

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 wohlgemerkt einen Rechtsverstoß begeht und daher zurecht abgemahnt wurde, Ansprüche gegen den Abmahnenden geltend machen kann, würde dies zukünftig dazu führen, dass viele berechtigte 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 unberechtigten 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 unberechtigter 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 Abmahnenenden 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.
