

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

### **Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs Referentenentwurf vom 11.09.2018**

#### **A. Allgemeine Einführung**

Die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung und das Instrument der Abmahnung dienen der schnellen und effektiven Beendigung von Wettverstoßen und sind daher im Grundsatz sehr gut. Die Abmahnung ist aber seit langem durch Rechtsmissbrauch durch unseriöse Abmahner, die diese zur eigenen Einnahmenerzielung nutzen, in Verruf geraten. Vor allem kleine Online-Händler leiden unter dem Abmahnmisbrauch, aber nicht nur diese, sondern auch viele andere Branchen sind betroffen. Lange waren es vor allem angebliche Mitbewerber, die mit Hilfe von Anwälten serienweise Kleinstverstöße abmahnten. In den letzten Jahren sind aber wieder vermehrt einzelne Verbrauchervereine sowie Wettbewerbsvereine auffällig geworden. Dies war der Anlass dafür, dass zehn Wirtschaftsverbände 2017 unter Federführung des Deutschen Industrie- und Handelskammertages konkrete Lösungsvorschläge unterbreitet haben (<https://www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/wettbewerbsrecht-immaterialqueterrecht/wettbewerbsrecht-uwg/uwg/abmahnmisbrauch>). Die Bedeutung des Themas, die große Betroffenheit der Unternehmer und der gesetzgeberische Handlungsbedarf sind nicht zuletzt durch die zahlreichen Unterstützer der Online-Petition an den Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages im Frühjahr 2018 deutlich geworden. Ebenso die aktuelle Unternehmerbefragung von Trusted Shops, die im Sommer 2018 stattgefunden hat und an der sich ca. 3.000 Unternehmer beteiligt haben, stützen dieses Anliegen. Es ist daher sehr erfreulich, dass die Bundesregierung nun den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs vorgelegt hat, mit dem der Abmahnmisbrauch eingedämmt und damit die Abmahnung und das privatrechtliche Durchsetzungssystem gestärkt werden soll. Wichtig ist aus Sicht der Wirtschaft, dass nicht punktuell nur Abmahnungen wegen Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) angegangen werden, sondern eine

Lösung für das Problem des Abmahnmissbrauchs insgesamt gesucht wird. Die in dem Gesetzentwurf gefundenen Lösungsansätze sind im Grundsatz positiv zu bewerten. Nachbesserungsbedarf besteht allerdings in Details und insbesondere in Hinblick auf die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe.

## **B. Anmerkungen zu Einzelnormen**

### **§ 8 Abs. 3 Ziff. 1 UWG-E: Klagebefugnis Mitbewerber**

Bisher reichte es aus, einfach Mitbewerber zu sein. Dieser Begriff wurde zudem durch die Rechtsprechung teilweise sehr weit ausgelegt. Nun ist nur noch derjenige Mitbewerber abmahnbefugt, der „in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt“.

Dies ist ein wichtiger Ansatzpunkt, vor allem in Kombination mit der Darlegungslast in § 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG-E. Auf diese Weise wird Abmahnungen durch „Fake-Shops“, die nur zum Zwecke der Abmahnung gegründet oder vorgetäuscht werden, ohne dass dort tatsächlich etwas verkauft wird, ein Riegel vorgeschoben. Z. B. Shops, die nur einzelne Produkte zahlreicher Produktkategorien anbieten, um in möglichst vielen Warengruppen ein Wettbewerbsverhältnis zu begründen, und die nicht nachweisen können, dass sie Umsätze im jeweiligen Bereich tätigen, werden künftig nicht mehr abmahnen können. Das ist folgerichtig, da derartige Shopbetreiber durch Rechtsverstöße eines anderen Shops, zu dem sie nicht wirklich im Wettbewerb stehen, auch nicht in ihrem Wettbewerb beeinträchtigt werden. Nur wer „echter“ Wettbewerber ist, kann ein berechtigtes Interesse daran haben, dass der Rechtsverstoß abgestellt wird. Sinnvoll erscheint es, § 8 Abs. 3 Ziff. 1 um „und nicht nur gelegentlich“ zu ergänzen, damit auch solche Fälle erfasst werden, in denen ein Shop mit großem und verschiedenartigem Sortiment kurzfristig aufgebaut wird, um daraus die Abmahnbefugnis herzuleiten. Zum Teil wird außerdem angeregt, als weiteres Schärfungselement noch eine zeitliche Komponente aufzunehmen und in § 8 Abs. 3 Ziff. 1 einzufügen „zum Zeitpunkt der Abmahnung seit mindestens einem Jahr...“.

