

**Stellungnahme
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz**

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines fairen Wettbewerbs (Ref-E)

Vorbemerkung:

Die Wettbewerbszentrale wurde 1912 von Unternehmen der Wirtschaft 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 mehrere tausend Abmahnverfahren wie ebenso mehrere hundert Gerichtsverfahren durch alle Instanzen bis hin zum EuGH. Damit verfügt sie über eine herausragende Erfahrung betreffend die Funktionsweise des zivilrechtlichen Durchsetzungssystems sowie der Stärken und Schwächen des Abmahnverfahrens wie auch der gerichtlichen Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen.

Zum Ref-E:

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 11.09.2018 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung fairen Wettbewerbs veröffentlicht. Ziel des Gesetzesentwurfs ist die *„Eindämmung von Abmahnmissbrauch, ohne die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern.“* Abmahnungen sollen nicht der Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen erfolgen, sondern zur Förderung eines fairen Wettbewerbs im Sinne aller Marktteilnehmer.

Die Wettbewerbszentrale begrüßt ausdrücklich, dass der Gesetzgeber mit einem Gesetzesentwurf dem Missbrauch von Abmahnungen entgegenwirken will.

Nach unserer intensiven Analyse des Ref-E haben wir aber die große Sorge, dass er die Arbeit aller seriösen Anspruchsteller im UWG deutlich erschwert / belastet und mit bürokratischen Hürden befrachtet, ohne tatsächlich gezielt und mit Sicherheit missbräuchliches Geschäftsgebaren unseriöser Verbände und unseriöser (zum Teil eben auch scheinbarer) Wettbewerber auszuschließen.

Der gut gemeinte Referenten-Entwurf schafft zu Recht eine Eintragungspflicht für Wirtschafts- und Wettbewerbsverbände. Diese ist in der hier vorgenommen Ausformung aber einerseits nicht sachangemessen, andererseits noch nicht ausreichend. Es besteht durchaus die Gefahr, dass die wenigen in den letzten Jahren besonders als unseriöse

Abmahnvereine wahrgenommenen Organisationen im Zweifel hier noch Schlupflöcher haben, die Eintragungskriterien formal erfüllen werden und damit ihr „Geschäft“ weiter betreiben können.

Der Entwurf enthält zudem keine wirklich einfach wirksamen und damit angemessenen Instrumente gegen unseriöse Mitbewerber-Abmahnungen. In diesem Bereich bleibt im Grunde die bisherige schwierige Rechts- und Beweislage für Abgemahnte erhalten. Hier werden sich die Einzelfälle wieder im Klein-Klein verlieren und vor Gericht kaum nachhaltig zu Verbesserungen führen können. Dies ist besonders eklatant und misslich, weil auch nach den Zahlen veröffentlichter Umfragen mehrheitlich die Probleme des Abmahnmissbrauchs durch Mitbewerber (in Zusammenarbeit mit Anwälten) verursacht sind.

Der Entwurf verbürokratisiert andererseits bzw. stattdessen die Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im Wege eines Abmahnverfahrens. Dies führt zu erhöhtem Aufwand für alle klagebefugten Gläubiger (insbesondere die seriösen), ggf. neuen Rechtsunsicherheiten zu Lasten auch der Abgemahnten.

Es besteht die große Gefahr, dass hier mit politischem Aktionismus bewährte Rechtsdurchsetzungsmechanismen des zivilrechtlichen Durchsetzungssystems für seriöse Anspruchsteller massiv erschwert werden, ohne dass auch nur ansatzweise nachhaltig das Problem missbräuchlicher Abmahnungen durch einige „falsche“ Anspruchsteller eingedämmt werden wird. Im Einzelnen siehe dazu unten II.

I. Vorschlag der Wettbewerbszentrale

Aufgrund der möglichen Kollateralauswirkungen des bisherigen Ref-E schlägt die Wettbewerbszentrale nach wie vor einen anderen Ansatz vor.

Dabei geht es darum, im Grunde zwei einfache und klare, d.h. aber auch mutige Einschnitte vorzunehmen, die nachhaltig zu einer deutlichen Verbesserung führen werden, ohne die Durchsetzungsmechanismen des gesamten UWG zu beeinträchtigen und seriöse Gläubiger (ob Mitbewerber oder Verbände) einzuschränken.

