

Abmahnmissbrauch:

Gezielt vorgehen und Maßnahmen besser ausbalancieren – damit effizienter Verbraucher- und Wettbewerberschutz gewährleistet bleibt

Stellungnahme der Wettbewerbszentrale zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucksache 19/12084 vom 31.07.2019)

Die Wettbewerbszentrale wurde 1912 von Wirtschaftsunternehmen gegründet und hat heute über 2.000 Mitglieder (Unternehmen und Wirtschaftsverbände/Kammern). Seit dieser Zeit ist sie aktiv im Bereich der Durchsetzung des UWG und führt seit Jahrzehnten jährlich drei- bis viertausend Abmahnverfahren sowie mehrere hundert Gerichtsverfahren durch alle Instanzen bis hin zum EuGH (bei millionenfacher Werbung täglich).

Rund 11.000 Anfragen und Beschwerden wegen unlauteren Wettbewerbs erhält die Wettbewerbszentrale jährlich. Unternehmen, Verbände, Verbraucher und auch Behörden wenden sich an die Wettbewerbszentrale mit dem Begehren, dass die von ihnen vorgetragene Wettbewerbsverletzung schnellstmöglich abgestellt werde. Ob zum Beispiel Preismogeleien eines Möbelhändlers, ein falsches Werbeversprechen in Bezug auf ein Lebensmittel, irreführende Erfolgsaussagen wie zum Beispiel „Immun.gegen.Krebs“, versteckte Kosten in einem Telekommunikationsangebot, verdeckte Provisionen bei einem Vergleichsportal, gekaufte Kundenbewertungen, eine unzulässige AGB-Klausel bei einer Airline, SEPA-Diskriminierung o.ä., in all diesen Fällen geht die Wettbewerbszentrale gegen Wettbewerbsverstöße vor – mit dem gesetzlich vorgesehenen Mittel der Abmahnung.

Die Abmahnung hat sich seit vielen Jahrzehnten als wirksames Instrument erwiesen, außergerichtlich schnell, effizient und kostengünstig gegen Wettbewerbsverzerrungen vorzugehen. Sie dient der Abwehr unlauterer und damit wettbewerbsverfälschender Wettbewerbshandlungen wie z. B. irreführender Werbung. Die private Rechtsdurchsetzung - außergerichtlich im Wege der Abmahnung - ist ein fein austariertes, wirkungsvolles System zur Förderung fairen Wettbewerbs und zum Wohle der Allgemeinheit. Es wirkt in hohem Maße gerichts- und staatsentlastend, da die weit überwiegende Zahl von Rechtsverstößen außergerichtlich abgestellt werden kann. Letztlich profitiert auch der Steuerzahler vom zivilrechtlichen Durchsetzungssystem, da dieses ohne Steuermittel durch die Wirtschaft selbst finanziert wird.

Bedauerlicherweise haben einige wenige „schwarze Schafe“ den Ruf der Abmahnung gehörig in Misskredit gebracht. Die Wettbewerbszentrale begrüßt daher ausdrücklich das Bestreben des Gesetzgebers, den fairen Wettbewerb zu stärken und Abmahnmissbrauch durch „schwarze Schafe“ nachhaltig einzudämmen. **Jedoch sollten die Relationen ebenso wie das Ziel der Gesetzesinitiative im Blick behalten werden:** Die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung schützt weit mehr rechtstreue Mitbewerber und Verbraucher vor unlauteren Praktiken als Rechtsverletzer von tatsächlich missbräuchlichen Abmahnungen betroffen sind. Die Zahl der angeblichen Abmahnmissbrauch-„Opfer“ steht in keinem Verhältnis zur Zahl der zehntausendfachen Rechtsverletzungen, die jährlich im Wege der Abmahnung zu Recht unterbunden werden.