### **§§ 8 Abs. 3 Ziff. 2, 8a UWG-E: Klagebefugnis qualifizierter Wirtschaftsverbände**

Bisher war es für ein von einem Wettbewerbsverein abgemahntes Unternehmen äußerst schwierig, erkennen zu können, ob der Wettbewerbsverein tatsächlich abmahnbefugt war und z. B. eine erhebliche Zahl von Mitbewerbern aus demselben Bereich als Mitglieder hatte. Selbst auf Nachfrage wurde dies von Vereinen häufig nicht offengelegt. Vielmehr wurde darauf verwiesen, dass die Offenlegung erst im Gerichtsverfahren erfolge. Auf ein Gerichtsverfahren wollen es aber gerade abgemahnte Kleinstunternehmer aus Kosten- und Risikogründen nicht ankommen lassen. Selbst bei Vorlage einer Mitgliederliste vor Gericht war es für Abgemahnte und Gerichte schwierig, die Echtheit dieser Mitgliedschaften und die

Wettbewerbereignis der angeblichen Mitglieder festzustellen. Dies wird nun durch die Einführung einer Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände erleichtert.

Die Zuständigkeit für die Prüfung der Ersteintragung und für die fortwährende Kontrolle beim Bundesamt für Justiz (BfJ) erscheint richtig, da dort bereits Erfahrungen mit dem vergleichbaren Verfahren bei der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach UKlaG bestehen. Wichtig ist aber, dort die Kapazitäten und das „Branchen-Know-How“ entsprechend anzupassen. Vor allem in der Anfangsphase sollte es einen Erfahrungsaustausch mit DIHK/IHKs und Verbänden geben, die die Problematik aus ihrer Beratungspraxis seit langem kennen. Solche Gespräche können jedenfalls zur Sensibilisierung für Aspekte und Indizien beitragen, die auf missbräuchliche Abmahnungen hindeuten können. Sinnvoll wäre es außerdem, dem DIHK und der regionalen IHK am Sitz des antragstellenden Vereins jeweils vor der Eintragung die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Risiko einer fehlerhaften Eintragung besteht nämlich darin, dass „Schwarzen Schafen“, die es in die Liste hineingeschafft haben, Abmahnungen leichter gemacht werden, weil es bei einer solchen Eintragung noch schwieriger als bisher sein wird, als Abgemahnter dem Verein Rechtsmissbrauch nachzuweisen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass Richter bei Vorliegen einer Eintragung Rechtsmissbrauch gar nicht mehr prüfen. Zudem hat sich in der Vergangenheit in Zusammenhang mit den qualifizierten Einrichtungen/Verbraucherschutzvereinen gezeigt, dass es äußerst schwer ist, Vereine wieder aus der Liste herauszubekommen. Möglicherweise bieten aber die jetzt neu eingeführten Berichtspflichten der Vereine und die Zwangsmittel des BfJ bessere Chancen als bisher.

Wichtig ist, dass Vereine nicht ausschließlich abmahnen, sondern dass sie auch zum Wettbewerbsrecht beraten und informieren. Dies wird in § 8a Abs. 2 S. 1 so formuliert. In der Begründung sollte dazu ausgeführt werden, dass es hierfür nicht ausreicht, auf einer Internetseite einige Informationen bereit zu halten und einen Flyer oder eine Broschüre zur Verfügung zu stellen.