Nicht in das gesamte Gefüge des UWG soll hier chirurgisch eingegriffen werden. Vielmehr lässt sich das Problem des Abmahnmissbrauchs ganz gezielt auf die Störfälle wie auch auf die „Störer“ begrenzen und ebenso gezielt gesetzgeberisch ausmerzen:

Der hauptsächliche Unmut betrifft ganz fokussiert Abmahnungen im Online-Handel bzw. im Internet. Die weitere Eingrenzung des Problems betrifft die mit den - zum Teil auch unseriösen - Abmahnungen geltend gemachten Vorschriften: es handelt sich stets in der Masse um formale Informations- und Kennzeichnungspflichten rund um den Verbraucherschutz. Beides zusammen lädt ein, hier massenhaft tätig zu werden.

Kern des Problems ist dabei stets nicht, ob die Abmahnung insoweit berechtigt war/ist, also tatsächlich ein Verstoß gegen Verbraucherinformationspflichten gegeben ist oder nicht (die allermeisten Abmahnungen dürften in der Sache materiell-rechtlich angesichts der überbordenden Informationspflichten durchaus berechtigt sein). Beklagt wird vielmehr, dass im Grunde „jeder Hinz und Kunz“ berechtigt ist, als angeblicher Wettbewerber im Internet mit einem Anwalt derartige Verstöße massenweise geltend und damit ein „Geschäft“ zu machen.

Verbände, die offensichtlich massiv ein derartiges Geschäftsmodell fahren, gibt es, sind im Grunde aber an einer Hand abzuzählen. Das größere Problem sind die Abmahnanwälte für einzelne z.T. windige und nur zum Schein agierende „Wettbewerber“.

Aus dieser fokussierten Eingrenzung des tatsächlichen Problems heraus schlagen wir folgende Lösungsansätze vor:

1. Zum Problem unseriöser Verbände:

- Allgemein und umfassend für alle Sachverhalte - Verbandsklagebefugnis nur bei Eintragung in eine Liste mit zielführenderen Voraussetzungen und Pflichten für die Verbände und Überprüfung durch das Bundesamt der Justiz

2. Zum Problem unseriöser Abmahnungen durch Mitbewerber:

- Fokussieren auf den Onlinehandel + Verletzung enumerativ aufzuzählender Informations- und Kennzeichnungspflichten
- In diesem Bereich (Onlinehandel/Internet + Infopflichten) Ausschluss der Abmahnungen durch Mitbewerber (Auch im UKlaG sind heute schon ausschließlich Verbände klagebefugt, Mitbewerber gerade nicht! Dieses Modell sollte unbedingt auch für das UWG nutzbar gemacht werden).

In allen anderen Fällen (bei denen es eben nicht um Formalverstöße im Internet geht) sind auch weiterhin Mitbewerber abmahnbefugt.

Diese beiden Stellschrauben würden **einfach** und **nachhaltig** das Problem der Geschäftemacherei mit Abmahnungen lösen können, ohne das gesamte Wirkungsgefüge des UWG zu beeinträchtigen und ohne eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten zur Klärung unbestimmter Rechtsbegriffe zu provozieren.

Im Einzelnen:

Zu 1. Problem unseriöse Verbände:

Geeignete Kriterien für die Eintragung als „qualifizierter Wirtschaftsverband“

Klare geeignete Kriterien für die Eintragung in die Liste anspruchsberechtigter Verbände sowie Pflichten für die „qualifizierten Einrichtungen“ sind unerlässlich. Die Wettbewerbszentrale hält folgende kumulativ zu erfüllende Eintragungskriterien für notwendig, um das angestrebte Ziel zu erreichen:

- a) Dem Verein muss eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehören, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben
- b) Er muss insbesondere nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sein, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen
- c) Die Mitgliedsbeiträge müssen derart bemessen sein, dass sie den Verband in die Lage versetzen, satzungsgemäß tätig zu werden. Sie dürfen nicht derart niedrig sein, dass sie einen „Schein-Beitrag“ darstellen
- d) Die „Einnahmen“ aus Abmahnpauschalen und Vertragsstrafen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen stehen
- e) Der Verein muss jährlich eine nachvollziehbare Berechnung der geforderten Aufwendungsersatzpauschale vorlegen
- f) Der Verein muss zur Geltendmachung der Ansprüche über eigene Juristen verfügen, die die notwendigen Abmahnungen erstellen
- g) Der Verein soll nicht nur Abmahnungen aussprechen, sondern nachweislich Beratung und Informationen über die Rechtslage erteilen **und**
- h) seine Mitgliederliste jederzeit aktuell veröffentlichen / veröffentlicht halten.

