kritik nicht gegen die Antragsteller, sondern gegen die erkennenden Gerichte richtet, ist der insoweit behauptete Zusammenhang zwischen einer rechtsmissbräuchlichen Rechtsverfolgung und dem fliegenden Gerichtsstand schon nicht schlüssig. Vielmehr meiden missbräuchlich Abmahnende häufig eher gerichtliche Auseinandersetzungen. Dies liegt zum einen daran, dass der missbräuchliche Abmahner fürchten muss, dass dem Gericht die Missbräuchlichkeit nicht verborgen bleibt. So sind einige der in § 8b Abs. 2 UWG Reg-E genannten Indizien eines Rechtsmissbrauchs, wie die Annahme eines unangemessen hohen Gegenstandswertes, die Forderung überhöhter Vertragsstrafen oder die Geltendmachung zu weitgehender Unterlassungsansprüche, vor Gericht nicht mehr durchzuhalten. Zum anderen sind gerichtliche Auseinandersetzungen für missbräuchlich Abmahnende häufig zu aufwendig, um das „Geschäftsmodell“ rentabel umsetzen zu können.

Ohnehin könnten Verhaltensweisen, wie die Auswahl eines Gerichtes weit entfernt vom Sitz des Abgemahnten in der Hoffnung, dass dieser sich nicht verteidigen werde, bereits im Rahmen des § 8a Abs. 2 UWG Reg-E berücksichtigt werden. Eine weitgehende Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes kann dadurch nicht gerechtfertigt werden.

2. Bruch im System deliktischer Gerichtsstände

Beim UWG handelt es sich um Sonderdeliktsrecht (vgl. nur *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 9, Rn. 1.2). Im Recht der unerlaubten Handlung richtet sich die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts aber stets nach dem Begehungsort (also Handlungs- und Erfolgsort). Das ist sowohl im allgemeinen deutschen Zivilprozessrecht, § 32 ZPO, als auch im Recht der Europäischen Union, Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO, anerkannt.

Wenn nun im Lauterkeitsrecht die örtliche Zuständigkeit der Gerichte abweichend geregelt werden soll, was beim derzeitigen § 14 Abs. 2 UWG Reg-E der Fall wäre, so bedürfte dies einer besonderen Rechtfertigung. Eine solche ist nicht ersichtlich.

Der Widerspruch zwischen § 14 Abs. 2 UWG Reg-E und Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO würde zudem zu einer Benachteiligung deutscher Kläger im Rahmen von internationalen Sachverhalten gegenüber EU-Ausländern führen. Für EU-ausländische Kläger würde im Rahmen grenzüberschreitender Sachverhalte nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO weiterhin der fliegende Gerichtsstand gelten, während deutsche Kläger einen deutschen Beklagten nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG Reg-E nur an dessen Sitz verklagen könnten.

3. Notwendigkeit besonderer Sachkunde der Gerichte

Das Lauterkeitsrecht erfordert eine besondere Sachkunde der Gerichte. Es weist vielfältige Parallelen zum Immaterialgüterrecht auf, setzt europäisches Verbraucherschutzrecht um, speist sich aus Generalklauseln und weist ein spezifisches Verfahrensrecht auf. Dies alles führt dazu, dass Gerichte, die mit der Materie befasst sind, ein vertieftes Verständnis des Lauterkeitsrechts und insbesondere Erfahrung bei der Entscheidung lauterkeitsrechtlicher Verfahren benötigen.

Diese besondere Sachkunde und Spezialisierung der Richter haben sich in der Praxis aufgrund und dank des fliegenden Gerichtsstandes – wie auch im gewerblichen Rechtsschutz – durch die Konzentration lauterkeitsrechtlicher Verfahren bei einigen wenigen Gerichten in Deutschland herausgebildet. Die absolute Mehrzahl aller lauterkeitsrechtlichen Verfahren in Deutschland verteilen sich auf einige wenige Landgerichte, an denen auf das Lauterkeitsrecht spezialisierte Kammern bestehen. Durch die hohe Verfahrensdichte an diesen Landgerichten weisen die zuständigen Kammern eine besondere Sachkunde auf, die eine hohe Qualität und Voraussehbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen sicherstellt.