Die in § 8a UWG-E aufgestellten Kriterien für die Eintragung als qualifizierter Wirtschaftsverband erscheinen nur zum Teil geeignet, unseriöse Vereine aus der Liste herauszuhalten und gleichzeitig seriöse Vereine nicht übermäßig bürokratisch zu belasten. Hier besteht noch Änderungsbedarf.

### **Ziff. 1: Mitgliederzahl**

Es erscheint zweifelhaft, ob eine fest vorgegebene Mindestmitgliederzahl pro Branche geeignet ist. So mag es Branchen geben, in denen es gar nicht 50 Mitbewerber oder 5 Branchenverbände gibt – das hieße, dass in einer solchen Branche Abmahnungen durch Vereine gar nicht möglich wären. Dies ist nicht angemessen. Branchenübergreifende Wettbewerbsvereine werden hierdurch faktisch unmöglich gemacht. Das eigentliche Anliegen, das

hinter der Konkretisierung der bisherigen Regelung „eine erhebliche Zahl von Mitbewerbern“ steht, ist es, dass nicht mit einer minimalen Anzahl von Mitgliedern eine große Zahl von Abmahnungen gerechtfertigt werden soll. Letztlich kommt es darauf an, ob im Wettbewerbsverein die Branche repräsentativ vertreten ist. Auch wenn wir an anderer Stelle kritisieren, dass unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, sehen wir an dieser Stelle die Notwendigkeit einer unbestimmteren Formulierung. Die Einschätzung, was eine im Bezug auf die jeweilige Branche erhebliche und repräsentative Zahl von Mitgliedern ist, müsste dann das BfJ treffen. Um das beurteilen zu können – aber auch generell im Bezug auf den Nachweis der Mitglieder –, benötigt das BfJ auch verifizierbare Mitgliederlisten, die zumindest stichprobenartig durch das BfJ überprüft werden müssten. So ist zu kontrollieren, ob die dort aufgeführten Unternehmen tatsächlich (noch) existieren, ob die Branchenzuordnung richtig erfolgt ist, dass keine Doppelnennungen enthalten sind, dass die Mitgliedschaft tatsächlich besteht (oder ob die aufgelisteten Unternehmen zum Teil gar nicht von ihrer Mitgliedschaft wissen).

### **Ziff. 3: personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung**

Gut wäre es, wenn noch ein wenig ausführlicher erläutert würde, was unter der erforderlichen personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zu verstehen ist. Soweit möglich, sollte das im Gesetzestext selbst erfolgen, zumindest aber in der Begründung. Hilfreich wäre es außerdem, die Definitionen aus der Begründung in den Gesetzestext zu übernehmen: „Eine ausreichende personelle Ausstattung liegt vor, wenn er Mitarbeiter beschäftigt, die die Qualifikation zur Information und Beratung im Lauterkeitsrecht besitzen und Verstöße abmahnen können. Die finanzielle Ausstattung muss ausreichend sein, um lauterkeitsrechtliche Fragen auch gerichtlich über mehrere Instanzen klären zu lassen.“

Bei der **personellen** Ausstattung sollte ein im Verein angestellter Jurist nachgewiesen werden müssen, der in der Lage ist, Abmahnungen ohne externe Unterstützung durch einen Rechtsanwalt auszusprechen und Beratungen durchzuführen.

Insbesondere bezüglich der **finanziellen** Ausstattung sollte auch die Herkunft der Gelder offengelegt werden müssen. Dies ist zusätzlich relevant für die Berichtspflichten nach **§ 4b UKlaGE**. D. h. hier ist es nicht ausreichend, nur die Einkünfte aus Aufwendungsersatz aus Abmahnungen, Erstattung von Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung und Vertragsstrafen offenlegen zu lassen, sondern auch deren Verhältnis zu anderen Einkünften, z. B. aus Mitgliederbeiträgen, Beratungen und anderen Dienstleistungen.