Nur bei Vorliegen aller dieser Kriterien sollte ein Wirtschaftsverband auf seinen Antrag hin in die Liste qualifizierter Wirtschaftsverbände aufgenommen werden. Diese höheren Anforderungen verringern die Zahl der anspruchsberechtigten Verbände und damit die Gefahr von Abmahnungen aus rein finanziellen Erwägungen. Der Referentenentwurf bleibt

im Hinblick auf die Eintragungsvoraussetzungen hinter diesen Erfordernissen zurück, siehe dazu unter II.1.

Zu 2.) unseriöse Abmahnungen durch Mitbewerber:

Anspruchsberechtigung bei bestimmten Informations- und Kennzeichnungspflichten im Online-Bereich

Im Online-Bereich sollte Mitbewerbern die Abmahnbefugnis bei konkret festgelegten Informations- und Kennzeichnungspflichten entzogen werden: Ansprüche auf der Grundlage von § 3a oder § 5a UWG wegen Verstößen gegen konkret genannte und abschließend aufgezählte **gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten** (insbesondere solche rund um die VRRL), sofern diese **im Online-Bereich** stattfinden, sollten ausschließlich von qualifizierten Einrichtungen (in Zukunft eingetragene Verbraucherschutzeinrichtungen und eingetragene qualifizierte Wirtschaftsverbände), die in den jeweiligen Listen eingetragen sind, geltend gemacht werden können. Als Vorbild dafür könnte das UKlaG mit den dort aufgezählten Vorschriften dienen. In diesem klar abgegrenzten Bereich wären dann Abmahnungen durch Mitbewerber ausgeschlossen. Da dies bereits für bestimmte Normen im UKlaG vorgesehen ist, wäre es folgerichtig, dies auch für das UWG vorzunehmen. Eine enumerative Aufzählung der betreffenden Informations- und Kennzeichnungsvorschriften könnte im Anhang zum UWG vorgenommen werden.

Für alle anderen Fälle blieben Mitbewerber dagegen anspruchsberechtigt. Das Problem „Abmahnmissbrauch bei Formalverstößen im Internet“ wäre damit nachhaltig gelöst.

II. Einzelfragen zum Referentenentwurf (UWG-RefE)

Der Gesetzesentwurf ist an den maßgeblichen Stellen nicht Ziel führend und wenig praktikabel. Die wichtigsten Punkte im Einzelnen:

1. § 8a Abs. 2 UWG-RefE – Eintragungskriterien

Die aufgestellten Kriterien, mit denen unseriöse Verbände von der Liste der “qualifizierten Wirtschaftsverbände” ferngehalten werden sollen, sind aus Sicht der Wettbewerbszentrale unpraktikabel und nicht ausreichend. Unseriöse Akteure, die mit dem Abmahnwesen in

Verbindung gebracht werden, würden die Eintragungsvoraussetzungen womöglich selbst erfüllen und somit noch unangreifbarer werden.

- a) **Nr. 1** Das Eintragskriterium „Mitglieder mindestens 50 Unternehmer...“ funktioniert ausschließlich bei Branchen-, Fach- oder Berufsverbände. Nur sie können – zum Zeitpunkt der Eintragung beim Bundesamt der Justiz – eine derartige Zahl von Wettbewerbern auf dem gleichen Markt darlegen und nachweisen.

Wettbewerbsverbände, die branchenübergreifend tätig sind, können im Zweifel eine derartige Anzahl nicht vorweisen: Sie müssten für jede – zunächst einmal zu definierende - Branche (lt. Statistischem Bundesamt gibt es mehrere hundert verschiedene Branchen) 50 Wettbewerber als Mitglieder nachweisen. D.h. dass zum Teil vor Eintragung in die Liste hunderte von Branchen definiert und sodann für jede Branche eine Klagebefugnis festgelegt oder abgelehnt würde. Dies wäre bürokratisch, im Zweifel angreifbar sowie abstrakt und unabhängig vom Einzelfall nicht leistbar.

