

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.
Konrad-Adenauer-Ufer 11 · RheinAtrium · 50668 Köln

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
RD Jörg Rosenow
RDin Christina Motejl
11017 Berlin

Der Generalsekretär

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
E-Mail office@grur.de
www.grur.org

per Mail: IIIB5@bmjv.bund.de

22.10.2018

Stellungnahme der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fai- ren Wettbewerbs

Sehr geehrter Herr Rosenow,
sehr geehrte Frau Motejl,

wie Sie wissen, ist die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (Deutsche Vereinigung) eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung der auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts tätigen Wissenschaftler und Praktiker. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums und des Lauterkeitsrechts.

Am 11. September 2018 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vorgelegt. Der Entwurf ist gerichtet auf die "Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen" und sieht hierfür "höhere Anforderungen an die Befugnis zur Geltendmachung von Ansprüchen, die Verringerung finanzieller Anreize für Abmahnungen, mehr Transparenz sowie vereinfachte Möglichkeiten zur Geltendmachung von Gegenansprüchen vor". Es mag tatsächlich – auch wenn hierüber offensichtlich keine belastbaren Erhebungen vorliegen – zu einem kleineren Anteil von Abmahnungen von Mit-

bewerbern und von Verbänden kommen, die als missbräuchlich einzustufen sind. Nach allem, was wir hören, sind solche missbräuchlichen Abmahnungen insbesondere wegen letztendlich nicht gewichtigen Formalverstößen insbesondere im Bereich des Internets gegenüber kleinen oder gar kleinsten Händlern zu finden. Wir unterstützen ausdrücklich und mit Nachdruck die Bundesregierung darin, auch solche missbräuchlichen Abmahnungen einzudämmen, die unserem Rechtsgebiet nur schaden. Der nunmehr vom Ministerium vorgelegte Entwurf stellt jedoch insgesamt eine gesetzgeberische Überreaktion dar, die das zu lösende Problem nicht genau erfasst, eine Vielzahl von teilweise überaus bürokratisch anmutenden und auslegungsunsicheren Begriffen einführt und damit letztendlich dem Regelungsziel nicht dient.

Das zu begrüßende Ziel einer Eindämmung eines Abmahnungs- und Verfolgungsmisbrauchs rechtfertigt es insbesondere nicht, den bewährten fliegenden Gerichtsstand im Lauterkeitsrecht generell abzuschaffen. Es bleibt daran zu erinnern, dass das Lauterkeitsrecht weit über die "missbrauchsgefährdeten Bereiche" hinausreicht und etwa mit dem Nachahmungsschutz, den vielfältigen Formen des Rechtsbruchs (außerhalb des Bereichs von Formalverstößen), der Herabsetzung oder etwa den vielfältigen Fällen der Behinderung auch lauterkeitsrechtliche Kernbereiche erfasst, die nicht von Missbrauchsfällen betroffen sind und die ganz überwiegend auch nicht von Verbänden verfolgt werden können. Hinzu kommt, dass sich im internationalen Bereich – soweit ersichtlich – das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit praktisch nur im gewerblichen Rechtsschutz einschließlich des Lauterkeitsrechts hat durchsetzen können. Das beruht nicht zuletzt auch – wenn auch zwar nicht ausschließlich, aber jedenfalls doch zu einem erheblichen Teil – auf der Möglichkeit zur Wahl des Gerichtsstands. Die bewährte Einrichtung des fliegenden Gerichtsstands nun insgesamt wegen der beklagten Missbräuche in einem engeren Bereich zu opfern, ist auch aus unserer Sicht gänzlich falsch. Es würde sich jedenfalls anbieten, zunächst einmal die finanziellen Anreize zu missbräuchlichen Abmahnungen entweder ganz zu beseitigen oder zumindest drastisch zu beschränken und dann nach einiger Zeit eine weitere Evaluierung, ähnlich wie bei der Gesetzgebung unseriöser Geschäftspraktiken, durchzuführen und zu sehen, ob diese Maßnahmen zur Zielerreichung nicht ausreichen.

Wir bringen in Erinnerung, einen eigenen Gesetzesvorschlag vorgelegt zu haben und nehmen zunächst einmal zu der geplanten Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes sowie alsdann zu einzelnen Vorschriften des Referentenentwurfs im Einzelnen Stellung:

I.

Erhalt des fliegenden Gerichtsstands im deutschen Lauterkeitsrecht

1. ERFORDERNIS BESONDERER SACHKUNDE

Das Lauterkeitsrecht ist ein schwieriges Rechtsgebiet. Es zählt im weiteren Sinne zum Gewerblichen Rechtsschutz und weist vielfältige Parallelen zum Immaterialgüterrecht auf.

Zugleich nimmt es den Verbraucherschutz aus verschiedenen EU-Richtlinien auf. Der Gesetzesinhalt des UWG erschließt sich nur unvollkommen aus dem Gesetzestext. Die Anwendung des UWG erfordert vor diesem Hintergrund insbesondere wegen der nachfolgend genannten Umstände eine Sachkunde, die nur durch eine Beschäftigung mit einer Vielzahl von lauterkeitsrechtlichen Fällen erworben werden kann.

(a) **Sachkunde hinsichtlich der Doppelspurigkeit des Lauterkeitsrechts**

Das deutsche Lauterkeitsrecht speist sich aus dem Mitbewerberschutz und dem europäischen Verbraucherschutz vor unlauteren Geschäftspraktiken. Der Mitbewerberschutz hat eine inzwischen bald 120-jährige Geschichte, der europäische Verbraucherschutz, der in der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung wurzelt, kann inzwischen auf fast 35 Jahre zurückblicken. Die Zusammenführung dieser Materien in ein Gesetz ist nicht einfach. Davon zeugen die UWG-Novellen der Jahre 2004, 2008 und 2015. Was für die Rechtssetzung gilt, gilt auch für die Rechtsanwendung. Ohne vertieftes Verständnis des Zusammenwirkens von Mitbewerber- und Verbraucherschutz kann man das UWG nicht sachgerecht anwenden.

(b) **Sachkunde hinsichtlich der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe**

Das deutsche UWG war bis zum Jahre 2004 durch eine große und eine kleine Generalklausel (Sittenwidrigkeit und Irreführung) geprägt. Das hat zur Ausbildung eines spezifischen Fallrechts geführt, das weiterhin fortwirkt. Heute ist es die Aufteilung des Verbraucherschutzes in die Verbotsbereiche der aggressiven und der irreführenden geschäftlichen Handlungen, die jeweils im Einzelfall eine richterliche Konkretisierung erfordert. Das gleiche gilt für die beiden Schlüsselbegriffe des Verbraucherleitbildes und der Verkehrsauffassung. Ohne vertieftes Verständnis der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe kann man das UWG nicht sachgerecht anwenden.