All dies ist in der aktuellen Diskussion über eine Eindämmung von Abmahnmissbrauch leider ein wenig aus dem Blick geraten. Ein gesetzgeberisches Tätigwerden sollte gründlich und solide abgewogen und nur unter zwei Voraussetzungen vorgenommen werden:

- Unseriöse, missbräuchliche Abmahner müssen einfach und effektiv von der Rechtsdurchsetzung ausgeschlossen werden – Missbrauch muss verhindert werden
- Gleichzeitig dürfen die Maßnahmen die seriöse und notwendige effiziente Durchsetzung des Rechts nicht schädigen und zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Schutzes der Verbraucher, der Wettbewerber und der Allgemeinheit führen.

Beides gewährleistet der Regierungsentwurf leider noch nicht. Er erscheint in seiner jetzigen Form noch überarbeitungsbedürftig, da er in der Praxis zu einer erheblichen Einschränkung der Förderung lauterer Wettbewerbs und des Verbraucherschutzes führen kann, ohne gezielt, punktgenau und erfolgreich schwarzen Abmahnschafen das Handwerk zu legen.¹ Er trifft in erheblichem Maße auch seriöse Anspruchsteller und führt dazu, dass

- seriöse Verbände einen hohen Aufwand bürokratischer Berichtspflichten zu erfüllen haben, die Ressourcen binden werden, die dann nicht für die Bekämpfung erheblicher Rechtsverstöße eingesetzt werden können

- sämtliche seriösen Anspruchsteller dem Vorwurf „rechtsmissbräuchlicher“ Abmahnungen ausgesetzt werden wegen zu hoher Vertragsstrafen oder zu weiter Unterlassungsverpflichtungen, obwohl beides hoch streitige und komplexe Wertungsfragen im UWG darstellen

- seriöse Anspruchsteller dem Risiko hoher Gegenansprüche (wegen angeblich „unberechtigter“ Abmahnungen) ausgesetzt sind, wenn sie - was für die Marktbeteiligten von überaus hoher

¹ Im Verlaufe der Diskussion in den vergangenen zwei Jahren wurden einfachere Vorschläge gemacht, die nicht das gesamte UWG befrachten und die zielgerichtet auf den Ausschluss der schwarzen Schafe aus der Rechtsdurchsetzung gerichtet waren und dadurch ein hohes Lauterkeitsschutzniveau sicherstellen würden (vgl. Münker, WRP 2018, S. 1410 ff.).

Bedeutung ist - streitige Rechtsfragen und Fälle zur allgemeinen Rechtsklärung und Schaffung von Rechtssicherheit vor die Gerichte tragen

- insgesamt von einer enorm steigenden Belastung der Gerichte auszugehen ist mit Streitigkeiten über unbestimmte Rechtsbegriffe und die Erfüllung von Abmahnformalien, die mit der eigentlichen Frage und Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und des Gesetzesverstoßes im Wettbewerb nichts mehr zu tun haben.

Derartige Nachteile für rechtstreue Wettbewerber, Verbraucher und den Markt erscheinen weder angemessen noch erforderlich. Der Entwurf sollte daher mindestens dringend an einigen Stellen nachgebessert werden, wenn die zivilrechtliche kollektive Rechtsdurchsetzung weiterhin effizient und schnell funktionieren soll, damit keine Defizite und Lücken bei der Durchsetzung des Verbraucher- und Wettbewerbsrechts entstehen.

Änderungsbedarf:

- 1. § 8b Abs. 2 UWG-E sollte dringend als Vermutungsregel formuliert werden.**
- 2. § 8b Abs. 2 UWG-E: Die in Nr. 4 und Nr. 5 enthaltenen Missbrauchskriterien sollten gestrichen werden.**
- 3. Der Gegenanspruch nach § 13 Abs. 5 UWG-E sollte auf „missbräuchliche“ Abmahnungen begrenzt und der Höhe nach auf die Kosten der Abmahnung gedeckelt werden.**
- 4. Die Berichtspflichten in § 4b UKlaG-E sollten gestrichen bzw. allenfalls anlassbezogen (Auskunftsanspruch bei konkreten Verdachtsmomenten) kodifiziert werden.**

Im Einzelnen:

1. Der Missbrauchstatbestand sollte dringend im Wortlaut als Vermutungsregel abgefasst werden (§ 8b Abs. 2 UWG-E)

§ 8b Abs. 2 UWG-E ist dringendst als widerlegliche **Vermutungsregel** zu formulieren.

