

Leverkusen, den 01.10.2018

Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV “Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“

Durchgehend berücksichtigt der Gesetzesentwurf nicht hinreichend die bereits geltenden Regelungen des UWG und die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze. Die Besorgnisse des Rechtsmissbrauchs und der damit ggf. verbundenen Einnahmequellen von Mitbewerbern oder Verbänden aufgrund von Abmahnungen sind nicht begründet.

Bereits heute bestehen im Gesetz (§ 8 Abs. 4 S. 1 UWG) und von der Rechtsprechung ausgeformt zahlreiche Grundsätze, die der Überprüfung und Verhinderung von Missbräuchen gerecht werden (vgl. hierzu ausführlich *Köhler/Feddersen* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 8 Rn. 4.11 ff, jew. mit Nachw. zur Rspr.; *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 8 Rn. 158 ff.).

Es gibt keine verwertbaren und seriösen statistischen Daten, die belegen, dass derart gravierende Änderungen, wie der Referentenentwurf sie vorsieht, an den von der Rechtsprechung problemlos angewendeten Vorschriften erforderlich sind (siehe auch die Stellungnahme des Präsidenten des Deutschen Anwaltvereins (DAV), Rechtsanwalt und Notar Ulrich Schellenberg vom 12.09.2018: „Ein Gesetzentwurf ohne konkrete Zahlengrundlage“). Die im Rahmen der Online-Petition 77180 erwähnten „Abmahnwellen“ gibt es nicht. Insbesondere sind Abmahnungen im Bereich des Datenschutzes, die medial zu einer „gewissen“ Hysterie geführt haben, seit dem 25.05.2018 gänzlich ausgeblieben.

Daher mangelt es den einzelnen Regelungen des Entwurfs an einem tatsächlich bestehenden Handlungsbedarf, darüber hinaus an der Konformität zu bestehenden juristischen Grundsätzen und ferner läuft dieser Entwurf der Gesetzessystematik des UWG und der darauf aufbauenden Rechtsprechung zuwider.

Zu § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG-E

Es wird angeregt, die Aktivlegitimation bezüglich der Industrie- und Handelskammern aus dem Gesetz zu entfernen. Diese weigern sich grundsätzlich, wie die aktive Beteiligung an der Online-Petition 77180 zeigt, Wettbewerbsstörer abzumahnern und nehmen ihre Aktivlegitimation (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG) nicht wahr. Sie beteiligen sich an Kampagnen gegen Abmahnungen und sind ohnehin durch einen Interessenkonflikt mit ihren Pflichtmitgliedern daran gehindert, die gesetzlichen Vorschriften unbefangen durchzusetzen. Nach der Entscheidung des BGH (Urteil vom 14.10.1977, Az. I ZR 119/76 – Hamburger Brauch) kann ein Gericht in seinem gesetzlichen Wirkungsbereich das Bestimmungsrecht nicht ausüben. Insofern erscheint es grundsätzlich bereits fraglich, ob das eine öffentlich-rechtliche Körperschaft überhaupt im Rahmen ihres gesetzlichen Wirkungskreises (Einigungsstellenverfahren gemäß § 15 UWG) kann, wobei solche Bestimmungen Monate dauern würden und die Satzungen das explizit gar nicht abdecken. Auf Grund dieser Befangenheitssituation und der fehlenden Neutralität hat die Rechtsprechung jedenfalls Unterlassungserklärungen, die das Bestimmungsrecht der Vertragsstrafenfestsetzung einer IHK überlassen, als unwirksam (nicht annahmefähig) angesehen (LG Essen, Urteil vom 02.02.2017, Az. 43 O 86/16; LG Dortmund, Beschluss vom 28.04.2016, Az. 13 O 35/16).

Zu § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-E

Die Vorschrift ist bereits unklar.

Soll ein Wirtschaftsverband eingetragen werden, wenn er bei einer Warengruppe mindestens 50 Mitglieder aufweisen kann oder wird die Eintragung in die „Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände“ pro Warengruppe vorgenommen?