(c) **Sachkunde hinsichtlich der Besonderheiten des Verfahrensrechts**

Mit dem Zusammenspiel von Abmahnung, Eilverfahren und Hauptsache sowie der Dominanz des Verfügungsverfahrens (ca. 80% der Streiterledigungen) hat sich ein spezifisches wettbewerbsrechtliches Verfahrensrecht herausgebildet. Dieses Verfahrensrecht weist so viele Besonderheiten gegenüber dem „normalen“ Zivilprozessrecht auf, dass es auf Anwaltsseite zu einer erheblichen Spezialisierung geführt hat und eigene (dicke) Monographien trägt. Zugleich prägt der „Wettbewerbsprozess“ auch den Verfahrensgang im Immaterialgüterrecht. Ohne vertieftes Verständnis der Besonderheiten des wettbewerbsrechtlichen Verfahrensrechts kann man das UWG nicht sachgerecht anwenden.

(d) **Sachkunde hinsichtlich der Besonderheiten der Beweismittel**

Für viele Verbotstatbestände des Lauterkeitsrechts kommt es auf die Verkehrsauffassung an. Es handelt sich hierbei um einen lauterkeitsrechtlichen Schlüsselbegriff, der auf dem europäischen Verbraucherleitbild beruht. Die Ermittlung der Verkehrsauffassung im Prozess ist eine Tatfrage, für die spezielle Regeln gelten.¹ Für den Fall, dass hier die üblichen Beweismittel versagen, kommen in Wettbewerbsprozessen immer wieder Marktforschungsgutachten zum Einsatz. Auch das verlangt, wegen der zahlreichen Fehlerquellen,² nach besonderer Expertise bereits in der Konzeption der Umfrage. Ohne vertieftes Verständnis der Grundsätze und Instrumente zur Feststellung der Verkehrsauffassung kann man das UWG nicht sachgerecht anwenden.

(e) **Sachkunde hinsichtlich der Besonderheiten der Rechtsdurchsetzung**

Das deutsche Lauterkeitsrecht zeichnet sich im europäischen Vergleich durch die private Rechtsverfolgung und -durchsetzung aus (private enforcement). Dieses Instrument ist wesentlich effizienter und die Verfolgungsdichte ist wesentlich höher als in Ländern mit behördlichen Überwachungssystemen. Das zentrale Instrument zur privaten Durchsetzung des Lauterkeitsrechts (mit dem Effekt eines tatsächlich hohen Verbraucherschutzniveaus) ist der Unterlassungsanspruch. Die Formulierung von Unterlassungsanträgen ist jedoch anspruchsvoll, denn der Unterlassungstenor muss den Anforderungen des Sachbezuges (Streitgegenstand), der Klarheit und der Bestimmtheit genügen. Dabei ergibt sich aus § 139 ZPO ein Anspruch des Antragstellers/Klägers auf gerichtliche Unterstützung. Ohne vertieftes Verständnis der Funktion und der Gestaltungsanforderungen an einen Unterlassungstenor sind die Gläubiger von Unterlassungsansprüchen in ihrer Rechtsdurchsetzung gefährdet.

(f) **Bereitstellung von Sachkunde**

Aus den vorgenannten Gründen ist die Bereitstellung besonderer gerichtlicher Sachkunde im Lauterkeitsrecht ein Gebot der praktischen Vernunft. Wenn die Rechtsdurchsetzung wie in Deutschland auf die Tätigkeit der Wettbewerbsgerichte zugeschnitten ist, handelt es sich jedoch wahrscheinlich auch um eine rechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 13 UGP-RL:

¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 550, 552 – Elternbriefe; BGH WRP 2003, 275, 277 – Thermal Bad; GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft.

² Vgl. exemplarisch *Pflüger*, Rechtsdemoskopische Gutachten – Fallstricke bei der Verkehrsbefragung, GRUR 2017, 992 ff.

Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um ihre Durchsetzung sicherzustellen. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Bei einem auf das „private enforcement“ angelegten System ist nur die Konzentration auf spezialisierte Gerichte wirksam, verhältnismäßig und abschreckend.

2. NOTWENDIGE KONZENTRATION AUF GERICHTLICHE KOMPETENZENTREN

Es ist anerkannt, dass es für spezielle Rechtsgebiete einen Bedarf zur beruflichen Spezialisierung der Rechtsanwender gibt. Diesem Prinzip trägt zum Beispiel im Gerichtsverfassungsrecht die Vorschrift des § 72a GVG und im anwaltlichen Berufsrecht die Vorschrift des § 43c BRAO Rechnung. Dass hier im gewerblichen Rechtsschutz ebenfalls ein solcher Bedarf besteht, ist aufgrund der Einrichtung einer entsprechenden Fachanwaltschaft nach § 1 FachanwaltsO offenkundig. Für die Gerichte folgt Ähnliches aus den Konzentrationsvorschriften der §§ 140 Abs. 2 MarkenG, 63 Abs. 2 DesignG, 105 Abs. 1 UrhG, 143 Abs. 2 PatG sowie 13 Abs. 2 UWG. Gerade die erfolgsfördernde Konzentration auf wenige Gerichte haben den gewerblichen Rechtsschutz auch international erfolgreich gemacht.

Von der gesetzlichen Konzentrationsbefugnis nach § 13 Abs. 2 UWG haben jedoch nur die Länder Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern Gebrauch gemacht. Das schadet allerdings nicht, da sich tatsächlich in Deutschland eine kleine Zahl von Landgerichten auf das Lauterkeitsrecht spezialisiert hat. Dort gibt es meist parallel mehrere Wettbewerbskammern, die mindestens mit einem einschlägig erfahrenen Vorsitzenden, meist aber auch einem weiteren langjährig erfahrenen Beisitzer besetzt sind. Diese Gerichte werden von der „Fach“-Anwaltschaft geschätzt und bevorzugt in Anspruch genommen. Auf der Grundlage der in den Jahrgängen 2012 – 2016 in den Zeitschriften WRP und GRURRR veröffentlichten 517 landgerichtlichen Entscheidungen ergibt sich eine Konzentration auf nur sieben Standorte mit einem klaren Ranking in der Verfahrensdichte: Hamburg mit 88, München mit 49, Düsseldorf und Köln mit je 39, Berlin mit 38, Frankfurt/Main mit 28 und Stuttgart mit 13 Entscheidungen. Das ist noch keine Aussage über die tatsächliche Verfahrensdichte, zeigt aber hinreichend klar einen deutlichen Trend der Konzentration auf diese Standorte. Entsprechend kommt es dort zu einer hohen Verfahrensdichte und hohen Fallzahlen im gewerblichen Rechtsschutz. Notwendige Bedingung für diese Kompetenzzentren des gewerblichen Rechtsschutzes sind die in allen Gesetzen dieser Materie (auch das Lauterkeitsrecht ist im weiteren Sinne zum gewerblichen Rechtsschutz zu zählen) vorgesehenen fliegenden Gerichtsstände, das heißt

die örtliche Zuständigkeit nach dem Tatortprinzip. Eine Aufgabe des Tatortprinzips im Lauterkeitsrecht hätte zur Folge, dass sich die Wettbewerbsprozesse auf die immer noch 109 verbleibenden Landgerichte verteilen. Geht man tatsächlich von nur sieben Kompetenzzentren aus, wäre das eine Nivellierung um den Faktor 15. Der an diesen Gerichten über Jahrzehnte ausgebildete spezielle Sachverstand im Lauterkeitsrecht ginge verloren.