Der Regierungsentwurf enthält in § 8b Abs. 2 UWG-E nach seinem Wortlaut Regelbeispiele für missbräuchliche Abmahnungen ohne Exkulpationsmöglichkeit („*Ein missbräuchliche Geltendmachung liegt insbesondere vor, wenn...*“). Angesichts der weitreichenden Rechtsfolgen

einer als „missbräuchlich“ eingestuften Abmahnung und den überaus kritischen, weil wertungsabhängigen Missbrauchskriterien ist aber eine solche Exkulpationsmöglichkeit dringend im Wortlaut vorzusehen. Dies sieht auch der Gesetzgeber so: In der Begründung auf S. 27 heißt es, dass der Anspruchsteller (also der Unterlassungsgläubiger) die Vermutung entkräften kann. Dies würde den Gerichten den erforderlichen Ermessensspielraum geben, um die Regelbeispiele mit Augenmaß auszufüllen. Des Weiteren wäre der Gleichklang mit § 2b S. 2 UKlaG-E gegeben, der vom Gesetzgeber auch gewollt ist.

Vorschlag: § 8b Abs. 2 S.1 UWG-E sollte lauten:

*„Eine missbräuchliche Geltendmachung wird **vermutet**, wenn....“*

2. Einzelne Missbrauchskriterien dringend streichen

Die in § 8b Abs. 2 Nrn. 4, 5 UWG-E enthaltenen Missbrauchskriterien sollten gestrichen werden, da sie die Gefahr zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen auf Nebenschauplätzen bergen, was für eine effektive Rechtsverfolgung von Verstößen hinderlich ist, den Schutz der Verbraucher und Wettbewerber unsicherer und teurer macht.

Die dort vorgesehenen Regelbeispiele (Vermutungstatbestände) betreffen äußerst schwierige Wertungsfragen, die seit Jahrzehnten regelmäßig streitig sind und durchaus innerhalb eines Falles sogar innerhalb des Instanzenzugs von den drei befassen Gerichten (Landgericht, Oberlandesgericht, BGH) unterschiedlich beurteilt werden. Als einfaches, schnelles Kriterium für die Einstufung eines Unterlassungsverfahrens (Abmahnung) als „rechtsmissbräuchlich“ sind sie völlig ungeeignet und unverhältnismäßig. Beide Ziffern sollten als Missbrauchstatbestand dringend gestrichen werden:

a. § 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG-E – Höhe der Vertragsstrafe

Eine missbräuchliche Geltendmachung soll nach § 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG-E vorliegen, wenn „*erheblich überhöhte Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden*“.

Ob eine Vertragsstrafe – die nach der Rechtsprechung wirksam und abschreckend sein soll - angemessen ist, hängt stets vom Einzelfall ab. Nach der Rechtsprechung zu § 12 Abs. 1 S. 1 UWG, die sich nun sinngemäß in § 13 Abs. 1 UWG-E widerspiegelt, sollen verschiedene Umstände bei der Festlegung einer angemessenen Vertragsstrafe berücksichtigt werden. Dazu zählen: Folgen und Schuldhaftigkeit der Zuwiderhandlung, Größe, Marktstärke und Wettbewerbsfähigkeit des Abgemahnten, wirtschaftliches Interesse des Abgemahnten an erfolgten und zukünftigen Verstößen.