Die Einordnung von Warengruppen „gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ wird nach der Rechtsprechung im Übrigen immer wieder neu definiert. Hier sind in der Vergangenheit komplizierte Abgrenzungsfragen entstanden, die mehrfach auch den BGH beschäftigt haben. Z. B. war das bei der Frage der Fall, welche Waren als verwandt mit Münzen und Medaillen angesehen werden können (laut BGH, Urteil vom 14.11.1996, Az. I ZR 162/94 – „Münzangebot“) sind das z. B. auch Silberwaren und Schmuck). Die Warengruppe „Sammlerartikel“ (exemplarisch betrachtet) wird von der Rechtsprechung ständig nach den Marktverhältnissen neu definiert. Im Bereich der Nahrungsergänzungsmittel hatte der BGH (Urteil vom 23.01.1997, Az. I ZR 238/93 – „Produkt-Interview“) entschieden, dass auch vitaminhaltige Lebensmittel verwandte Produkte sind. Ob und inwieweit Lebensmittel generell heranzuziehen sind, wo z. B. insofern Genussmittel einzuordnen sind usw., wird ständig von der Rechtsprechung im Einzelfall beurteilt. Inwieweit sind z. B. Luxusschmuck mit Modeschmuck verwandt, Matratzen und Teppiche, Mahlzeiten in der Gastronomie mit Fertiggerichten, Neuwagen mit Gebrauchtwagen (siehe die Aufzählung schwierigster Abgrenzungsfragen bei Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 8 Rn. 3.39 mit Nachw. zur Rspr.). Wie schwierig und einzelfallbezogen das Tatbestandsmerkmal „Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art“ auszulegen und anzuwenden ist, zeigt bereits der Obersatz, den der BGH (in der Entscheidung „Münzangebot“, entsprechend auch in der Entscheidung „Produkt-Interview“, hierfür gebildet hat:

„In sachlicher Hinsicht wird der einschlägige Markt durch den Begriff der "Waren oder gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art" gekennzeichnet. Insoweit hat sich durch die UWG –Novelle von 1994 nichts geändert, so daß auf die zu § 13 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 UWG a.F. entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann. Danach ist der Begriff weit auszulegen. Die beiderseitigen Waren (Leistungen) müssen sich in ihrer Art so gleichen oder nahestehen, daß der Absatz der Ware des einen Mitbewerbers durch (irgendein) wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt

werden kann. Vorausgesetzt wird das Vorliegen eines abstrakten Wettbewerbsverhältnisses. Für dieses genügt es, daß eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 25.4.1996 - I ZR 82/94 , WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Urt. v. 11.7.1996 - I ZR 79/94 , GRUR 1996, 804, 805 = WRP 1996, 1034 -Preisrätselgewinnauslobung III).

Wie soll das Bundesamt für Justiz – ggf. per Verordnungsregelung – eine starre Liste von Warengruppen vorgeben, wenn die Einordnung im Einzelfall jeweils überprüft werden muss? Es ist praktisch ausgeschlossen und rechtsstaatlich bedenklich, die Beurteilung eines schwierigen Tatbestandsmerkmals, das die höchstrichterliche Rechtsprechung – in jedem Einzelfall – seit Jahrzehnten beschäftigt, einer Behörde im Rahmen einer pauschalen Festlegung zu überlassen. Es wird zu großen Problemen in der Praxis führen, wenn die Rechtsprechung pauschalierte Einteilungen, die weder abschließend, aktuell noch praktikabel sein können, vorgegeben erhält. Wie soll ferner die Situation geregelt werden, wenn eine Waren- oder Dienstleistungsgruppe im Sinne des § 8a Abs. 2 Nr. 1 noch nicht in der Liste existiert oder Streit um die Eingruppierung entsteht? Sollen in einer solchen – absehbaren – Konstellation bis zu einer ggf. längere Zeit in Anspruch nehmenden Prüfung durch das Bundesamt für Justiz keine Wettbewerbsverstöße verfolgt werden können? Dieser Zustand eines Rechtsstillstandes widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, dass die Verbände Aufgaben wahrnehmen, die sonst eine Behörde wahrnehmen müsste. Bei einer Behörde würde es auch keine verfolgungsfreie Zeit geben. Zudem ist völlig unklar, wie der Rechtsweg ausgestaltet sein soll, falls ein Verband sich mit dem Bundesamt für Justiz um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ streitet (erste Konstellation) oder ein in Anspruch genommener Unterlassungsschuldner die Eingruppierung bei Gericht moniert (zweite Konstellation). Soll in der ersten Konstellation das Verwaltungsgericht schwierigste wettbewerbsrechtliche Abgrenzungsfragen klären und soll in der zweiten Konstellation das Zivilgericht sein Wettbewerbsverfahren aussetzen müssen (§ 148 ZPO) und das Verwaltungsgericht prüft vorab schwierigste wettbewerbsrechtliche Abgrenzungsfragen?