Die finanzielle Ausstattung hängt im Wesentlichen an den Mitgliedsbeiträgen. Hier sollte ein Nachweis gefordert werden, dass tatsächlich Mitgliedsbeiträge erhoben und gezahlt werden und dass diese nicht so niedrig sind, dass sie die Funktionsfähigkeit des Vereins nicht si-

herstellen können. Kostenlose Mitgliedschaften oder so niedrige Mitgliedsbeiträge, die darauf hinweisen, dass diese für die Finanzierung des Vereins unerheblich sind und dieser dementsprechend andere Einnahmequellen in Form von Abmahnkosten/Vertragsstrafen benötigt, dürfen nicht ausreichen. Jedenfalls müssen die verschiedenen Einnahmequellen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, insbesondere die Mitgliedsbeiträge zu den Einnahmen aus Abmahnkosten und Vertragsstrafen. Dementsprechend sollte **3b)** formuliert werden. Aus der bisherigen Formulierung „vorwiegend geltend macht“ wird dies nicht ausreichend deutlich.

Die unter **3a)** geforderte Prognose, ob die satzungsmäßigen Aufgaben **auch künftig** dauerhaft erfüllt werden können, halten wir für nicht objektiv feststellbar, schwer justizierbar und letztlich nicht sachdienlich. Es kommt darauf an, dass der Verein auf der Grundlage seiner Ausstattung in der Lage ist, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Beratung, Information und der Verfolgung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Interessen tatsächlich zu erfüllen. Darauf sollte dieser Absatz reduziert werden.

Schon bei der Eintragung sollte die Höhe der Aufwendungsersatzpauschale rechnerisch belegt und durch das BfJ überprüft werden müssen.

#### **Ziff. 4: Vergütung**

Was eine unangemessen hohe Vergütung ist, ist schwierig zu beurteilen und sehr auslegungs- und streitanfällig. Uns ist allerdings bewusst, dass man hier nur schwer an Tarife anknüpfen kann. Zudem bieten sich über Zusatzzahlungen außerhalb des eigentlichen Gehalts Manipulationsmöglichkeiten. Es ist zu überlegen, dieses Kriterium zu streichen, aber im Zusammenhang mit den Mitteilungspflichten zu den Finanzen die Pflicht aufzustellen, dass der Verein seine Jahresabrechnungen vorlegen muss, ggf. verifiziert durch Steuerbescheide. Daran würde auch deutlich werden, ob Gelder an verbundene oder sonstige (inhabergleiche oder -ähnliche) Unternehmen abfließen.

#### **§ 8b UWG-E: Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen**

Schon bisher gab es in § 8 Abs. 4 UWG das Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen, aber in Gerichtsverfahren kam diese Norm aufgrund von Beweisschwierigkeiten nur recht selten zur Anwendung. Die Beweisprobleme werden nun durch die Vermutungsregelungen in § 8b Abs. 2 UWG-E erheblich entschärft. Die dort genannten Fallgruppen entsprechen im Grundsatz denen, die die Rechtsprechung bisher schon entwickelt hat. Im Detail besteht aber noch Verbesserungsbedarf:

#### **Ziff. 2: Gegenstandswert und Streitwert**

Der Begriff „Streitwert“ sollte gestrichen werden, da der Streitwert nicht vom Abmahner, sondern vom Gericht festgesetzt wird. Wenn aber das Gericht einen Streitwert festsetzt,

kann dies nicht dem Abmahner als Missbrauchsvermutungsindiz zugerechnet werden. Beim Gegenstandswert handelt es sich um etwas, das ausschließlich für die Mitbewerberabmahnung eine Rolle spielt, da nur hier der Gegenstandswert für die Berechnung der Rechtsanwaltskosten relevant ist, wohingegen die Vereine eine gegenstandsunabhängige Aufwandskostenpauschale erheben. Zur Klarstellung sollte daher Ziff. 2 auf Mitbewerberabmahnungen beschränkt werden.