Zudem gibt es Branchen, in denen sich nicht einmal 50 Wettbewerber finden lassen (z.B. Airlines, Telekommunikationsanbieter, Drogeriemärkte oder Baumärkte).

Nach dem jetzigen Wortlaut besteht daher insgesamt die Gefahr, dass seriöse Wettbewerbsverbände außen vor, unseriöse Verbände, die sich lediglich auf ein bestimmtes Feld konzentrieren, entgegen der gesetzgeberischen Intention in die Liste aufgenommen werden könnten.

In dieser Form ist daher das Eintragskriterium der Nr.1 dringend überarbeitungsbedürftig. Zielführend wäre es, wenn im Rahmen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG – wie bisher auch – im konkreten Einzelfall überprüft wird, ob ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Mitgliedsunternehmen und dem Verletzer vorliegt.

- b) **Nr. 3** Die in § 8 a Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE genannten Kriterien sind grundsätzlich richtig und heute von der Rechtsprechung anerkannt. Dass jedoch allein die Verlagerung der Prüfung dieser Kriterien vom Gericht auf das Bundesamt für Justiz den Abmahnmissbrauch eindämmen kann, erscheint zweifelhaft. Die Eintragungsvoraussetzungen sind hier abstrakt und ohne konkrete Prüfungsanhaltspunkte normiert, sodass unklar bleibt, wie und wonach das Bundesamt die Nr. 3 a und 3 b prüfen und bewerten soll. Dies ist schon der Rechtsprechung bisher enorm schwergefallen.

Wichtig wäre hier, konkrete Indizien zu nennen, zu denen sich ein Verband erklären muss. So z. B. das Verhältnis der Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen und anderen Einnahmequellen (z.B. Informationsdienstleistungen) zu den „Einnahmen“ aus der Rechtsverfolgung zu setzen. Der Mitgliedsbeitrag sollte in angemessener Höhe erhoben werden und über die Kosten einer reinen Mitgliederverwaltung hinausgehen. Nur dann kann die Anforderung, dass der Verein auch in der Lage sein muss, Prozesse zu führen, auch erfüllt werden. Erst anhand derart konkreter Kriterien ist dem Amt eine Prüfung erst möglich.

- c) **Nr. 4** Das Eintragungskriterium, wonach die „Personen, die für den Verein tätig sind, nicht durch unangemessen hohe Vergütungen begünstigt werden“, ist ein völlig unangemessener Eingriff in die Verbandsautonomie und letztlich als Indiz für ein unseriöses und missbräuchliches Tätigwerden ungeeignet. Dieser Passus ist daher strikt abzulehnen.

Im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzes wäre die Verpflichtung zu konkreten und detaillierten Angaben in Bezug auf Mitarbeiter-(Geschäftsführer-)einkommen unverhältnismäßig. Eine Behörde sollte nicht darüber befinden, welche Gehälter für welche Berufsgruppe angemessen sind. Nach welchem Maßstab sollte sie überhaupt agieren? Die Höhe der Vergütung für angestellte Volljuristen in einem spezialisierten Rechtsbereich ist im Übrigen als Indiz für eine unseriöse und missbräuchliche Tätigkeit eines Verbandes vollkommen ungeeignet. Vielmehr spricht eine gute Vergütung gut ausgebildeter spezialisierter Juristen eher für ein seriöses Geschäftsgebaren eines Wettbewerbsverbandes als die Anstellung günstiger Nicht-Juristen, die allein „Allerwelts“-Abmahnungen massenhaft ausschicken, wie dies bei manchen schwarzen Schafen zu beobachten ist. Schwarzen Schafe könnten die Offenlegung von Vergütungen zudem umgehen durch andere „Zuwendungen“. Auch insoweit ist die geplante Norm nicht geeignet als Eintragungskriterium.

Zudem können wichtige Gründe des Datenschutzes gegen eine Offenlegung von Vergütungen sprechen, zumindest soweit die natürliche Person identifizierbar sein würde.