3. **ZUSAMMENGEHÖRIGKEIT VON TATORTPRINZIP UND DELIKTSRECHT**

Zwischen dem materiellen Deliktsrecht und dem Tatortgerichtsstand besteht ein Sachzusammenhang. Während sich dieser Sachzusammenhang ursprünglich aus einer geografischen Sachnähe herleitete (siehe § 32 ZPO und Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia VO), hat sich im deutschen gewerblichen Rechtsschutz daraus eine rechtliche Sachnähe entwickelt. Der Tatortgerichtsstand ist Bedingung sine qua non für die Ausbildung und Erhaltung gerichtlicher Kompetenzzentren in diesem Bereich. Das ist vernünftig, denn Beweisfragen sind im gewerblichen Rechtsschutz, erst recht bei Handlungen im virtuellen Raum, vom geografischen Handlungsort unabhängig. Die rechtliche Sachnähe ist von weitaus größerem Gewicht.

4. **VERLETZUNG VON ART. 7 NR. 2 BRÜSSEL IA-VO**

Mit der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes würde die UWG-Zuständigkeit deutscher Gerichte nach der Person des Beklagten aufgespalten. Für ausländische Beklagte bliebe aufgrund der verbindlichen Regelung des Art. 7 Abs. 2 der Brüssel-Ia-Verordnung der fliegende Gerichtsstand erhalten, für deutsche Beklagte wäre er aufgehoben.

Nach Art. 7 Abs. 2 der Brüssel-Ia-Verordnung kann eine Person, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, auch vor einem Gericht eines anderen Mitgliedstaates verklagt werden. Art. 7 Abs. 2 der Brüssel-Ia-Verordnung regelt dabei jedoch nicht nur die interterritoriale Zuständigkeit zwischen den Gerichten mehrerer Mitgliedstaaten, sondern enthält auch eine konkrete lokale Zuweisung. Zuständig ist das Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Dabei handelt es sich, wie sich aus dem 19. Erwägungsgrund ergibt, um eine ausschließliche Zuständigkeit.

Im Ergebnis würden also inländische Beklagte bessergestellt als ausländische Beklagte, da sie nunmehr ausschließlich an dem ihnen angenehmeren Gerichtsstand ihres Wohnorts verklagt werden dürften. Für ausländische Beklagte würde hingegen weiterhin der Deliktsgerichtsstand gelten. Für diese Ausländerdiskriminierung gibt es keine hinreichende Rechtfertigung.

5. **EINBINDUNG DES LAUTERKEITSRECHTS IN DAS IMMATERIALGÜTERRECHT ZUM SYSTEM DES GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZES UND HOMOGENITÄT DES VERFAHRENSRECHTS**

Das Lauterkeitsrecht ist in einem weiteren Sinne dem gewerblichen Rechtsschutz zuzurechnen. Im gewerblichen Rechtsschutz gibt es zahlreiche prozessuale Besonderheiten, die ursprünglich im Wettbewerbsrecht entwickelt und dann in andere Rechtsbereiche ausgedehnt wurden. Diese Herkunft kommt in den Titeln der einschlägigen Lehrbücher zum wettbewerblichen Verfahrensrecht von Ahrens, Teplitzky und Mellulis zum Ausdruck. Würde der fliegende Gerichtsstand im UWG aufgehoben, wäre dies in Bezug auf das Verfahrensrecht im Gewerblichen Rechtsschutz ein Systembruch an zentraler Stelle. Wenn man dies tun wollte, so müsste man den fliegenden Gerichtsstand auch im Marken-, Design-, und Patentrecht aufgeben. Auf diesen Gedanken kommt niemand, weil der Gerichtsstand und die Sachkompetenz an ausgewählten Gerichtsstandorten viel zu wichtig sind, um sie aufzugeben. Nur das Lauterkeitsrecht soll ein Sonderopfer bringen.

Das zieht auch die anderen Materien in Mitleidenschaft. Ohne fliegenden Gerichtsstand im Lauterkeitsrecht wird es langfristig kein spezielles Wettbewerbsverfahrensrecht mehr geben. Die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes im Wettbewerbsrecht ist genauso falsch, wie es die Abschaffung in den anderen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes wäre.

6. **ZUGANG ZU LAUTERKEITSRECHTLICHEN KOMPETENZZENTREN ZUR SICHERSTELLUNG EINES FUNKTIONIERENDEN LEISTUNGSWETTBEWERBS**

Ungeachtet der Schwierigkeiten einer Definition des Wettbewerbsbegriffs³ hat sich in der Tradition der Gesetzesanwendung unter Mitbewerbern im deutschen Lauterkeitsrecht der Begriff des „Leistungswettbewerbs“ herausgebildet. Er prägt das Selbstverständnis der Wirtschaftsteilnehmer und beschreibt zugleich den Gemeinwohlzweck des UWG dahin, dass der Wettbewerb von sachfremden Einflüssen freigehalten werden muss, um unternehmerische Leistungen im Wettbewerb der Anbieter optimal zur Geltung zu bringen und die Verbraucher als Nachfrager zu einem rationalen, leistungsorientierten Steuerungsverhalten zu veranlassen.

Mit diesem Modell ist die deutsche Wirtschaft auch international sehr erfolgreich. Da jedoch – siehe Dieselskandal – das Streben nach Wettbewerbsvorteilen außerhalb des Leistungswettbewerbs immer in Rechnung gestellt werden muss, braucht es ein effizientes Kontroll- und Sanktionssystem. Dieses System ist in Deutschland über das traditionelle „Wettbewerbsrecht“ etabliert. Auf der Grundlage weniger Gesetzesnormen zeichnet

³ Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, Einl. UWG-Kommentar, 36. Aufl. 2018, Rn. 1.6.

sich dieses Wettbewerbsrecht durch ein hochdifferenziertes Fallrecht aus, das in seiner Struktur und Komplexität nahezu jede Variante eines nicht-leistungsgerechten Angebotsverhaltens erfasst, bewertet und sanktioniert.

Daran hat sich auch nach mehr als einem Vierteljahrhundert einer europäischen Überlagerung nichts geändert. Die durch das doppelseitige Irreführungsverbot⁴ komplettierten Mitbewerbertatbestände im UWG – Rechtsbruch, Anschwärzung, Verleumdung, Nachahmung und Behinderung – sind auch heute noch die Eckpfeiler eines wirksamen Kontroll- und Sanktionssystems unter Mitbewerbern.

Dieses System ist auf die gerichtliche Durchsetzung zugeschnitten und es wird mit diesem Zuschnitt auch praktisch gelebt. Abmahnung und Eilverfahren sind die prägenden Elemente, die sich in ihrer Wirksamkeit wechselseitig bedingen. Ohne Sicherstellung einer ernsthaften vorgerichtlichen Auseinandersetzung wäre das Verfahren der einstweiligen Verfügung nicht so effizient, wie es heute ist und ohne die immer vorhandene Hintergrundagenda eines nachfolgenden Eilverfahrens käme es nicht schon zu so vielen vorprozessualen Streitbelegungen. Vor diesem Hintergrund ist die Bereitstellung eines kompetenten und schnellen gerichtlichen Rechtsschutzes eine wesentliche staatliche Aufgabe.