### **Ziff. 3: unangemessen hohe Vertragsstrafe**

Wann eine Vertragsstrafe unangemessen hoch ist, ist sehr auslegungsbedürftig und zu unbestimmt. Zudem ist die Höhe der Vertragsstrafe immer einzelfallbezogen. Letztlich wird diese Regelung dazu führen, dass der Hamburger Brauch noch häufiger vereinbart wird, so dass sich der Streit auf einen späteren Zeitpunkt verlagert, wenn es im Wiederholungsfall zur Geltendmachung der Vertragsstrafe kommt und diese dann von dem Abmahner bestimmt wird.

### **Ziff. 4: Unterlassungserklärung zu weit**

Eine sehr weite Formulierung der vorgeschlagenen Unterlassungserklärung ist zwar ein Indiz für Rechtsmissbrauch; bei der gewählten Formulierung für die Vermutungswirkung besteht aber wieder das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe, gekoppelt mit dem Problem, dass es im UWG nicht immer eindeutig ist, wo die Grenze zu „zu weit“ liegt. Wenn aber das Risiko der Rechtsmissbrauchsvermutung bei fast jeder vorgeschlagenen Unterlassungserklärung droht, wird das dazu führen, dass auch seriöse Abmahner keine Formulierung mehr vorschlagen, da sie dies nicht müssen, sondern sie hierdurch dem Abgemahnten nur eine Hilfestellung an die Hand geben. Ohne vorformulierte Unterlassungserklärung entsteht erhöhter Beratungsbedarf beim Abgemahnten, da er ohne (rechtsanwaltliche) Unterstützung keine rechtssichere Unterlassungserklärung formulieren können. Wir sprechen uns daher für eine Streichung dieser Ziffer aus.

### **Weitere Fallgruppen:**

Als zusätzliche Fallgruppe könnte noch über die nicht sachlich gerechtfertigte Mehrfachverfolgung nachgedacht werden, z. B. in der Konstellation, dass

- derselbe Adressat innerhalb eines kurzen Zeitraums wegen mehrerer Verstöße in jeweils separaten Abmahnungen abgemahnt wird, obwohl diese in einer einzigen Abmahnung hätten abgemahnt werden können, oder
- trotz Vorliegen eines gerichtlichen Unterlassungstitels wegen des ersten Verstoßes im Wiederholungsfall nicht aus dem Unterlassungstitel vorgegangen, sondern erneut kostenpflichtig abgemahnt wird, oder
- aufgrund desselben Sachverhalts gleichzeitig gegen Händler, Lieferant und Hersteller vorgegangen wird (mit der Folge der mehrfachen Kostenlast).

## **§ 12 Einstweiliger Rechtsschutz**

Für wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche besteht im jetzigen § 12 Abs. 2 UWG eine gesetzlich geregelte Ausnahme in Form einer widerleglichen tatsächlichen Vermutung der Dringlichkeit. Hintergrund dieser Privilegierung ist die Vorstellung, dass wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten im Normalfall immer eilbedürftig sind. Zum Teil wird angeregt, dass diese Dringlichkeitsvermutung bei der Geltendmachung von Bagatelverstößen (wie im § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E) nicht gelten sollte, da bei Verstößen gegen Informationspflichten die „Umlenkungswirkung“ von dem Mitbewerber auf den Abgemahnten nicht eintritt. Außerdem werden die Abgemahnten nicht selten von einem Beschluss eines Landgerichts überrascht. Gerade kleine und mittlere Unternehmen sind regelrecht „geschockt“, weil sie nicht gehört wurden, und scheuen die weitere gerichtliche Auseinandersetzung. Die Verletzung von Informationspflichten (z.B.: OS-Streitplattform nicht aufgeführt) steht zu der – von den Unternehmern so wahrgenommenen – Sanktionierung durch eine einstweilige Verfügung nicht im angemessenen Verhältnis. Hier genügt das ordentliche Klageverfahren.

Insofern könnte § 12 Abs. 1 UWG-E um einen Satz 2 ergänzt werden:

*S. 1.: Zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden. (so schon bisher)*

S. 2.: Diese Ausnahme gilt nicht für die in § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E aufgeführten Zuwiderhandlungen.