Die Beurteilung der Einordnung von Warengruppen „gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ war als Rechtsfrage bislang aus gutem Grunde den Wettbewerbsgerichten überlassen. Eine pauschale Festlegung von Warengruppen durch eine Behörde führt zu einer unzulässigen Verlagerung von Aufgaben, die der Justiz vorbehalten bleiben müssen. Zu im Einzelfall sachgerechten Ergebnissen, die die Rechtsprechung seit jeher infolge der Beurteilung der Einzelfallumstände herbeiführt, kann eine solche pauschale Festlegung nicht führen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, wie dies auch bei anderen rechtlichen Thematiken in der Vergangenheit erfolgt ist, dass die Rechtsprechung Abweichungen von diesen Einteilungen vornehmen würden, um zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen.

Was ist ferner mit „fünf Verbänden, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind“ gemeint? Sollen dies fünf Verbände sein, die im Bereich von Warengruppen „gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ tätig sind (also Fachverbände) oder fünf Verbände, deren satzungsgemäße Aufgabe es ebenfalls ist, gewerbliche oder selbständige berufliche Interessen zu fördern und zu verfolgen (also keine Fachverbände)?

Zu § 8a Abs. 2 Nr. 3 b) UWG-E

Die Einnahmen aus Abmahnungen stellen nur einen nicht die tatsächlichen Kosten deckenden Betrag dar.

Vertragsstrafen sind nicht „steuerbar“, sondern hängen ausschließlich von der – nach der seitens des Schuldners erfolgten Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung weiterhin vorhandenen – wettbewerbsrechtlichen (Un-)Zuverlässigkeit eines Schuldners ab. Nur ein Schuldner, der schuldhaft einer von ihm abgegebenen strafbewehrte Unterlassungserklärung zuwiderhandelt, verwirkt eine Vertragsstrafe; ob dieser Sachverhalt eintritt, liegt – unabhängig von der rechtlichen Materie – nicht in der Einflussosphäre des Schuldners.

Woraus soll sich ferner ableiten lassen, dass ein Verband, der zur Aufrechterhaltung der Aktivlegitimation gezwungen ist, seine Vertragsstrafenerklärungen und gerichtlichen Titel zu überwachen, auf die Erzielung von Gewinnen aus ist? Sofern ein Verstoß gegen einen gerichtlichen Unterlassungstitel festgestellt und hiernach ein Ordnungsmittelverfahren eingeleitet wird, stehen die infolge eines hiernach gerichtlich festgesetzten Ordnungsgeldes erzielten Einnahmen ausschließlich der öffentlichen Haushalten und dem Gläubiger zu. Ferner sind Vertragsstrafen, wie dargestellt, nicht „steuerbar“.

In diesem Bereich des Referentenentwurfs scheinen daher irreal-Vorstellungen eingeflossen zu sein.

Der erforderliche Sinn und Zweck von Abmahnungen und Vertragstrafen wird vom Verfasser des Gesetzesentwurfs nicht hinreichend erkannt.

Abmahnungen, die u. a. durch Verbände erfolgen, erfüllen die vom Gesetzgeber gewollte Aufgabe, die Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen gesetzlichen Regelungen zu überwachen und durchzusetzen. Diese Institutionen treten an die Stelle einer staatlichen Aufsichtsbehörde, die es allgemeine für Wettbewerbsangelegenheiten (seit mehr als 100 Jahren) nicht gibt. Eine Regelung, wie sie § 8a Abs. 2 Nr. 3 b) des Entwurfs vorsieht, läuft diesem Zweck völlig zuwider. Wie sollen die weiterhin gewünschten Verbände und auch notwendigen Verbände in der Lage sein, ihren erforderlichen Verwaltungsapparat zu bedienen, um die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen? Um dies zu ermöglichen, hat die Rechtsprechung den Anspruch auf Kostenerstattung zur Abdeckung eines Teils der Aufwendungen (nicht für Gewinne, wie es fälschlich propagiert dargestellt wird) geschaffen. Es gibt keine „Einnahmen“, sondern nur Kostendeckungsbeiträge. Gäbe es eine Behörde, würde man diese auch nicht daran hindern, Rechtsverstöße geltend zu machen und Verwaltungsgebühren zu erheben.

Zu § 8a Abs. 2 Nr. 4 UWG-E

Dieser Regelungsentwurf greift in die Vereins- bzw. Privatautonomie der Vereine ein und steht in dieser Form nicht in Einklang mit Art. 9 GG. Vereine werden durch ihren Vorstand geleitet. Dieser wird von den stimmberechtigten Mitgliedern gewählt und hat diesen Bericht zu erstatten. Das gilt insbesondere auch für Ein- und Ausgaben, für Zuwendungen an Mitglieder oder Vergütungsabsprachen. Eine Regelung, wonach diese Kernbereiche des Vereinsrechts so umgestaltet werden, dass Kontrolle und Rechenschaftslegung nun gegenüber einer Behörde zu erfolgen haben, ist weder mit dem Vereinsrecht noch mit Art. 9 GG zu vereinbaren. Die Regelung ist in der vorliegenden Form u. E. nach verfassungswidrig.