Dieser Ansatz im Ref-E ist letztlich weder erforderlich noch geeignet, um das Ziel „Eindämmung des Abmahnmissbrauchs“ zu erreichen. Es gibt andere wirkungsvollere Kriterien, die als Eintragungsvoraussetzung dienen sollten (siehe Vorschlag Wettbewerbszentrale) und die als milderes Mittel ein Eingreifen in datenschutzrechtliche Belange einzelner Individuen und die Verbandsautonomie nicht erfordern.

d) Dringend erforderliche weitere Eintragungskriterien

Die im Ref-E genannten Eintragungsvoraussetzungen sind aus Sicht der Wettbewerbszentrale insgesamt noch nicht ausreichend, um „die Spreu vom Weizen“ zu trennen. Um nachhaltig unseriöse Verbände auszuschließen, schlägt die Wettbewerbszentrale konkrete und strengere Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände vor. Siehe dazu im Einzelnen oben I.1.

2. § 8b Abs. 2 UWG-RefE - Verbot missbräuchlicher Geltendmachung von Ansprüchen

Nr. 1 Die Norm ist nicht wirklich geeignet, die Rechtslage für Abgemahnte nachhaltig zu verbessern und somit missbräuchlichen Abmahnungen entgegen zu wirken. Die neu vorgesehene Vermutungsregel bringt nur auf den ersten Blick eine Erleichterung. In der Praxis wird jeder kleine abgemahnte Gewerbetreibende jedoch nach wie vor die in den Ziffern 1 bis 5 normierten Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutung darlegen und beweisen müssen. Das bringt bürokratischen Aufwand und Prozessrisiken.

Nr. 2 Diese vorgeschlagene Regelung übersieht, dass der Streitwert nicht von den Parteien selbst, sondern stets vom Gericht festgesetzt wird. Es geht allerdings nicht an, dem Kläger einen durch das Gericht zu hoch festgesetzten Streitwert als Missbrauch anzulasten. Die Bezugnahme auf Streitwerte sollte daher dringend gestrichen werden.

Der Gegenstandswert ist nur bei Abmahnungen von Mitbewerbern relevant, da der abmahnende Rechtsanwalt seine Vergütung nach dem Gegenstandswert (RVG) berechnet. Verbände machen ihre Aufwendungen für die Rechtsverfolgung unabhängig vom Streitwert als Pauschale geltend, die in der Regel erheblich unter den Kosten für eine „Mitbewerber-Abmahnung“ liegt. Um Transparenz zu schaffen sollte die Norm daher ausdrücklich auf Mitbewerberabmahnungen eingegrenzt werden, um Verwirrungen zu vermeiden. Zu bedenken gilt es auch hier, dass der Abgemahnte zu Gericht gehen muss, um Missbrauch vorzutragen. Er trägt somit ein erhebliches Risiko und muss entsprechenden Aufwand betreiben.

Nr. 3 Ob eine Vertragsstrafe – die nach der Rechtsprechung wirksam und abschreckend sein soll - angemessen ist, hängt stets vom Einzelfall ab. Daher enthält die Regelung gerade nicht ein für den Abgemahnten klares und einfaches Indiz eines Missbrauchs. Sie wird vielmehr dazu führen, dass in einer Vielzahl von Einzelfällen Gerichte entscheiden müssten,

ob die im Einzelfall vorgeschlagene Vertragsstrafe als „unangemessen hoch“ zu bewerten ist oder nicht. Es würde voraussichtlich eine Prozesslawine mit unsicherem Ausgang entstehen. Ob dies im Interesse klein- und mittelständischer Unternehmen ist, bleibt fraglich.

Nr. 4 geht von einem Missbrauch aus, wenn „eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht“. Eine solche Regelung würde dazu führen, dass – auch die außergerichtlichen – Verfahren zur Unterlassung von Rechtsverstößen für alle Beteiligten aufwendiger und teurer werden.

Der Unterlassungsgläubiger ist nach ständiger Rspr. 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 vorgeben. 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. Eine Verbesserung für den Abgemahnten ist nicht zu erkennen.

Gerade weil die Formulierung des Tenors zur „hohen Kunst“ im UWG gehört, ist es auch nicht unüblich, dass im Falle eines Prozesses ein Gericht den Unterlassungstenor im Verhältnis zur Abmahnung modifiziert. Man denke nur an die Fälle der Lockvogelwerbung, in denen immer wieder fraglich ist, wie weit der Unterlassungstenor gehen darf: nur auf das konkrete Produkt bezogen (dann wäre die Unterlassungserklärung sehr leicht zu umgehen), oder bezogen auf die Warengattung oder auf das gesamte Sortiment (das dürfte in der Tat zu weit gefasst sein)? 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 den entsprechenden negativen Folgen für die Rechtsdurchsetzung. Das will der Referentenentwurf aber ausdrücklich nicht (vgl. RefE Seite 1, unter A.).