## **§ 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG-E: Mitbewerbereignschaft**

Die Ausführungen zur Mitbewerbereignschaft bereits in der Abmahnung sind äußerst wichtig, da der Abgemahnte ohne diese die Abmahnbefugnis nicht prüfen kann. Es wäre hilfreich, wenn zumindest in der Gesetzesbegründung die Ausführungen dazu konkreter und ausführlicher wären. Der Nachweis zu „in nicht unerheblichem Maße“ kann z. B. durch Angabe seiner Internetseite, Größenkategorien der Zahl seiner Verkäufe, des Umsatzes und von Bewertungen, des Zeitpunkts der Gewerbeanmeldung u. ä. belegt werden. Einer Offenlegungspflicht konkreter Umsatzzahlen oder einer Steuerberaterbescheinigung dürften Datenschutzzeiwände und Geschäftsgeheimnisschutz entgegenstehen. Auch darf der Bürokratieaufwand nicht unangemessen hoch werden. Letztlich wird man aber im Interesse der Prüfmöglichkeit des Abgemahnten doch gewisse Unterlagen fordern können müssen, und das schon zum Zeitpunkt der Abmahnung und nicht erst vor Gericht.

## **§ 13 Abs. 2 Ziff. 4 UWG-E: Rechtsverletzung**

Bei der Angabe der Rechtsverletzung sollte klargestellt werden, dass die konkrete, auf den Einzelfall bezogene Rechtsverletzung anzugeben ist. Gerade bei missbräuchlichen Abmahnungen ist die Verwendung von Textbausteinen ohne konkreten Einzelfallbezug zu be-

obachten, was auf eine automatisierte Bearbeitung schließen lässt. Dem würde entgegen gewirkt, wenn der Abmahner konkret darlegen muss, welchen Sachverhalt er beanstandet und welche Rechtsverletzung im konkreten Fall daraus folgt.

### **§ 13 Abs. 2 Ziff. 5 UWG-E: Information über Ausschluss des Aufwendungsersatzes**

Durch diese zusätzliche Informationspflicht wird provoziert, dass sich der Streit bei jeder Abmahnung auf die Frage verlagert, was unerheblich i. S. d. § 13 Abs. 4 UWG-E ist, da im Zweifel jeder Abgemahnte seinen eigenen Rechtsverstoß für ganz geringfügig und unwesentlich halten wird, zumal die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in § 13 Abs. 4 UWG-E hierfür Tür und Tor öffnen. Zudem wird auch jeder missbräuchliche Abmahner eine umfangreiche Information liefern, warum in seinem Fall der Aufwendungsersatz nicht nach Abs. 4 ausgeschlossen ist. Letztlich haben wir den Eindruck, dass diese Regelung mehr schadet als nutzt und daher eher gestrichen werden sollte.

### **§ 13 Abs. 2 Ziff. 3 UWG-E: Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs**

Vor allem bei Vereinen war bisher die Berechnung der Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs nicht nachvollziehbar und konnte erst vor Gericht hinterfragt werden, wenn der Verein nicht freiwillig auf Nachfrage außergerichtlich antworten wollte. Zumindest bei einigen Vereinen wurde immer wieder gerichtlich die Höhe der Abmahnkosten überprüft. Diese Überprüfung sollte zentral durch das BfJ bereits im Zusammenhang mit Eintragung und regelmäßiger Überprüfung übernommen werden, da sich die Höhe der Abmahnkosten im Normalfall nicht ständig ändert.

### **§ 13 Abs. 4 UWG-E: Ausschluss des Aufwendungsersatzes**

Wichtig ist, dass der berechtigt abmahnende Mitbewerber, der durch rechtswidrige Werbemaßnahmen in seinen Geschäften beeinträchtigt wird und ein Interesse an der raschen Unterlassung und Beseitigung des Rechtsverstoßes hat, nicht auf den Rechtsverfolgungskosten sitzen bleiben darf. Daher muss zielgerichtet daran angesetzt werden, dass das finanzielle Interesse an Abmahnungen genommen wird.