Durch die weitgehende Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes würde diese besondere Sachkunde der Gerichte nachhaltig gefährdet, was zu einer erheblichen Schwächung der privaten Rechtsdurchsetzung des Lauterkeitsrechts führen würde.

Soweit die Begründung zum Reg-E darauf abstellt, dass das Rechtsgebiet keine Spezialisierung erfordere, die über die bereits gegebene Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen hinausgeht (BT-Drucks. 19/12084, S. 36), so ist dies schlicht falsch. Ebenso unrichtig ist die Annahme, dass es nach einer kurzen Übergangszeit an allen Landgerichten eine entsprechende Erfahrung und Kompetenz vorhanden sein wird (aaO). Aufgrund der Verteilung der lauterkeitsrechtlichen Verfahren auf eine Vielzahl von Landgerichten werden die Fallzahlen an vielen Landgerichten derart klein bleiben bzw. werden, dass die Gerichte die notwendige Spezialisierung nicht erreichen können und werden. Dies wird zumindest in erster Instanz zu einer deutlichen Qualitätseinbuße bei lauterkeitsrechtlichen Entscheidungen führen.

Diese Qualitätseinbußen in erster Instanz werden wiederum zu einer Zunahme von lauterkeitsrechtlichen Verfahren in zweiter Instanz führen, wodurch es zu einer zusätzlichen Belastung der Oberlandesgerichte kommen wird.

4. **Schädigung des Gerichtsstandorts Deutschland im internationalen Vergleich**

Das deutsche Lauterkeitsrecht gehört – neben dem gewerblichen Rechtsschutz – zu den wenigen Rechtsmaterien, in denen die Entscheidungen deutscher Gerichte international besonders anerkannt sind und die aufgrund der effizienten Rechtsdurchsetzung international sogar eine Vorbild- und Vorreiterrolle einnehmen. Dies führt dazu, dass der Gerichtsstandort Deutschland im Lauterkeitsrecht auch für internationale Unternehmen besonders attraktiv ist. Gleichzeitig orientieren sich ausländische Gerichte in vielen Ländern an der deutschen Rechtsprechung.

Diese Vorreiterrolle des deutschen Lauterkeitsrechts beruht sowohl auf der besonderen Sachkunde deutscher Gerichte als auch auf dem bewährten System der privaten Rechtsdurchsetzung. Integraler Bestandteil beider Aspekte ist der fliegende Gerichtsstand. Durch die vorgesehene Neuregelung des § 14 Abs. 2 UWG Reg-E würde daher der Ruf des Gerichtsstandorts Deutschland im internationalen Vergleich gefährdet.

5. **(Keine) Beschränkung auf missbrauchsgefährdete Klagen**

Selbst wenn man davon ausginge, dass der fliegende Gerichtsstand missbräuchliche Rechtsdurchsetzung begünstigt, bestünde keinerlei Veranlassung den fliegenden Gerichtsstand generell für alle Bereich des Lauterkeitsrechts einzuschränken.

So gibt es Vorschriften im UWG, bei denen eine missbräuchliche Rechtsdurchsetzung deutlich weniger wahrscheinlich ist als in anderen Bereichen (z.B. Nachahmungsschutz, Herabsetzung von Mitbewerbern, gezielte Behinderung – vgl. schon oben unter II. 1.). Ebenso gibt es Bereiche, die für missbräuchliche Klagen gefährdeter sind. Wenn überhaupt eine Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes vorgenommen werden sollte, wäre sie auf diese missbrauchsgefährdeten Klagen zu beschränken. Denkbar wäre etwa ein Gleichlauf mit § 13 Abs. 4 UWG Reg-E.

6. **(Keine) Beschränkung auf kleine Unternehmen**

Ebenso bestünde keinerlei Veranlassung den fliegenden Gerichtsstand generell für alle Beklagten einzuschränken. Die Begründung der Bundesregierung führt aus, dass die Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes dem Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen dienen soll (BT-Drucks. 19/12084, S. 20). In der Formulierung des § 14 Abs. 2 UWG Reg-E ist diese Einschränkung jedoch nicht enthalten und sollte in jedem Falle noch aufgenommen werden.