7. DAS DEUTSCHE LAUTERKEITSRECHT ALS ERFOLGSGESCHICHTE IM INTERNATIONALEN WETTBEWERB DER RECHTSSYSTEME

Die von den Spitzenorganisationen des deutschen Rechtswesens herausgegebene und vom Ministerium für Justiz und Verbraucherschutz unterstützte Broschüre „Law Made in Germany“ nennt als Leistungsmerkmal des deutschen Rechtswesens im internationalen Wettbewerb sowohl das System des Gewerblichen Rechtsschutzes als auch die Spezialisierung der Gerichte auf besondere Fachgebiete; darunter der gewerbliche Rechtsschutz. Diese Beschreibung deckt sich mit der Wahrnehmung unserer Vereinigung. Dass globale Wettbewerber wie Apple und Samsung nicht nur Patentstreitigkeiten, sondern auch Nachahmungsfragen vor den Düsseldorfer Gerichten ausgetragen haben, wirft ein Schlaglicht auf die Reputation des gewerblichen Rechtsschutzes in Deutschland aus internationaler Perspektive. Ohne Kompetenzzentren wäre diese Reputation schnell verloren. Sie sind Bedingung sine qua non für den deutschen Wettbewerbsvorteil im Wettbewerb der Systeme.

⁴ Das Irreführungsverbot wird heute vorrangig als Verbraucherschutznorm angesehen, es handelt sich dabei aber historisch auch um einen Kernbestandteil des Wettbewerberschutzes zur Sicherstellung des Leistungswettbewerbs.

8. MANGELNDE EIGNUNG DER ABSCHAFFUNG DES FLIEGENDEN GERICHTSSTANDS ZUR MISSBRAUCHSBEKÄMPFUNG

Das Verbändepapier aus 2017, das u.a. die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands als Maßnahme zur Abwehr des Abmahnmissbrauchs empfiehlt, ist als Minimalkonsens unter zahlreichen Akteuren zustande gekommen. Heute, vor dem Hintergrund einer tatsächlichen Umsetzung gerade dieser Forderung, wenden sich namhafte Unterzeichner wie der Markenverband oder der BDI davon ab und plädieren für die Erhaltung des fliegenden Gerichtsstandes und für ein einfacheres, den beklagten Missbrauch zielgenauer erfassendes Gesetz. Das liegt an der mit unserer Vereinigung geteilten Einschätzung, dass ein relevanter Sachzusammenhang zwischen Abmahnmissbrauch und fliegendem Gerichtsstand einfach nicht existiert.

Das Verbändepapier stützt sich auf eine „*Trusted Shops Abmahnstudie von 2016*“. Nach deren Presseveröffentlichung vom 23. November 2017 sollen 680 von 1.530 Befragten in den letzten zwölf Monaten vom Erhalt einer Abmahnung betroffen gewesen sein. 51% dieser Abmahnungen sollen von Mitbewerbern ausgegangen sein und 23% dieser Abmahnungen sollen sich auf Verstöße gegen die Widerrufsbelehrung im Onlinehandel richten. Das lässt noch nicht zwingend auf einen Missbrauch schließen und es lässt überhaupt nicht auf einen Gerichtsstandmissbrauch schließen. Eher könnte man aufgrund dieser Zahlen von einem wahrscheinlichen Vollzugsdefizit des Verbraucherschutzes im Onlinehandel sprechen. Das gilt vor allem für die Aufklärung über die Notwendigkeit und den Inhalt von Widerrufsbelehrungen. Unsere Vereinigung bemüht sich derzeit – und noch erfolglos – um den Fragenkatalog und das Datenmaterial zu dieser Umfrage. Denn es besteht der Verdacht, dass hier mit Suggestivfragen gearbeitet worden ist, dass die Antwortquote keine Beachtung gefunden hat und dass bei der Auswahl der statistisch notwendige Querschnitt nicht getroffen wurde. In einer solch wichtigen Frage wie dem fliegenden Gerichtsstand sollten die Rechtstatsachen, die einer Rechtsänderung zugrunde liegen, gesichert sein. Gerade Marktbefragungen, die zeigen die wettbewerbsrechtliche Erfahrung, sind jedoch häufig methodisch angreifbar und produzieren dann falsche Ergebnisse.⁵ Unabhängig davon, inwieweit die von Trusted Shops präsentierten Zahlen eine Auskunft über tatsächliche Missbrauchsfälle im Bereich des Onlinehandels geben, ist jedoch danach noch kein Zusammenhang zum Missbrauch des fliegenden Gerichtsstands belegt. Es existieren offensichtlich bei niemandem – auch nicht bei den beteiligten Verbänden des "Verbändepapiers" – verlässliche Zahlen über den Umfang des beklagten Abmahnmissbrauchs. Unsere Vereinigung hat sich stets gegen missbräuchliche Abmah-

⁵ Vgl. *Tilmann* GRUR 1984, 716 ff.; *Teplitzky*, WRP 1990, 145 ff.; *Gloy/Loschelder/Ohde*, Wettbewerbshandbuch 3. Aufl. § 20; *Eichmann*, GRUR 1999, 939, 941 ff.; *Pflüger*, GRUR 2017, 992 ff.; *Fezer/Büscher/Obergfell-Niedermann*, 3. Aufl. Kapitel S. 18.

nungen gewandt und sich an der Debatte zur Missbrauchsbekämpfung beteiligt. Danach gibt es ein typisches Missbrauchsprofil, das sich durch folgende Elemente auszeichnet:

- Häufigkeit der Abmahnungen
- Einfache Fälle des Gesetzesverstößes
- Verortung des Einzelfalls an oder unterhalb der Bagatellschwelle
- Verfolgungsinteresse allein wegen der Abmahngebühren
- Meidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen

Eine Missbrauchsbekämpfung, die beim Gerichtsstand ansetzt, verfehlt ihr Ziel. Der missbräuchliche Abmahner muss fürchten, dass im Falle eines Rechtsstreits vorhandenen Missbrauchshinweisen nachgegangen wird oder sein Unterlassungsantrag an der Bagatellschwelle scheitert. Das gilt auch und gerade für den von einem Verband als Missbrauchsbeispiel zitierten Gerichtsstand Hamburg, wo aufgrund der dortigen Fallzahlen Gerichtswissen zu den verdächtigen Abmahnern vorhanden ist. Den Beschwerden zum angeblichen Gerichtsstandmissbrauch fehlt nicht nur die rechtstatsächliche Basis, sie leiden auch unter mangelnder Schlüssigkeit.

9. **MANGELNDE ERFORDERLICHKEIT**

Auch der Referentenentwurf erkennt die Leistungsfähigkeit des deutschen Lauterkeitsrechts an, das in der Rechtsdurchsetzung auf der Mitbewerber- und Verbandskontrolle aufbaut. Zu diesem System gehört der fliegende Gerichtsstand. Die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands trägt bereits vor diesem Hintergrund eine Vermutung der Systemschwächung. Diese Vermutung ist aus den anderen, vorstehend erläuterten Gründen, belegt.