Im Übrigen fehlt eine datenschutzrechtliche Regelung. Es sollen vielfältige und massenhafte Daten über die finanziellen Strukturen von Verbänden und sogar Daten von Mitgliedern verarbeitet werden. Dabei muss sichergestellt sein, dass diese Daten nicht weitergegeben werden. Auch im Hinblick auf eventuell von Dritten gestellte Akteneinsichtsansprüche (§ 29 VwVfG) ist eine Klarstellung zum Schutze und der Sicherheit solcher Daten erforderlich.

Zu § 8b UWG-E

Diese Grundsatzregelung ist überflüssig, da bereits heute ein Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen zuzüglich entsprechender Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlung in § 8 Abs. 4 UWG vorhanden ist, dass durch die Rechtsprechung im Einzelfall angewendet wurde (vgl. hierzu ausführlich *Köhler/Feddersen* in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, a.a.O., § 8 Rn. 4.1 - 4.25, jew. m. Nachw. zur Rspr).

Der Vorschlag einer Regelung gemäß § 8b Abs. 2 S. 1 entspricht fast wortgleich der Regelung des derzeit vorhandenen § 8 Abs. 4, zweiter Halbsatz, UWG. Soweit zusätzlich „oder die Zahlung einer Vertragsstrafe“ aufgenommen wurde, wird auf die vorstehenden Ausführungen zur Vertragsstrafe, die nicht in der Einflussosphäre des Gläubigers liegt, verwiesen. Eine Missbrauchsvermutung zu Lasten des Gläubigers würde damit an einen Aspekt geknüpft werden, auf den der Gläubiger keinen Einfluss hat; eine solche Vermischung von Einflussosphären ist nicht sachgerecht. Im Übrigen müssten – wenn auf Vertragsstrafen abgestellt werden soll – auch Ordnungsgelder, die in die öffentlichen Haushalte einfließen, einbezogen werden; im Ergebnis wäre dies aber ebenso wenig sachgerecht wie bei Vertragsstrafen.

Der Streitwert i.S.d. Regelung gemäß § 8b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ist im Gerichtsverfahren von Amts wegen festzusetzen (vgl. § 63 Abs. 1 S. 1 GKG). Eine gesetzliche Missbrauchsvermutung gibt keinen Sinn. Wer sich – auch bei der Aussprache einer Abmahnung – an der – zum Teil sehr unterschiedlichen – Streitwert-Rechtsprechung orientiert, kann keinen Missbrauch bei der Angabe des Gegenstands- oder Streitwertes begehen. Im Übrigen bestünden insofern hinreichende Kontroll-Mechanismen (Streitwertbeschwerden, Sanktionsmöglichkeiten der Rechtsanwaltskammern als Aufsichtsbehörden). Ferner wird nicht berücksichtigt, dass Anwälte durch zu geringe Streitwertangaben in die Gefahr geraten können, sich standeswidrig zu verhalten (Gebührenunterschreitung, § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO) bzw. im Rechtsstreit einen Betrug gegenüber der Staatskasse begehen könnten (Prozessbetrug zu Lasten der Staatskasse, siehe z. B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.05.2011, 2 W 15/11 – *Streitwertheraufsetzung II*). Die Bandbreite bei der wertenden und regional zum Teil sehr unterschiedlichen Streitwertbemessung und die damit verbundenen Bewertungsrisiken hat der Entwurfsverfasser nicht berücksichtigt.

