

**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, so dass 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, so dass es keinen Vorteil bringt, wenn das angegriffene Unternehmen vor Ort sitzt.

Eine Missbrauchsgefahr ist aufgrund der anderen Vorschriften aus dem Gesetzentwurf 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.