3. § 13 UWG-RefE Abmahnung, Unterlassungsverpflichtung, Haftung

b) Abs. 2 Nr. 5

Die Vorschrift schreibt für bestimmte Anspruchsberechtigte (Mitbewerber und Wettbewerbsverbände) eine Aufklärungspflicht vor, wonach in der Abmahnung dargelegt werden soll, aus welchem Grund der Anspruch nach Abs. 4 (Ausschluss des Aufwendungsersatzes) nicht greift. Ob der Abgemahnte die Vorschrift versteht, mag dahin gestellt bleiben, da ein juristischer Laie vermutlich eine andere Definition von „erheblich“ haben wird als ein Wettbewerbsjurist bzw. Richter. Im Zweifel wird der Abgemahnte die Abmahnung als „ungerecht“ oder den Verstoß als „unerheblich“ einstufen, mit der Folge, dass zur Klärung der Gerichtsweg beschritten werden muss, welches auch für den Abgemahnten ein erhebliches Kostenrisiko birgt. Die Vorschrift ist also durchaus geeignet, den Abgemahnten „auf die falsche Spur“ zu setzen und sollte gestrichen werden.

b) Abs. 4 – Ausschluss des Aufwendungsersatzes

Die Vorschrift normiert zwei Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen der Aufwendungsersatz ausgeschlossen ist. Das klingt auf den ersten Blick verlockend, aber auch hier steckt der Teufel wieder im Detail und wird angesichts des vollkommen unbestimmten Merkmals in Nr. 1 (Beeinträchtigung in „nur unerheblichem Maße“) im Ergebnis zu zahlreichen Gerichtsverfahren führen und damit zu erhöhten Prozessrisiken des Abgemahnten.

Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang vermerkt, dass bereits nach materiellem Recht hinreichender Schutz mit der gleichen Zielrichtung besteht, denn:

- nach § 3 Abs. 2 UWG müssen unlautere Handlungen gegenüber Verbrauchern geeignet sein, deren Verhalten wesentlich zu beeinflussen
- nach § 3a UWG müssen Verstöße geeignet sein, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen
- irreführende Handlungen nach § 5 UWG sind nur dann unlauter, wenn sie geeignet sind, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Dass die nun geplante Norm Verbesserungen bringt, d.h. ob eine Vielzahl der abgemahnten Verstöße als nur „unerhebliche Beeinträchtigung“ gewertet werden kann, dürfte aber außerordentlich zweifelhaft sein. Nach ständiger Rechtsprechung und den führenden UWG-Kommentaren indiziert ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel regelmäßig auch eine Beeinträchtigung der durch die Marktverhaltensregel geschützten Interessen. Hinzu kommt, dass nach europäischem Recht, jede Verletzung der im Gemeinschaftsrecht

festgelegten Informationspflichten in Bezug auf die kommerzielle Kommunikation als „wesentlich“ gilt (Art. 7 Abs. 5 UCP-RL). Die Zahl der BGH-Entscheidungen, in denen ein Verstoß gegen Marktverhaltensregelungen (auch Informations- und Kennzeichnungspflichten) als nicht oder nur unerheblich beeinträchtigend eingeordnet worden ist, dürfte an einer, vielleicht an zwei Händen abzuzählen sein. Wie bereits angemerkt, wird diese „Hilfe“ des Gesetzgebers den Abgemahnten leicht auf die „falsche Spur“ setzen und er einen Rechtsstreit riskieren in der falschen Hoffnung, sein Verstoß werde als „nur unerheblich“ eingeordnet. Die Vorschrift unter Nr. 1 wird daher zu weiteren Rechtsstreitigkeiten führen. Sie gibt damit auch dem Abgemahnten „Steine statt Brot“, weil er sich ggf. auf einen Rechtsstreit einlassen muss zur Klärung der Frage, ob der Verstoß unerheblich ist.