Vertragsstrafen (i.S.d. Regelung gemäß § 8b Abs. 2 S. 2 Nr. 3) werden üblicherweise nach dem sog. Neuen Hamburger Brauch gefordert, hiernach vereinbart und sind bei Zweifeln auf Antrag einer Partei vom Gericht zu überprüfen. Derartige Vertragsstrafenvereinbarungen enthalten keinen genannten Betrag und damit keine „Höhe“. Vertragsstrafen mit festen Beträgen werden in anderen Rechtsmaterien, z.B. dem Markenrecht, gefordert. In Vertragsstrafenverfahren mit normaler wirtschaftlicher Bedeutung liegt – nach den Vorgaben der Rechtsprechung – die Spanne einer ausreichenden Vertragsstrafe zwischen 2.500,00 EUR bis 10.000,00 EUR. Beträge bis 2.000,00 EUR reichen nicht aus (OLG Oldenburg, Beschluss vom 12.08.2009, Az. 1 W 37/09; OLG Celle, Urteil vom 05.12.2013, Az. 13 W 77/13). Sollte im konkreten Einzelfall eine zu hohe Vertragsstrafe gefordert worden sein, wird eine solche Zuvielforderung durch das Gericht korrigiert. Auch hier übersieht der Entwurfsverfasser, dass die Rechtsprechung regional (sehr) unterschiedlich ist und es stets auf eine Einzelfallbeurteilung ankommt. In Vertragsstrafeprozessen oder gerichtlichen Ordnungsmittelverfahren stellt sich in aller Regel erst im Laufe eines Verfahrens durch Vortrag des Schuldners und Nachweis z.B. seines Geschäftsumfanges und seiner Umsätze heraus, ob Anlass besteht, von den oben dargestellten Regelsätzen der Rechtsprechung nach unten abzuweichen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum angesichts dieser für den Gläubiger anfänglich nicht erkennbaren Umstände er das Risiko einer Fehlbewertung – im Rahmen einer Missbrauchsvermutung – tragen soll. Ein Regelungserfordernis hinsichtlich der Vertragsstrafen ist daher nicht ersichtlich.

Die Regelung gemäß § 8b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 UWG-Eist nicht hinreichend verständlich. Sprachlich gesehen, befasst sich die Vorschrift mit dem wohl eher seltenen Fall, dass die vorformulierte Unterlassungserklärung über die Begründung der Abmahnung hinausgeht. Gemeint ist vermutlich, dass mit der Abmahnung mehr verlangt wird, als dem Gläubiger nach der Rechtslage zusteht. Aus der Tatsache, dass ein Kläger bei Gericht nicht voll durchdringt, lässt sich aber nicht per se auf einen Missbrauch schließen. Das ist auch bei anderen Forderungen kein Missbrauchskriterium.

Zu § 13 Abs. 2 UWG-E

Die Vorgaben gemäß Nr. 1, 2 und 4 werden in der Praxis stets so umgesetzt, so dass der Regelungsbedarf nicht erkennbar ist. Nr. 3 erscheint zu unbestimmt bezüglich der Angabe, „wie sich dieser berechnet“. Von einer bloßen formularmäßigen Mitteilung bis hin zu mathematischen Berechnungen ist hier alles denkbar.

Zu den Bedenken gegen Nr. 3 siehe nachstehende Stellungnahme zu § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG-E; zu den Bedenken gegen Nr. 5 siehe nachstehende Stellungnahme zu § 13 Abs. 4 UWG-E.

Zu § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG-E

Bei einer Mitwerber-Abmahnung erfolgt stets eine Berechnung des Kostenerstattungsanspruchs nach dem RVG. Insofern gibt es überhaupt keinen Anlass zu einer gesetzlichen Regelung, da kein Bevollmächtigter eines Mitbewerbers diese Berechnung weglässt.

Verbände berechnen ihre Kostenpauschale regelmäßig in einem Bereich von ca. 200,00 EUR. Insofern greifen wir nochmals unseren Vorschlag auf, den Kostenerstattungsanspruch aller Verbände – auch zur Entlastung der Justiz (Zuständigkeit der Landgerichte, die nach § 13 UWG für solche „Miniatur“-Wettbewerbsprozesse zuständig sind) – mit einem Pauschalbetrag zu regeln. Dies wäre auch für den Wettbewerbsverletzer ein Stück Rechtssicherheit, da die Pauschalen der Verbände unterschiedlicher Höhe sind:

Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. 2017, Kap. 11 Rn. 36, führt insoweit zur Höhe des Erstattungsbetrages aus:

„In der Vergangenheit sind Pauschalen bis zur Höhe von 196,35 €, 200 €, 208,65 €, 214 €, 219,35 €, 200 €, 227,50 €, 229,34 €, 238 €, 245 €, 246,10 €, 250 €, 256,80 € oder 271,27 € anerkannt worden.“

Die Wettbewerbszentrale ist der wohl bekannteste und größte Unternehmensverband (Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG), der Abmahnungen ausspricht. Er erhält von den Gerichten eine Kostenpauschale in Höhe von 230,00 EUR zzgl. MwSt. zugesprochen. *Bornkamm* in Köhler / Bornkamm / Feddersen, a.a.O., § 12 UWG Rn. 1.132 führt dazu aus:

„Die Pauschale beträgt derzeit für die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Wettbewerbszentrale), die einen umfangreichen gemeinnützigen Zweckbetrieb für den Abmahnbereich unterhält, 230 € zzgl. 7 % MwSt. ...“ (mit Nachweisen zur Rspr.)