Das BMJV hat sich mit der Formulierung in § 13 Abs. 4 entschlossen, den finanziellen Anreiz für Abmahnungen nicht durch eine Deckelung des Aufwendungsersatzanspruchs in einfach gelagerten Fällen zu reduzieren, sondern regelt, dass die erste Abmahnung von Mitbewerbern und von Wettbewerbsvereinen in solchen Fällen kostenfrei sein soll, in denen die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihrer Schwere, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt ist.

Sollte es bei dieser Formulierung bleiben, hätte die Regelung nach unserer Einschätzung keinen einzigen Anwendungsfall, weil Verstöße gegen Verbraucherinformationspflichten per

Gesetz nach § 5a Abs. 4 UWG und Art. 7 Abs. 5 der UCP-RL 2005/29/EG immer und ohne Wertungsmöglichkeit als wesentlich einzustufen sind. Was per Gesetz wesentlich ist, kann nicht gleichzeitig die Interessen in nur unerheblichem Maße beeinträchtigen. Oder noch kürzer: Wesentliches kann nicht unerheblich sein. Gerade solche Verstöße gegen Verbraucherinformationspflichten sind es aber, die besonders häufig für rechtsmissbräuchliche Abmahnungen genutzt werden, z. B. der nicht ausgeschriebene Vorname im Impressum, die fehlende Handelsregisternummer im Impressum oder der nicht anklickbare Link zur ODR-Plattform für die außergerichtliche Streitbeilegung. Eine Lösung könnte sein, in Ziff. 1 „Verbrauchern“ zu streichen, sodass es ausschließlich auf die nur unerhebliche Beeinträchtigung der Interessen der sonstigen Marktteilnehmer und der Mitbewerber ankäme. Dies wäre konsequent, da es gerade darum geht, bei einem für den Mitbewerber nicht spürbaren Rechtsverstoß die Abmahnkosten für dessen Abmahnung auszuschließen. Wenn er keine Wettbewerbsverzerrung erleidet, weil kein Verbraucher nur wegen eines nicht ausgeschriebenen Vornamens gerade zu seinem Konkurrenten und nicht zu ihm geht, hat er auch kein berechtigtes Interesse an einer kostenpflichtigen Abmahnung. Wenn er sich so sehr über den Verstoß ärgert, dass er unbedingt etwas dagegen unternehmen will, reicht auch ein kostenfreies Hinweisschreiben. Und erst, wenn sich der auf seinen Fehler Hingewiesene weigert, den Fehler zu beseitigen, gibt er Anlass zu einer kostenpflichtigen weiteren Inanspruchnahme, die nach Ziff. 2 dann möglich ist. Da die Wettbewerbsvereine letztlich ihre Abmahnbefugnis aus der Mitgliedschaft einer erheblichen Zahl von Mitbewerbern ableiten, kann es folgerichtig sein, dass die Abmahnkosten auch für diese entsprechend der Regelung zu den Mitbewerbern geregelt werden.

Zum Teil wird aber angeregt, in § 13 Abs. 4 nur die Abmahnkosten für die Mitbewerber zu regeln, nicht die für die Wettbewerbsvereine. Begründung dafür wäre, dass gerade die Abmahnkosten bei abmahnenden Mitbewerbern besonders hoch sind, da diese die Rechtsanwaltskosten ersetzt verlangen können; die Abmahnkosten bei Vereinen sind erheblich geringer. Wenn durch die Eintragung in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände sichergestellt ist, dass ohnehin nur noch seriöse Wettbewerbsvereine abmahnen dürfen, bedürfte es dieses Korrektivs bei den Abmahnkosten nicht mehr.

Andere regen an, § 13 Abs. 4 zusätzlich auf Verbrauchervereine auszudehnen, weil auch bei diesen kein Grund besteht, bei einfach gelagerten Fällen die Abmahnpauschale zu verlangen. Es darf nicht verkannt werden, dass auch bei Verbrauchervereinen finanzielle Interessen eine Rolle spielen können.