Wenn das aber so ist, so stellt sich die Frage, ob die Systemschwächung in dem vorgesehenen Umfang erforderlich ist. Das ist nicht der Fall. Es gibt mildere, gleich wirksame Mittel zur Missbrauchsbekämpfung. Hierzu verweist unsere Vereinigung auf ihren eigenen Gesetzesvorschlag zu einer kombinierten Maßnahme mit den Elementen der Streitwertherabsetzung und Aufhebung des fliegenden Gerichtsstands im Kernbereich der unstrittigen Abmahnbelastungen des Onlinehandels, d.h. bei den Verstößen gegen formalisierte Verbraucherinformationspflichten. Das unserem Vorschlag zugrunde liegende Enumerationsprinzip⁶ schafft Rechtssicherheit durch Rechtsklarheit und bekämpft den Missbrauch genau dort, wo er angeblich vorkommt. Im Übrigen hält er aber am bewährten System fest und vermeidet damit einen Eingriff, dem die fehlende Erforderlichkeit auf der Stirn steht.

⁶ Anknüpfung an die Schutztatbestände nach Art 246 – 251 EGBGB, nach § 5 TMG und nach § 2 Abs. 1 S. 1 PAngV.

10. **UNVERHÄLTNISSMÄßIGER EINGRIFF – SCHWÄCHUNG DES STANDORTS DEUTSCHLAND**

Mit der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands im UWG wird auch ein unverhältnismäßiger Eingriff in das bewährte System des deutschen Lauterkeitsrechts vorgenommen. Die jetzt starken und kompetenten Wettbewerbsgerichte werden ihre Fallzahlen verlieren, weil die Streitigkeiten um den Faktor 10 bis 15 in die Fläche gehen werden. Das wird die deutsche Wirtschaft und die Durchsetzung des Leistungswettbewerbs nachhaltig schwächen, weil Wettbewerbsverfahren länger dauern werden und das Ergebnis nicht mehr vorhersehbar sein wird. Diese Schwächung ist zugleich eine Schwächung des deutschen Rechtssystems im internationalen Wettbewerb, wo der Gewerbliche Rechtsschutz auch und gerade wegen des schnellen und kostengünstigen Verfahrens als „unique selling point“ der Deutschen angesehen wird. Schließlich und endlich werden sich aufgrund der voraussagbaren Qualitätseinbuße der erstinstanzlichen Verfahren die Wettbewerbssachen in die zweite Instanz verlagern. Die Oberlandesgerichte werden gegen den rechtspolitischen Trend zur Entlastung nicht entlastet, sondern massiv zusätzlich belastet werden. Das bewährte Instrument der Abschlusserklärung nach erstinstanzlicher einstweiliger Verfügung wird es nicht mehr geben, weil der einstweiligen Verfügung nicht mehr zu trauen sein wird. Die Einführung eines ohnehin fragwürdigen Instruments zur Missbrauchsbekämpfung hat massive Kollateralschäden zur Folge, die zum verfolgten Zweck völlig außer Verhältnis stehen.

11. **EINSCHRÄNKUNG DES FLIEGENDEN GERICHTSSTANDS HINSICHTLICH DER ALLEIN MISSBRAUCHSGEFÄHRDETEN BEREICHE**

Die vorstehenden Argumente rechtfertigen es, den fliegenden Gerichtsstand im Lauterkeitsrecht für die Mitbewerber zu erhalten. Die missbräuchliche Anspruchsverfolgung ist mit anderen Mitteln als mit einer Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands zu bekämpfen. Jedenfalls könnte es angesichts der beklagten Missbräuche allenfalls in Betracht kommen, den fliegenden Gerichtsstand in genau den missbrauchsgefährdeten Bereichen einzuschränken. Wir verweisen insofern auf unseren Gesetzesvorschlag.

II.

Einzelne Regelungsbereiche

1. BESCHRÄNKUNG DER KLAGEBEFUGNIS DER MITBEWERBER, § 8 ABS. 3 NR. 1 UWG-REFE

Die Klagebefugnis der Mitbewerber soll nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG-RefE eingeschränkt werden. Die Regelung soll künftig wie folgt lauten:

"Die Ansprüche aus Abs. 1 stehen zu: Jedem Mitbewerber, der in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt."

Mit der Beschränkung der Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern möchte die Bundesregierung offensichtlich auf die bekannt gewordenen Klagen reagieren, wonach gerade im Online-Bereich Anspruchsteller als angebliche Mitbewerber agieren, die tatsächlich nicht ernsthaft im jeweiligen Markt tätig sind und in ihren Online-Shop allein deswegen bestimmte Waren aufnehmen, um den Anschein einer Mitbewerberstellung hervorzurufen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob das zusätzliche Kriterium, wonach "in nicht unerheblichen Maße Waren oder Dienstleistungen" zu vertreiben oder nachzufragen sind, wirklich ein hilfreiches Mittel zur Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen ist.

Es wird in den nächsten Jahren in einer sehr großen Zahl von Verfahren der Einwand erhoben werden, dass der Mitbewerber nur in unerheblichem Umfang ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt wie der Anspruchsgegner. Dieser Einwand wird standardmäßig in jeder Einlassung eines Anspruchsgegners enthalten sein. Eine Entlastung der Gerichte ist allenfalls mittelfristig zu erwarten, ebenso Rechtssicherheit. Zudem vermag die Anknüpfung an eine Ähnlichkeit von Waren oder Dienstleistungen gerade im Bereich von Online-Verstößen die Zahl der Abmahnungen kaum zu senken: Bei Verstößen gegen Impressumspflichten, Nichterfüllung von Informationspflichten, fehlerhaften Widerrufsbelehrungen oder unwirksamen AGB muss ein abmahnwilliges Unternehmen nur eine sehr gängige Art von Waren vertreiben, um auf die notwendige erhebliche Anzahl zu kommen und weiterhin abmahnen zu können. Eine persönliche Betroffenheit des Mitbewerbers durch den Verstoß ist insbesondere beim Verbraucherschutz und ähnlichen Regelungen nicht notwendig.⁷ Es ist deshalb sehr zweifelhaft, ob dieses neu eingeführte Kriterium effektiv zur Eindämmung von Abmahnmissbräuchen beitragen kann.

⁷ Vgl. nur Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 8 Rn. 3.28.