Eine wirtschaftlich vernünftige Lösung kann nur in der Bildung einer festen Pauschale für Verbände liegen. Dies würde zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten führen sowie der Entlastung der Justiz dienen.

Zu § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 und 2 UWG-E

Die Information im Abmahnschreiben nach Nr. 1 erscheint sinnlos, da sie an Hand der Rechtsprechung formularmäßig und knapp abgearbeitet werden wird: Alles, was durch EU-Richtlinien oder EU-Verordnungen geregelt ist, kann nicht als in „unerheblichem Maße“ betrachtet werden (vgl. vor allem § 5a Abs. 4 UWG). Dies wird regelmäßig von der Rechtsprechung bestätigt (u.a. LG Mönchengladbach, Urteil vom 24.08.2018, Az. 8 O 17/18; LG Potsdam, Urteil vom 18.07.2018, Az. 52 O 35/17; LG Frankfurt/Main, Urteil vom 15.11.2016, Az. 3-06 O 59/16; LG Darmstadt, Urteil vom 26.01.2016, Az. 12 O 317/15; vgl. ferner Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 5a Rn. 5.20 ff.). Durch die UGP-Richtlinie sind mit § 5a Abs. 2 UWG klare wettbewerbsrechtliche Konsequenzen festgeschrieben worden für den Fall, dass „dem Verbraucher eine wesentliche Information“ vorenthalten wird. Die in der Begründung des Gesetzesentwurfs erwähnten Beispiele eines fehlenden Vornamens im Impressum und einer Divergenz zwischen 14 Tage und 2 Wochen sind praxisfremd. Derartige Abmahnungen würden schon nach geltendem UWG an der Spürbarkeitsgrenze (§ 3a UWG „spürbar zu beeinträchtigen“) scheitern. Die Vorschrift ist daher praxisfremd und wird in der Rechtsprechung zur „leeren Hülse“ werden.

Nr. 2 harmonisiert im Übrigen nicht mit der Systematik des Wettbewerbsrechts. Beim wiederholten Verstoß entsteht der Unterlassungsanspruch neu. Dieser kann durch eine erhöhte Vertragsstrafe (Aufstockungsanspruch) erledigt werden (ständige Rechtsprechung, siehe BGH, Urteil vom 07.12.1989, Az. I ZR 237/87 – „Abruf-Coupon“; OLG Köln, Urteil vom 24.05.2017, Az. 6 U 161/16; OLG Köln, Urteil vom 05.12.2014, Az. 6 U 57/14; *Bornkamm* in Köhler / Bornkamm / Feddersen, a.a.O., § 12 Rn. 1.228 m. w. Nachw.). Ansonsten kann der Verletzte einen gerichtlichen Titel erwirken und sowohl aus der Unterlassungserklärung als auch aus dem gerichtlichen Titel vorgehen. Bei bestehender Deckelung wäre ein Gläubiger beim erneuten Verstoß gezwungen, das gerichtliche Verfahren einzuleiten mit der Folge, dass zum einen dann die Deckelung nach der ZPO nicht gilt und zum anderen der Abgemahnte mit ganz erheblichen Kosten des Prozesses belastet würde. Der Entwurf fügt sich nicht in das bestehende Rechtssystem ein.

Zu § 13a Abs. 1 UWG-E

Insofern werden lediglich die wesentlichen Grundsätze der Rechtsprechung wiedergegeben, und zwar solche, die für jede Vertragsstrafe – unabhängig von der rechtlichen Materie – gelten würden. Da es insofern keine Probleme in der Praxis gibt, ist nicht ersichtlich, warum eine Regelung notwendig ist. Das UWG ist hierfür ferner der falsche Ort, da dies im BGB, z.B. als § 339a BGB, erfolgen müsste. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum diese Regelung nur im Wettbewerbsrecht und nicht z. B. im Urheberrecht, Markenrecht, Designrecht, Patentrecht, Vertragsrecht usw. gelten soll.

Zu § 13a Abs. 2 UWG-E

Die Deckelung der Vertragsstrafe auf bis zu 1.000,00 EUR für die „einfachen“ („nur unerheblichen“ i.S.d. § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E) Verstöße ist weder mit der Systematik des UWG noch mit den bereits vorgeschilderten, von der Rechtsprechung regelmäßig bestätigten europarechtlichen Vorgaben (§ 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG) in Einklang zu bringen.