Die meisten dieser Kriterien sind nicht objektiv messbar, sondern können seitens des Unterlassungsgläubigers nur geschätzt werden. Die Schuldhaftigkeit (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) dürfte für den Abmahner so gut wie nie im Vorfeld erkennbar sein, da die

Motive und Hintergründe einer Werbemaßnahme nicht bekannt sind. So könnte ein Start-up Unternehmen klein und (noch) marktschwach sein, das Verhalten (z.B. Irreführung über die Gewerblichkeit des Angebots) aber disruptiv und für eine gesamte Branche erhebliche Auswirkungen haben. Es wäre daher möglich, dass ein Unterlassungsgläubiger eine Vertragsstrafe in Höhe von 8.000,- € vorschlägt, die vom Unternehmer auch akzeptiert wird. Ein Gericht könnte dann im Falle einer Zuwiderhandlung bei der Beurteilung, ob die Vertragsstrafe verwirkt ist, den Fokus auf den geringen Umsatz des Unternehmens setzen und eine Vertragsstrafe von 3.000,- € für angemessen ansehen. Eine Vertragsstrafe in Höhe von 8.000,- € dürfte gegenüber einer in Höhe von 3.000,- € als „erheblich überhöht“ angesehen werden. Der Unterlassungsgläubiger wäre damit in einem solchen Fall einem Missbrauchsvorwurf ausgesetzt – mit allen Rechtsfolgen nach § 8b Abs. 3 UWG-E), was nicht gerechtfertigt scheint.

b. § 8b Abs. 2 Nr. 5 UWG-E – Umfang der Unterlassungserklärung

Nach § 8b Abs. 2 Nr. 5 UWG-E soll eine missbräuchliche Geltendmachung auch dann vorliegen, wenn *„eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht.“*

Eine Verbesserung für den Abgemahnten ist durch diese Regelung nicht zu erkennen. Im Gegenteil: Eine solche Regelung birgt das große Risiko, dass selbst eine krasse Wettbewerbsverzerrung nicht zügig ausgeräumt werden könnte, sondern dass – auch die außergerichtlichen – Verfahren zur Unterlassung von Rechtsverstößen für alle Beteiligten aufwändiger und teurer werden. Der Unterlassungsgläubiger ist nach ständiger Rechtsprechung nicht verpflichtet, dem Rechtsverletzer eine vorformulierte Unterlassungserklärung anzubieten. Wenn eine Vermutung dafür besteht, dass eine Abmahnung rechtsmissbräuchlich ist, wenn sie in ihrem Tenor zu weit geht, werden Unterlassungsgläubiger künftig keine Unterlassungserklärung mehr vorschlagen. Der Abgemahnte müsste also in der Folge eine eigene Unterlassungserklärung formulieren, die die Wiederholungsgefahr ausräumt. Im Zweifel wird der Unternehmer Rechtsrat suchen müssen. Bis Einvernehmen über die den Sachverhalt zutreffend erfassende Unterlassungserklärung besteht, dürfte viel Zeit für einen längeren Schriftwechsel vergehen.

Gerade weil die Formulierung des Tenors zu den schwierigsten Bewertungsfragen im Wettbewerbsrecht und damit zur „hohen Kunst“ im UWG gehört, ist es nicht unüblich, dass in einem Prozess ein Gericht den Unterlassungstenor im Verhältnis zur Abmahnung modifiziert. Aus derart unzulänglichen Tenorierungen einen Missbrauch abzuleiten, erscheint bedenklich. Auch hier zeigt sich, dass nicht gezielt und primär schwarze Schafe eingedämmt, sondern alle seriösen Gläubiger aus dem UWG betroffen sind – mit negativen

Folgen für die Rechtsdurchsetzung und einer programmierten Mehrbelastung für die Gerichte.