2. MISSBRÄUHLICHE GELTENDMACHUNG VON ANSPRÜCHEN, § 8B UWG-REFE

Die bisherige Missbrauchsregelung des § 8 Abs. 4 S. 1 UWG soll nach § 8b Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 UWG-RefE überführt werden, die Gegenansprüche aus § 8 Abs. 4 S. 2 und 3 UWG nach § 8b Abs. 3 UWG-RefE. Die Einführung gesetzlicher Vermutungen für einen Missbrauch in § 8b Abs. 2 S. 2 UWG-RefE ist im Grundsatz zu begrüßen, da sie auf der bisherigen Rechtsprechung basiert und einige (aber nicht alle) der Indizien für einen Mitbewerber aufgreift. Gleichwohl bestehen gegen die insofern vorgeschlagene Regelung erhebliche Bedenken, da die Vermutungen zu leicht eingreifen und auch seriöse Abmahnungen betreffen können. Die neue Vorschrift soll lauten:

(1) *„Eine missbräuchliche Geltendmachung wird vermutet, wenn*

1. *Mitbewerber eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift geltend machen, insbesondere wenn die Anzahl außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht oder anzunehmen ist, dass der Anspruchsteller das wirtschaftliche Risiko des außergerichtlichen und gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt,*
2. *der Gegenstandswert oder der Streitwert unangemessen hoch angesetzt wird,*
3. *unangemessen hohe Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden oder*
4. *eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht.“*

Die Vermutungstatbestände knüpfen allesamt an Indizien für einen Missbrauch aus der bisherigen Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 S. 1 UWG an. Bislang sind aber Kriterien wie ein zu hoher Streit- oder Gegenstandswert (Nr. 2) nur ein Indiz, das nicht allein, sondern nur in Kumulation mit weiteren Indizien den Missbrauchsvorwurf zu tragen vermag.⁸ Die Vermutung nur an ein einzelnes dieser Kriterien zu binden, ist in den Fällen der Nr. 1 des RefE vielleicht noch vertretbar, nicht hingegen bei Nr. 2, da selbst erfahrene Anwälte den Gegenstands- oder Streitwert unter Umständen deutlich höher einschätzen und ansetzen, als das Gericht es am Ende für zutreffend hält. Jedenfalls in wirtschaftlich bedeutsameren Streitfällen ist die Frage der Höhe einer angemessenen Vertragsstrafe oftmals auch umstritten, sodass es nicht gerechtfertigt erscheint, allein aus der Forderung einer zu hohen Vertragsstrafe eine Vermutung für missbräuchliches Verhalten abzuleiten. Ähnliches gilt auch für die nunmehr vorgesehene Regelung Nr. 4. Im Lauterkeitsrecht sind Unterlassungsgebote oftmals nur dann wirklich hilfreich, wenn sie über die ganz konkrete Verletzungsform hinausreichen und davon in zulässiger und in der Rechtsprechung anerkannter Weise abstrahieren. Die Grenzen zwischen zulässiger und durchaus sachgerechter Abstraktion und einem schlicht zu weitgehenden Unterlassungsverlangen sind allerdings

⁸ Vgl. m. w. Nachw. zur Rechtsprechung *Fritzsche*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014, § 8 Rn. 458 ff.

fließend. Es erscheint deshalb zu weitgehend, bereits ein nur etwas überschießendes Unterlassungsverlangen mit der Vermutung eines Missbrauchs zu belegen.

Zweckmäßiger wäre es daher, die Vermutung auf die Kumulation mehrerer Indizien zu stützen und dazu aus dem reichen Indizienkatalog der Rechtsprechung noch weitere in § 8b Abs. 2 S. 2 UWG-RefE aufzunehmen, so etwa in Nr. 1 noch die dafür typische Verfolgung leicht auffindbarer Verstöße. Eine Vermutung für einen Missbrauch sollte nur dann angenommen werden, wenn mindestens zwei für einen Missbrauch sprechende Indizien erfüllt sind. Das gilt umso mehr, also ein (vorschnell angenommener) Missbrauch nach dem neuen § 8b Abs. 3 UWG-RefE substantielle Kosten- und Haftungsrisiken nach sich ziehen soll. Es wäre außerdem hervorzuheben, dass die Vermutung widerleglich ist.

3. **ABMAHNUNG UND KOSTENERSTATTUNG, § 13 UWG-REFE**

Die Abmahnobliegenheit als solche soll von § 12 Abs. 1 S. 1 UWG mit identischem Wortlaut nach § 13 Abs. 1 UWG-RefE verschoben werden. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnaufwendungen soll künftig gemäß § 13 Abs. 3 UWG-RefE nicht mehr nur davon abhängig sein, dass die Abmahnung materiell-rechtlich berechtigt ist, sondern zusätzlich davon, dass die inhaltlichen Anforderungen aus § 13 Abs. 2 UWG-RefE erfüllt sind. Diese lauten in Anlehnung an § 97a Abs. 2 UrhG:

(2) *„In der Abmahnung muss klar und verständlich angegeben werden:*

1. *Name oder Firma des Abmahnenden, sowie im Fall einer Vertretung zusätzlich Name oder Firma des Vertreters,*
2. *die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung nach § 8 Absatz 3,*
3. *in welcher Höhe ein Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht wird und wie sich diese berechnet,*
4. *die Rechtsverletzung,*
5. *wenn ein Anspruchsberechtigter nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 oder 2 Ersatz der erforderlichen Aufwendungen nach Absatz 3 verlangt, aus welchem Grund der Anspruch darauf nicht nach Absatz 4 ausgeschlossen ist.“*

- (a) Gegen die inhaltlichen Vorgaben in den Nr. 1 bis 4 bestehen keine Bedenken. Bedenken bestehen aber gegen § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-RefE, weil der Abmahnende danach proaktiv mitteilen muss, warum sein Aufwendungsersatzanspruch nicht nach Abs. 4 ausgeschlossen ist. Diese Regelung wird zahlreiche Streitigkeiten auslösen und den Begründungsaufwand für eine Abmahnung hinsichtlich eines Nebenaspekts massiv erhöhen. Es bestehen auch erhebliche Bedenken gegen § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-RefE, weil die Regelung in § 13 Abs. 4 UWG-RefE

nicht sachgerecht erscheint. Die Regelung in § 13 Abs. 4 UWG-RefE ist wie folgt formuliert:

Der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen (hier wäre wohl zu ergänzen: "für eine Abmahnung") ist für Anspruchsberechtigte nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 ausgeschlossen, wenn

1. *die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihrer Schwere, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichen Maße beeinträchtigt und*
2. *der Abgemahnte gegenüber dem Abmahnenden nicht bereits aufgrund einer gleichartigen Zuwiderhandlung durch Vertrag, aufgrund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verpflichtet ist.*

Satz 1 gilt auch dann, wenn neben dem Unterlassungs- ein Beseitigungsanspruch geltend gemacht wird."

Ein Anspruch auf Abmahnungersatz soll nach dieser Regelung also entfallen, sofern die Verletzung – kurz gefasst – nur unerheblich ist (Nr. 1) und zudem der Abgemahnte – offenbar wegen einer ähnlichen Verletzungshandlung, was gegebenenfalls noch zu erwähnen wäre – nicht bereits vertraglich, durch eine rechtskräftige Entscheidung oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verpflichtet ist (Nr. 2).