Eine Unterlassungserklärung soll als Druckmittel einem gerichtlichen Titel gleich stehen. Wird der Schuldner – an Stelle der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung – durch eine gerichtliche Entscheidung zur Unterlassung aufgefordert, ist bei Zuwiderhandlung und

entsprechender gerichtlicher Feststellung ein Ordnungsgeld zu zahlen. Für das Ordnungsmittelverfahren (§ 890 ZPO) gibt es aber in der ZPO keine entsprechende Deckelung; eine solche sieht der vorliegende Entwurf ferner nicht vor. Insofern entsteht ein Wertungswiderspruch.

Zudem würden Gerichte regelmäßig weit unter der Höchstgrenze von 1.000,- EUR bleiben müssen, um ermessensfehlerfrei einen Rahmen zu beachten, was kein angemessenes Druckmittel mehr darstellen würde. Sofern gegenwärtig ein Abgemahnter an Stelle der Abgabe einer geforderten strafbewehrten Unterlassungserklärung nach dem sog. Neuen Hamburger Brauch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung mit einer festen Vertragsstrafe von 1.000,00 EUR abgibt, stellt dies nach Ansicht der Rechtsprechung eine unzureichende und damit nicht annahmefähige Unterlassungserklärung dar, da an der Ernsthaftigkeit der Erklärung gezweifelt werden könne (u.a. OLG Hamburg, Beschluss vom 22.12.2014, Az. 3 W 123/14; OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.12.2013, Az. 11 W 27/13). Diese vorgesehene Regelung stünde im Widerspruch zu dieser ständigen Rechtsprechung.

Abgesehen davon, dass es ohnehin den „einfachen“ Verstoß in der Praxis kaum gibt, werden hier auch größeren Unternehmen – im Vergleich zu kleineren Unternehmen – privilegiert, da erstere angesichts dieser geringen Beträge gar keinen Aufwand mehr betreiben würden, um Verstöße zu beseitigen; der Betrag würde vielmehr „nebenher“ bezahlt werden, was kleineren Unternehmen nicht möglich ist. Anreize zum wettbewerbskonformen Verhalten bei „einfachen“ Verstößen würde es für größere Unternehmen nicht mehr geben. Ferner ist unklar, was bei regelmäßig vorkommenden mehreren abgemahnten Verstößen (sowohl nicht unerhebliche als auch unerhebliche) sowie bei „einfachen“ Wiederholungstaten gelten soll. Für diese praxisnahe Misch-Konstellation sieht § 13a Abs. 2 UWG-E keine Regelung vor, was zwangsläufig Rechtsanwendungsprobleme in der Praxis bedingen würde. Wenn bei der Wiederholung von Verstößen der Aufstockungsanspruch limitiert wird, widerspricht das ebenfalls der Systematik des Wettbewerbsrechts (siehe dazu die Anmerkungen zu § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 und 2 UWG-E).

Zu § 13a Abs. 3 UWG-E

Ein Regelungsbedarf ist nicht zu erkennen. Wer meint, dass eine Vertragsstrafe zu hoch bemessen sei, kann das Gericht anrufen (§ 315 Abs. 3 BGB). Bei den üblichen Unterlassungserklärungen nach dem Neuen Hamburger Brauch ist das im Unterlassungsvertrag bereits vorgesehen.

Zu § 13a Abs. 4 UWG-E

Das Einigungsstellenverfahren gegen den Willen eines Gläubigers ist inakzeptabel. Die IHK's sind grundsätzlich gegen Abmahnungen eingestellt, was sich daran zeigt, dass sie ihre Befugnis zur Aktivlegitimation generell nicht wahrnehmen (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG), Abmahnungen grundsätzlich als nicht wünschenswert ansehen und ihre Pflichtmitglieder schützen. Daher hat die Rechtsprechung z. B. das Bestimmungsrecht von IHK's als unzumutbar angesehen. Wir verweisen insofern auf unsere Ausführungen zu § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG. Ferner würde diese Regelung dazu führen, dass Schuldner im Regelfall von einer „Uneinigkeit“ ausgehen und daher ihre IHK anrufen werden, da Schuldner im Regelfall die Vertragsstrafe sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach in Frage stellen. Eine solche Regelung würde damit zu einer erheblichen Mehrbelastung für die IHKs werden.

Zu § 13a Abs. 5 UWG-E

Die Regelung, dass derjenige, der zu viel einklagt (was u. a. auch an den unterschiedlichen Wertungen der Gerichte liegen wird), abgestraft wird, indem er nach Anerkenntnis des Beklagten alle Kosten trägt, ist mit dem geltenden Kostenerstattungsrecht und insbesondere mit § 92 ZPO sowie § 93 ZPO nicht zu vereinbaren.