Vorschlag: § 8b Abs. 2 Nr. 4 *wird gestrichen*
§ 8b Abs. 2 Nr. 5 *wird gestrichen*

3. Der Gegenanspruch in § 13 Abs. 5 UWG-E sollte auf missbräuchliche Abmahnungen beschränkt sein

Der Gegenanspruch nach § 13 Abs. 5 UWG-E ist auf „missbräuchliche“ Abmahnungen zu begrenzen und der Höhe nach auf die Kosten der Abmahnung zu deckeln. Es ist grundsätzlich sinnvoll und richtig, dem Abgemahnten im Falle einer missbräuchlichen Abmahnung einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen zuzusprechen. Deutlich zu weit geht es jedoch, einen Gegenanspruch auch bei „unberechtigten“ sowie formal nicht korrekte Abmahnungen („nicht den Anforderungen des Abs. 2 entsprechende Abmahnungen“) zu kodifizieren und diesen Anspruch in unbegrenzter Höhe zu gewähren.

Dieser Ansatz des Reg-Entwurfs wischt die seit Jahrzehnten aus guten Gründen geübte Praxis beiseite, wonach Gegenansprüche des Abgemahnten bei unberechtigten wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen nur höchst ausnahmsweise und unter strengen Anforderungen gewährt werden.

Die h.M. lehnt eine derart weitgehende Haftung – auch aus c.i.c. – bisher aus übergeordneten Gründen ab. Das größte mit einer solchen Haftungsausweitung verbundene Problem ist das kaum zu vermeidende deutlich erhöhte Verwarnungsrisiko für den Abmahnenden auch bei gewöhnlichen Wettbewerbsverstößen und die daraus resultierende Gefahr der Schwächung dieses Rechtsinstituts. Und damit der im öffentlichen Interesse liegenden Rechtsdurchsetzung im zivilrechtlichen System. Genau diese Schwächung der Rechtsdurchsetzung ist hier aber im Entwurf angelegt.

Die Folgen der im Regierungsentwurf enthaltenen Regelung wären gesteigerte Risiken für den Rechtsdurchsetzer und den Verbraucherschutz in der Praxis. Läuft der Anspruchsteller bei einer „unberechtigten“ Abmahnung Gefahr, mit einem der Höhe nach unbegrenzten Gegenanspruch überzogen zu werden, dann wird der Fokus der Rechtsdurchsetzung im Laufe der Zeit nur auf rechtssichere Fälle beschränkt werden. Mit anderen Worten: Unsichere und ungeklärte Rechtsfragen im Verbraucher- und Wettbewerberschutz werden nicht mehr im erforderlichen Umfang zu Gericht getragen - Gerichtsverfahren sind jedoch auch gerade zur Klärung da, ob das abgemahnte Verhalten wettbewerbswidrig ist oder nicht. An die Stelle von Gerichtsverfahren zur Klärung von Rechtsfragen treten Streitigkeiten über die Einhaltung der im Regierungsentwurf vorgesehenen Formalien einer Abmahnung (§ 13 Abs. 2 UWG-E) und eine unnötige Belastung der Gerichte.

Hinzu kommt, dass gerade bei Abmahnungen durch Verbände eine erhebliche **Diskrepanz zwischen Abmahnpauschale des Verbandes** (in der Regel zwischen 200 und 350,- €) **und dem Gegenanspruch des Abgemahnten** entstehen würden, da sich der Gegenanspruch nach RVG berechnen würde. Je nach Gegenstandswert könnte sich der Gegenanspruch ohne Weiteres auf 1.000,- € belaufen. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschließen, dass ein Unterlassungsschuldner „das Haar in der Suppe“ suchen wird, um einen Gegenanspruch zu generieren. Es sollte daher im Gesetz verankert werden, dass ein etwaiger Gegenanspruch maximal bis zur Höhe der in der Abmahnung geforderten Rechtsverfolgungskosten geltend gemacht werden darf. Eine solche Deckelung ist notwendig, um umgekehrten Missbrauch zu vermeiden bei dem Versuch, sich der Inanspruchnahme bei Rechtsverletzungen zu entziehen.