Nach dieser neuen Regelung sollen Mitbewerber und Wirtschaftsverbände, im Gegensatz zu Verbraucherverbänden und Kammern, Aufwendungsersatz nur noch für die Verfolgung von Zuwiderhandlungen geltend machen können, welche die Interessen von Marktteilnehmern mehr als unerheblich beeinträchtigen. So feiert die erst Ende 2015 beerdigte Bagatellklausel aus § 3 Abs. 1 UWG 2008 durch die Hintertür eine rasche „Wiederauferstehung“, dies aber an versteckter Stelle und eben nicht für alle Anspruchsberechtigten. Naheliegender wäre es, diese Beschränkung gleich in § 8 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 UWG-RefE zu formulieren. Im Kontext des Ersatzes tatsächlich entstandener Aufwendungen, die gerade in den Fällen von Online-Verstößen durchaus den Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher dienen, wird gerade seriösen Anspruchsberechtigten aus dem Kreis des § 8 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 UWG die Motivation genommen, künftig weiterhin Zuwiderhandlungen zu verfolgen, die der Gesetzgeber als Bagatellverstöße ansieht. Es erschiene sachgerechter, die ersatzfähigen Aufwendungen gegebenenfalls in einfacher Weise drastisch zu "deckeln", statt sie unter komplizierten, rechtsunsicheren Voraussetzungen ganz entfallen zu lassen. Schwer nachvollziehbar ist weiter, dass Verbraucherverbände und Kammern für die Verfolgung dieser Bagatellverstöße weiterhin stets Aufwendungsersatz fordern dürfen, ande-

re Anspruchsberechtigte aber nur von Wiederholungstätern, gegen welche sie bereits zuvor erfolgreich wegen des Erstverstößes vorgegangen sind.

- (b) Absehen sollte man ferner von der Regelung in § 13 Abs. 5 UWG-RefE. Die Regelung ist wie folgt formuliert:

"Soweit die Abmahnung unberechtigt ist oder nicht den Anforderungen des Absatzes 2 entspricht, hat der Abgemahnte gegen den Abmahnenden einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen, es sei denn, es war für den Abmahnenden zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht erkennbar, dass die Abmahnung unberechtigt war. Weitergehende Ersatzansprüche bleiben unberührt."

Die Regelung stellt sonach die unberechtigte mit einer formell fehlerhaften, aber berechtigten Abmahnung hinsichtlich der Gegenansprüche der missbräuchlichen Abmahnung i. S. d. § 8b UWG-RefE gleich. Dies ist sachlich nicht angemessen. Zudem wirft die vorgeschlagene Regelung die Frage auf, wie es sich mit dem Gegenanspruch verhält, wenn die Abmahnung teilweise oder sogar überwiegend unberechtigt ist, weil das Gericht später zu dem Ergebnis gelangt, der Unterlassungsanspruch sei zu weit formuliert und nur mit einem engeren Umfang gegeben; die Gefahr besteht insbesondere bei neuen Sachverhaltskonstellationen, die einer Klärung durch die Rechtsprechung bedürften. Ob die BGH-Rechtsprechung zur teilweise berechtigten Abmahnung⁹ nach der Novelle noch aufrechterhalten bleiben kann, ist angesichts der aus diversen Regelungen sprechenden Grundtendenz abzuwarten. Es wäre jedenfalls nicht zweckmäßig, wenn Abmahnende künftig darauf verzichten würden, der Abmahnung auch eine vorformulierte Unterlassungserklärung beizufügen. Ein solcher Vorschlag ist heute regelmäßig üblich, lässt für den Abgemahnten immerhin ersehen, in welchem genauen Umfang der Abmahnende eine Rechtsverletzung beanstandet und zeigt dem Abgemahnten zudem auch eine Möglichkeit auf, einen Rechtsstreit ohne weitere Auseinandersetzung zu vermeiden. Es kann nach unserer Erfahrung keine Rede davon sein, dass sich diese Praxis nicht bewährt hätte und etwa ein irgendwie beachtlicher Teil von vorformulierten Unterlassungserklärungen missbräuchlich zu weit formuliert wäre.

4. **ANGEMESSENE VERTRAGSSTRAFE, § 13A UWG-REFE**

Der Gesetzgeber will in § 13a UWG-RefE die Angemessenheit einer Vertragsstrafe in wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverträgen regeln. In Abs. 1 werden dazu gängige Bemessungskriterien aus der Rechtsprechung ins Gesetz übernommen. Es handelt sich

⁹ BGH, 11.03.2009 – I ZR 194/06, WRP 2009, 1229 Rn. 47 – „Geld-zurück-Garantie II“.

um einen abschließenden Katalog, hinter dem Gedanken der Transparenz und Aufklärung des Schuldners stehen.¹⁰ § 13a UWG-RefE will in einfach gelagerten Fällen i. S. v. § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG-RefE die angemessene Vertragsstrafe künftig für alle Gläubigertypen auf maximal 1.000 € begrenzen. Dies soll dem Schutz von Kleinunternehmen dienen¹¹ und soll wohl im Wiederholungsfalle nicht gelten.

Vor einer unangemessen hohen Vertragsstrafe wird der Schuldner effektiv durch § 13a Abs. 3 UWG-RefE geschützt. Die Regelung in § 13a Abs. 3 UWG-RefE soll wie folgt lauten:

(3) *Verspricht der Abgemahnte auf Verlangen des Abmahnenden eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, schuldet er lediglich eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe.*

Eine auf Verlangen des Abmahnenden versprochene Vertragsstrafe unterliegt sonach hinsichtlich ihrer Höhe stets einer gerichtlichen Kontrolle und räumt den Gerichten die Möglichkeit ein, eine übermäßige Vertragsstrafe auf eine angemessene Höhe zu reduzieren. Die Notwendigkeit einer Herabsetzung nach § 343 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt, sodass auch § 348 HGB keine Rolle mehr spielt. Als Problem verbleibt, dass nach dem Entwurf allein schon die Forderung einer unangemessen hohen Vertragsstrafe die Vermutung einer missbräuchlichen Abmahnung zur Folge haben soll, § 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE.¹² Wie bereits ausgeführt, geht dies zu weit, da abweichend von der bisherigen Praxis keine weiteren Anzeichen für einen Missbrauch mehr hinzutreten müssen. Dies dürfte nach dem Wortlaut des § 8b Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UWG-RefE sogar dann gelten, wenn der Abgemahnte nach dem sog. „Neuen Hamburger Brauch“ eine angemessene Vertragsstrafe versprochen hat und der Abmahner später eine Vertragsstrafe fordert, die Gegner und Gericht für zu hoch und damit unangemessen halten. Im übrigen ist in § 13a Abs. 5 UWG fälschlich davon die Rede, dass der Abgemahnte "den Anspruch" sofort anerkennen kann, um zu vermeiden, dass er durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben hat. Gemeint ist offensichtlich, dass der Abgemahnte "eine angemessene Vertragsstrafe" anerkennen und alsdann immer noch die Vergünstigungen des § 93 ZPO in Anspruch nehmen kann.

Die Regelung in § 13a Abs. 5 UWG-RefE ist zum Schutz des Abgemahnten nicht notwendig, denn er kann, wenn ihm die in der Abmahnung vorgeschlagene Vertragsstrafe zu hoch erscheint, in seiner Unterlassungserklärung einen anderen Betrag oder nach dem "Neuen Hamburger Brauch" nur eine angemessene Vertragsstrafe versprechen.