Für die mit der Nr. 1 kumulativ verknüpften Regelung unter Nr. 2 bestehen aufgrund dieser Verknüpfung die gleichen Bedenken. Sie greift ein bei Vorliegen der Nr. 1, bleibt damit ebenso unklar und führt dadurch zur Rechtsunsicherheit. Die ohnehin unbestimmten Rechtsbegriffe „nur in unerheblichem Maße beeinträchtigt“ werden noch etwas unschärfer durch den in Nr. 2 verwendeten Begriff der „gleichartigen“ Verstöße. Was ist darunter zu fassen?

§ 13 Abs. 4 bringt daher für alle Beteiligten – insbesondere auch für den Abgemahnten - Nachteile in Form von Rechtsunsicherheit. Erst die Gerichte könnten hier im jeweiligen Einzelfall Klärung bringen, ob der Verstoß unerheblich und der Aufwendungsersatz ausgeschlossen ist. Der Abgemahnte müsste sich auf einen Rechtsstreit einlassen zur Klärung der Frage, ob der Verstoß unerheblich ist und er daher keinen Aufwendungsersatz entrichten muss.

Eine zielführende und leichte Lösung gegen Abmahnmissbrauch kann so schwerlich erreicht werden.

Darüber hinaus ist zu kritisieren, dass Abmahnungen von qualifizierten Verbraucherschutzeinrichtungen nicht von dieser bisher geplanten Norm betroffen sein sollen. Dies ist eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung der Wirtschaftsverbände. Richtigerweise sollte der Ausschluss der Abmahnkosten für die hier definierten Fälle gezielt auf die Mitbewerber-Abmahnungen beschränkt werden. Indem im Gesetzestext die Worte „oder Nr. 2“ gestrichen werden, wäre sichergestellt, dass auch bei von der EU-Kommission als erheblich angesehenen Verstößen gegen Verbraucherrechte weiterhin eine private Rechtsdurchsetzung mittels der (dann ja eingetragenen!) Einrichtungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 Ref-E möglich bleibt. Dies ist auch sinnvoll, da ein Verband ein Interesse daran hat, kollektive Verstöße, die eine Vielzahl von Marktbeteiligten treffen, auszuräumen. Bei einem Mitbewer-

ber stellt sich hingegen die Frage, wo sein maßgebliches Interesse daran liegt, kleinere Verstöße seiner Mitbewerber gegen verbraucherschützende Normen (wie z. B. Fehler in der Widerrufsbelehrung) mit in der Regel teuren „Anwalts-Abmahnungen“ zu verfolgen.

c) Abs. 5 Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten

Richtig ist, dem Abgemahnten im Falle einer unzulässigen Abmahnung einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen zuzusprechen. Diese Vorschrift soll zum Einen unseriöse Abmahner abschrecken und zum Anderen den Abgemahnten in Fällen unzulässiger Inanspruchnahme entlasten. Diese Zielrichtung unterstützen wir. Der Begriff der „unberechtigten“ Abmahnung ist allerdings nicht scharf umrissen und eignet sich daher nicht als Tatbestandsmerkmal für einen Gegenanspruch. Wir schlagen vielmehr vor, den bereits im Gesetzesentwurf verwendeten und beschriebenen Begriff des Missbrauchs zu verwenden, so dass im Ergebnis das Wort „unberechtigt“ durch „missbräuchlich im Sinne des § 8 b“ ausgetauscht werden sollte. Dies schafft für alle Beteiligten Rechtssicherheit.

4. § 13a UWG Ref-E Vertragstrafe

Abs. 2 Fraglich ist, ob mit der Höchstvertragsstrafe Kleingewerbetreibenden und Startups in der Praxis geholfen wird. Die Rechtsprechung zu Informationspflichten und Formaltatbeständen ist streng und lässt kaum den Einwand des Bagatell-Tatbestandes zu. Die auf dem Papier suggerierte Erleichterung für den Abgemahnten wird also gerade nicht eintreten – vielmehr werden viele Einzelfälle vor Gericht geklärt werden müssen, was auch zu Lasten der Wirtschaft bzw. der klein- und mittelständischen Unternehmen geht.