Die angedachte Regelung ist daher geeignet, die seriöse Rechtsverfolgung erheblich zu erschweren.

Vorschlag: § 13 Abs. 5 sollte lauten

...

*„(5) Soweit die Abmahnung **missbräuchlich ist oder entgegen Abs.4 ein Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend gemacht wird**, hat der Abgemahnte gegen den Abmahnenden einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen.“*

4. Berichtspflichten begrenzen (§ 4b UnterlassungsklagenG)

Die vorgesehenen umfangreichen, jedoch an vielen Stellen unklaren Berichtspflichten für Verbände (§ 4b UKlaG-E) sind erstens zur Eindämmung unseriöser Abmahnungen nicht erforderlich und binden zweitens erhebliche Ressourcen der seriösen verbandlichen Rechtsdurchsetzung. Sie sollten dringend gestrichen oder deutlich vereinfacht werden.

Der Regierungsentwurf sieht umfangreiche, zum Teil bürokratische und aufwändige Berichtspflichten vor, ohne dass ein konkreter Missbrauchsverdacht vorliegt. Sie treffen insbesondere jene Verbände, die eine seriöse Arbeit leisten, die Anforderungen an die Klagebefugnis erfüllen und deshalb in die Liste der qualifizierten Einrichtungen (Verbraucherverbände) bzw. die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände eingetragen sind. Unseriöse Verbände sollten in diese Listen erst gar nicht aufgenommen werden, wenn die Kriterien in § 8 a UWG-E wirksam sind.

Die vorgesehenen generellen Berichtspflichten werden wegen des enormen Aufwands Ressourcen und Arbeitszeit der Verbände in einem Maße binden, das unverhältnismäßig ist. Sie behindern damit die eigentliche Aufgabe der Verbände, zügig und effektiv gegen Rechtsverletzungen vorzugehen.

Zur Eindämmung von Abmahnmissbrauch ist es nicht erforderlich, dass verantwortungsvolle Anspruchsteller anlasslos quasi ein aufwändiges (z.T. 100fache Fallgestaltungen beinhaltendes) „Fahrtenbuch“ vorlegen sollen. Stets erfolgt die inhaltliche Kontrolle der Abmahnfähigkeit durch die Gerichte, die wiederum gemäß § 4 b Abs. 3 UKlaG-E (iVm § 8a Abs. 3 UWG-E) dem BfJ über missbräuchliche Abmahnungen zu berichten haben.

Zudem sind die Berichtspflichten in § 4b UKlaG-E inhaltlich so ungenau aufgeführt, dass Fehler in der Berichterstattung aus Sicht der Wettbewerbszentrale fast vorprogrammiert sind - mit der Folge, dass dann Bußgelder bis zu 100.000 Euro drohen. Diese Sanktionen erscheinen vollkommen unverhältnismäßig.

Zielführender wäre es, dem Bundesamt der Justiz **Auskunftsansprüche** einzuräumen, soweit **konkrete Missbrauchsindizien** gegeben sind.

Vorschlag: § 4 b UKlaG-E sollte lauten:

„Besteht aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ein konkreter Verdacht, dass eine qualifizierte Einrichtung, die in der Liste nach § 4 eingetragen ist, oder ein rechtsfähiger Verband, der in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8 b UWG eingetragen ist, einen Anspruch missbräuchlich geltend gemacht hat, ist das Bundesamt der Justiz befugt, für das vorangegangene Kalenderjahr von dieser Auskunft zu verlangen über

1....

2...

3...

4...

Kontakt:

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V.

Dr. Reiner Münker

Landgrafenstr. 24 B 61348 Bad Homburg

Tel.: 06172-121540

E-Mail: presse@wettbewerbszentrale.de

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V. , Büro Berlin

Jennifer Beal

Nürnberger Straße 49

10789 Berlin

Tel.: 030-3265656

E-Mail: berlin@wettbewerbszentrale.de