¹⁰ Vgl. Begründung zu § 13a Abs. 1 UWG-RefE, S. 26.

¹¹ Vgl. Begründung zu § 13a Abs. 1 UWG-RefE, S. 26.

¹² So explizit die Begründung zu § 13a Abs. 1 UWG-RefE, S. 27.

5. **ZU ERWARTENDE FOLGEN DER WECHSELWIRKUNGEN DER GEPLANTEN REGELUNGEN**

Die geplante Vermutung eines Missbrauchs bei einer zu weitgehenden Unterlassungsforderung (§ 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG-RefE) könnte auch seriöse Anspruchsberechtigte dazu veranlassen, ihrer Abmahnung keine vorformulierte Unterlassungserklärung mehr beizufügen. Die Formulierung der Unterlassungserklärung müsste dann durch den Abgemahnten erfolgen. Dieser wird, damit seine Erklärung die Wiederholungsgefahr auszuräumen geeignet ist, selbst in einfach gelagerten Fällen eindeutiger und erheblicher Verstöße um die Einschaltung eines Anwalts nicht mehr herumkommen. Damit wird das bisherige System erheblich verkompliziert.

Verstärkt wird dieser Effekt zum einen dadurch, dass eine unberechtigte oder formell unwirksame Abmahnung der missbräuchlichen Abmahnung durch § 13 Abs. 5 UWG-RefE gleichgestellt wird und Gegenansprüche des Abgemahnten auslösen soll. Zum anderen sollen alle Missbrauchsvermutungen bereits dann eingreifen, wenn nur eines der Kriterien vorliegt, die nach der bisherigen Rechtspraxis lediglich in Kumulation zur Annahme einer missbräuchlichen Anspruchsverfolgung führen, was auch die Verfolgung sachlich ganz berechtigter Abmahnungen erschwert.

Somit wird mittelbar der Schutz von Verbrauchern durch das bewährte System der Abmahnung und Unterwerfung zugunsten von kleinen und mittleren Unternehmen eingeschränkt, dies zusätzlich auch dadurch, dass Mitbewerber und Wirtschaftsverbände in „Bagatellfällen“ nach § 13 Abs. 4 UWG-RefE keinen Aufwendungsersatz mehr fordern können sollen.

Die Regelung des § 13a Abs. 4 UWG-RefE bringt im übrigen nicht zum Ausdruck, dass eine Vertragsstrafe nach dem "Neuen Hamburger Brauch" vereinbart wurde. Es wäre wohl besser davon zu sprechen, dass eine der Höhe nach unbestimmte Vertragsstrafe versprochen worden ist. Wenn in einem wertenden Sinne tatsächlich eine "angemessene Vertragsstrafe" vereinbart ist, besteht kein sachlicher Grund mehr, ohne Zustimmung des Abmahnenden eine Einigungsstelle anrufen zu können.

6. **VERBANDSBEZOGENE REGELUNGEN**

Die in § 8a UWG-RefE vorgeschlagene Regelung erscheint bürokratisch und teilweise auch nicht sachgerecht. Es besteht insbesondere etwa keine Vermutung dafür, dass ein Verein mit weniger als 50 Mitgliedsunternehmen unseriös handeln würde. Es ist zudem zu befürchten, dass es in einigen Bereichen tatsächlich auch keine 50 auf dem Markt tätigen, in Wettbewerb stehenden Unternehmen gibt. Wir haben im übrigen gesehen, dass

zahlreiche seriös arbeitende Wettbewerbsverbände zu dem Regelungsvorschlag § 8a UWG-RefE Stellung genommen haben und sehen deshalb hier von weiteren Anmerkungen ab.

7. ANSPRUCHSAUSSCHLUSS BEI VERSTÖßEN GEGEN DIE DSGVO

Wir teilen die Auffassung von Köhler/Bornkamm/Feddersen¹³, dass die DSGVO ein abschließendes Anspruchssystem enthält und deswegen Verstöße gegen die DSGVO nicht unter Rückgriff auf das Lauterkeitsrecht abgemahnt werden können. Das in der DSGVO und im dem UKlaG vorgesehene Sanktionssystem ist ausreichend. Aus Sicht unserer Vereinigung käme es allerdings in Betracht, insoweit eine klarstellende Regelung vorzusehen.

8. GRUR-VORSCHLAG

Wir dürfen daran erinnern, dass die deutsche Vereinigung selbst einen Gesetzesvorschlag vorgelegt hat, der dem Zweck dient, missbräuchliche Anspruchsverfolgung einzudämmen. Die von unserer Vereinigung vorgeschlagene Regelung lautet wie folgt:

"I. Gesetzesänderungen

1. Dem § 12 Absatz 1 UWG wird ein neuer Satz 3 angefügt:

In den Fällen des § 3a UWG in Verbindung mit der geltend gemachten Verletzung gesetzlicher Informationspflichten gegenüber Verbrauchern nach den Artikeln 246 – 251 EGBGB, nach § 5 TMG und nach § 2 Abs. 1 S. 1 PAngV ist der Gegenstandswert für die Berechnung anwaltlicher Abmahngebühren auf einen Betrag von 1.000,00 EUR beschränkt.

2. In § 14 Absatz 2 UWG wird der Satz 2 wie folgt neu gefasst:

Satz 1 gilt für Klagen aus § 3a UWG in Verbindung mit der geltend gemachten Verletzung gesetzlicher Informationspflichten gegenüber Verbrauchern nach den Artikeln 246 – 251 EGBGB, nach § 5 TMG und nach § 2 Abs. 1 S. 1 PAngV oder für Klagen, die von den nach § 8 Abs. 3 Nummern 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten erhoben werden, nur dann, wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbstständige berufliche Niederlassung noch einen Wohnsitz hat."

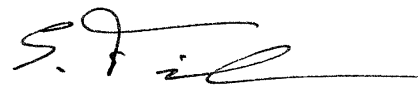
Mit einem solchen Vorschlag wäre auf einfache und den beklagten Missbrauch auch zielgenau erfassende Weise dafür gesorgt, dass eine missbräuchliche Anspruchsverfolgung ganz weitgehend eingeschränkt wird. Der "Kern" des Vorschlages besteht darin, die fi-

¹³ Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 3a Rdnr. 1.40a und 1.74 b ff.; ebenso Barth, WRP 2018, 790; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl., § 3a Rdnr. 71 (im Erscheinen); Remmert, GRUR-Prax 2018, 254, 256.

nanziellen Anreize für Abmahnungen in den missbrauchsanfälligen Bereichen drastisch zu beschränken und auch nur insoweit den fliegenden Gerichtsstand zu beschränken. Wir verweisen zur Vermeidung von Wiederholungen auf unser Schreiben vom 14. September 2018, mit dem wir diesen Vorschlag vorgelegt und im Einzelnen näher begründet haben. Lediglich der guten Ordnung halber fügen wir dieses Schreiben nebst dem Vorschlag hier nochmals bei.



Dr. Gert Würtenberger
Präsident



Dipl.-Ing. Stephan Freischem
Generalsekretär