

**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](mailto: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“<sup>1</sup>, „unverhältnismäßig hohen Abmahnkosten, die bereits bei Bagatellverstößen drohen“<sup>2</sup>, es bestünde die „Gefahr einer missbräuchlichen Abmahnwelle“ im Zusammenhang mit der DSGVO<sup>3</sup> oder eine Gefahr „erhebliche[r] Verluste finanzieller oder immaterieller Art“ für Gewerbetreibende, die „nur formale Rechtsverstöße“ begehen.<sup>4</sup>

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](#)

---

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

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

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

<sup>4</sup> 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:<sup>5</sup>

- 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 Datenschutzerklärung zu Zwecken der Gewinnoptimierung abzumahnen. Doch: Das ist nichts anderes als alter Wein in neuen Schläuchen. Dies wurde schon mit Impressumsfehlern versucht - erfolglos.<sup>6</sup>

Die KollegInnen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht tauschen sich bundesweit und regelmäßig darüber aus,<sup>7</sup> 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.

---

<sup>5</sup> 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/>.

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

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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:<sup>9</sup> 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“.<sup>10</sup>

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 Kopf schütteln. 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

---

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

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

<sup>10</sup> 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,<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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.*<sup>13</sup> 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.*<sup>14</sup>

---

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

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

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

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> 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).

---

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

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup>

---

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

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

<sup>19</sup> 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>.

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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

---

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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.

---

<sup>22</sup> 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 übersteuerten Preisen auf einem Portal anbietet.“*<sup>23</sup>

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.“*<sup>24</sup>

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

Problematisch an der Definition ist zweierlei. Zum einen ist problematisch, dass der Regierungsentwurf ein in der Rechtsprechung bereits gut ausgeformtes Merkmal<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Der Mitbewerberbegriff ist deswegen aber nicht endlos. Es bedarf selbstverständlich eines Endverbraucherkreises, in dem die Mitbewerber ihre Produkte oder Dienstleistungen gleichermaßen absetzen.<sup>28</sup>

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

---

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

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

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

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

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

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

jedoch nicht den Anforderungen der DSGVO.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> Diese Beweissschwierigkeiten 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.“*<sup>32</sup>

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.

---

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

<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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 pauschalierter Schadensersatz auseinandersetzen.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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**

---

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

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

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

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.

---

<sup>36</sup> 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“.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup>

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

---

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

<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.

---

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

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.<sup>40</sup>

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 Räson 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.

---

<sup>40</sup> 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.