Abs. 3 legt eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe fest, wenn zuvor die Vertragsstrafe unangemessen hoch vereinbart worden ist. Auch hier stellt sich die Frage der praktischen Relevanz. Bei Kleingewerbetreibenden und Nicht-Kaufleuten besteht schon jetzt eine entsprechende Herabsetzungsmöglichkeit durch das Gericht (§ 343 BGB). Nach der Gesetzesbegründung auf S. 27 soll zwar mit der Regelung erreicht werden, dass die Vertragsstrafe nicht erst durch Urteil herabgesetzt werden muss. Besteht allerdings Streit darüber, ob die Vertragsstrafe vorher unangemessen hoch war, muss selbstverständlich auch weiterhin ein Rechtsstreit geführt werden.

Abs. 5 Die geplante Vorschrift schafft eine Kostentragungspflicht des Unterlassungsgläubigers im Unterlassungsklageverfahren, wenn mit der Abmahnung eine unan-

gemessen hohe Vertragsstrafe vereinbart wurde (zumindest nach der Begründung soll dies so sein, beim Wortlaut müsste noch nachgebessert werden). Dieser Vorschlag ist allerdings aus mehreren Gründen als problematisch anzusehen. Zum einen kann der Unterlassungsgläubiger das Risiko der Kostentragungspflicht dadurch leicht vermeiden, dass mit der Abmahnung ein Vertragsstrafeversprechen nach sogenanntem „Neuem Hamburger Brauch“ verlangt wird. Die Vorschrift könnte also ausgehöhlt werden, obwohl es gerade bei schweren Verstößen großer Unternehmen oder bei hartnäckigen Wiederholungstätern sinnvoll wäre, mit hohen Vertragsstrafeversprechen zu arbeiten, um die gewollte Abschreckwirkung zu erreichen.

Zum anderen könnte diese Regelung vom Rechtsverletzer missbraucht werden. Dazu ein Beispiel: Ein Wettbewerbsverband mahnt ein großes Portal ab, das bereits mehrfach auf unterschiedliche Weise gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hat. Der Verband entscheidet sich bewusst gegen den „Hamburger Brauch“ und verlangt die Abgabe einer Unterlassungserklärung mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 20.000,- €. Der Rechtsverletzer reagiert nicht, der Verband klagt den Unterlassungsanspruch ein. Vor Gericht teilt der Rechtsverletzer mit, dass er den Anspruch anerkennt. Man habe zuvor auf die Abmahnung nicht reagiert, da die verlangte Vertragsstrafe unangemessen hoch gewesen sei. Käme ein Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Vertragsstrafe in Höhe von 15.000,- € angemessen gewesen wäre, würde der Rechtsdurchsetzer – trotz Obsiegens in der Sache – auf den Kosten des Verfahrens sitzen bleiben, obwohl sein Einschreiten dazu geführt hat, dass ein erheblicher Verstoß ausgeräumt wurde – das wäre in keiner Weise sachgerecht.

Aufgrund der Missbrauchsanfälligkeit der Norm sollte die Regelung in § 13 a Abs. 5 ersatzlos gestrichen werden, da sie Rechtsverletzer in nicht nachvollziehbarer Weise privilegiert.

III. Fazit

Insgesamt kann festgestellt werden, dass der Ref-E durchaus gute Ansätze enthält, aber die große Gefahr besteht, dass er aufgrund der zahlreichen detaillierten und dennoch unbestimmten Regelungen nicht wirklich zu einer einfachen und damit nachhaltigen Lösung des Problems des Abmahnmissbrauchs führt. An vielen Stellen werden unseriöse Mitbewerber ihr Abmahngeschäft munter weitertreiben können, da zunächst erneut der Abgemahnte das Risiko trägt, die vielen kleinen Einwendungen in den §§ 8b, 13, 13a darzulegen und ein entsprechendes positives Gerichtsurteil zu erhoffen. Vielfach werden den Abgemahnten hier „Steine statt Brot“ gereicht. Gleichzeitig – und dies ist besonders

misslich – werden den seriösen Unterlassungsgläubigern und damit dem gesamten Rechtsdurchsetzungssystem des UWG insgesamt bürokratische Hürden aufgezwungen.

So dürfte die Abmahn-Problematik in der Praxis zwar punktuell angegangen werden, insgesamt jedoch weiter auf der Agenda der Onlinehändler bleiben.

Wir plädieren daher weiterhin für eine einfache und klare Lösung, wie wir sie oben unter I. vorgeschlagen haben.

Bad Homburg, Sept. 2018