Im Übrigen fragt es sich, warum das dann nur bei Vertragstrafen aus dem UWG gelten soll, nicht bei anderen Vertragstrafen, die in anderen Rechtsmaterien ihre Grundlage haben, oder bei Schadenersatzklagen. Die Regelung ist damit verfehlt und im UWG bereits am falschen Platze; sie müsste in der ZPO (§§ 91 ff.) verordnet werden.

Zu § 14 UWG-E

Die Abschaffung des „fliegenden“ Gerichtsstandes beeinträchtigt die Qualität der Rechtsprechung. Die Spezialisierung bestimmter Gerichte ist nur auf Grund der hohen Konzentration von Rechtsfällen möglich. Für die Verbände galt der „fliegende“ Gerichtsstand (bis auf Fälle, in denen der Abgemahnte einen Sitz im Ausland hatte, was den Ausnahmefall darstellt) ohnehin nicht.

Im Übrigen fragt es sich, warum diese Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstandes“ nur bei wettbewerbsrechtlichen Verfahren gelten soll, nicht aber auch bei z.B. marken- oder patentrechtlichen Sachverhalten. Die in Deutschland ausgetragenen z.B. Patentstreitigkeiten werden fast ausschließlich vor den Gerichten in Düsseldorf, Mannheim und München ausgetragen, losgelöst von dem Sitz des Beklagten. Der Standort Düsseldorf ist hierbei der am meist angerufene Gerichtsstandort. Dies führt zu einer entsprechenden Spezialisierung dieser Gerichte. Ähnlich verhält es sich mit der Spruchpraxis z.B. des LG Hamburg / OLG Hamburg in Markenverfahren oder der z.B. des LG Bochum / OLG Hamm in Wettbewerbsverfahren.

Es besteht damit kein sachlicher Grund, den „fliegenden Gerichtsstand“ abzuschaffen oder – wenn dies doch erfolgen soll – die Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstandes“ nur auf das Wettbewerbsrecht zu beschränken. Dies würde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung anderer Rechtsbereiche und damit insbesondere der („finanzstärkeren“) Inhaber von Patenten oder Marken führen.

Die Regelung ist damit verfehlt und im UWG am falschen Platze; sie müsste in der ZPO (§§ 12 ff.) verordnet werden.

Zu § 2b UklG-E

Ziffer 1 ist allenfalls für eine Mitbewerber-Abmahnung praktikabel. Bei Verbänden erfolgen bei einer Abmahnung keine Gegenstandswert-Angaben und im gerichtlichen Verfahren werden Streitwerte für Verbände nur von den Gerichten „angesetzt“.

Ziffer 3 ist nicht hinreichend verständlich. Sprachlich gesehen, befasst sich die Vorschrift mit dem wohl eher seltenen Fall, dass die vorformulierte Unterlassungserklärung über die Begründung der Abmahnung hinausgeht. Gemeint ist vermutlich, dass mit der Abmahnung mehr verlangt wird, als dem Gläubiger nach der Rechtslage zusteht. Aus der Tatsache, dass ein Kläger bei Gericht nicht voll durchdringt, lässt sich nicht per se auf einen Missbrauch schließen. Das ist auch bei anderen Forderungen kein Missbrauchskriterium.

Zu § 4b UklG-E

Die Berichtspflichten greifen in die Vereinsrechte ein und sind u. E. verfassungswidrig. Auf unsere Anmerkungen zu § 8a Abs. 2 Nr. 4 UWG-E nehmen wir Bezug.

Im Übrigen fehlt eine datenschutzrechtliche Regelung. Es sollen vielfältige und massenhafte Daten über die finanziellen Strukturen von Verbänden verarbeitet werden. Dabei muss sichergestellt sein, dass diese Daten nicht weitergegeben werden. Auch im Hinblick auf eventuell von Dritten gestellte Akteneinsichtsansprüche (§ 29 VwVfG) ist eine Klarstellung zum Schutze und der Sicherheit solcher Daten erforderlich.

Zu § 51 Abs. 3 GKG-E

Auch hier ist die Beeinträchtigung „in nur unerheblichem Maße“ nicht hinreichend definiert und so nicht praktikabel. Die meisten Verstöße beruhen auf der Verletzung von zugrunde liegendem EU-Recht und können nicht als „unerheblich“ angesehen werden (siehe die Anmerkungen zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 und 2 UWG-E).

Leonie Boddenberg
Geschäftsführerin
Qualifizierte Person iSd § 12 Abs. 4 S. 1 RDG