Für Verbraucher verringert eine Streichung des Begriffs „Verbraucher“ in § 13 Abs. 4 den Schutz jedenfalls nicht, da es ausschließlich um die Kostenerstattung für den Abmahner geht.

Im Übrigen wird bei § 13 Abs. 4 die Häufung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe moniert. Das Verhältnis von „in nicht unerheblichem Maß“ ist nicht zur zu „wesentlich“ i. S. d. § 5a Abs. 4 zu klären, sondern auch zu „wesentlich“ in § 3 Abs. 2 und „spürbar“ in § 2 Abs. Ziff. 8 und § 3a UWG. Jeweils neue Begriffe mit unterschiedlichen Wertungsmaßstäben stiften Verwirrung und erschweren das Verständnis insbesondere bei KMU. Zudem führen unbestimmte Rechtsbegriff zu mehr Gerichtsverfahren, bei denen zusätzlich noch das Prozessrisiko erhöht ist.

Eine grundlegend andere, klarere Regelung wäre eine bessere Lösung. In Betracht kommt, Mitbewerbern grundsätzlich die Abmahnung aus §§ 3a und 5a UWG wegen des Verstoßes gegen Informationspflichten zu verwehren. Dieser Ansatz wäre sehr einschneidend, aber eindeutig. Er lässt unberücksichtigt, dass auch bei Verstößen gegen Informationspflichten der Wettbewerb zulasten des Mitbewerbers gravierend verzerrt werden kann. Besser wäre daher die bereits im Verbändepapier von Juni 2017 vorgeschlagene Anknüpfung an „einfach gelagerte Fälle“:

*„wenn die Abmahnung eindeutige und leicht feststellbare Zuwiderhandlungen betrifft, insbesondere bei*

*a) Verstößen gegen außerhalb dieses Gesetzes geregelte Informations- und Impressumspflichten,*

*b) Verstößen gegen Aufklärungspflichten über gesetzliche Vertragsrechte,*

*c) bei Verstößen, die nach ihrer Art und Schwere den Verstößen zu Buchstabe a) oder b) entsprechen,*

*es sei denn, diese Zuwiderhandlung beeinträchtigt die Interessen des Abmahners nachweislich schwerwiegend.“*

Auch bei dieser Formulierung bedarf es der Auslegung und der Konkretisierung in der Gesetzesbegründung und durch die Rechtsprechung, aber sie ist erheblich klarer als der Vorschlag im RefE.

### **§ 13 Abs. 5 UWG-E: Gegenanspruch**

Wenn sich vor Gericht herausstellt, dass die Abmahnung und damit auch die Klage unberechtigt war, trägt die unterliegende Partei die Kosten. Insofern kann § 13 Abs. 5 wohl ohnehin nur für die Fälle gelten, die außergerichtlich bleiben. Dies sollte in der Begründung klar gestellt werden.

Sehr streitanfällig ist die Frage, was „unberechtigt“ ist und ob der Abmahner das erkennen konnte. Hier wäre es sinnvoller, wenn der Gegenanspruch für die außergerichtlichen Fälle auf missbräuchliche Abmahnungen i. S. d. § 8b UWG-E und – wie schon jetzt vorgesehen – die den formalen Kriterien des § 13 Abs. 2 nicht genügenden Abmahnungen beschränkt würde.

### **§ 13a UWG-E: Vertragsstrafe**

Auch für die Vertragsstrafendeckelung auf 1.000 EUR ist die unsererseits vorgeschlagene Änderung des § 13 Abs. 4 UWG-E (s. o.) relevant, da sonst auch hierfür kein Anwendungsfall bliebe. Trotz der Deckelung auf 1.000 EUR wird in der Vertragsstrafe weiterhin ein finanzieller Anreiz für missbräuchliche Abmahnungen und Vertragsstrafeforderungen gesehen, da selbst 1.000 EUR viel Geld sind, vor allem wenn es um zahlreiche Fälle geht. Es wird angeregt, dass die Vertragsstrafe in den Fällen des § 13a Abs. 2 UWG-E an den Staat fließt – so, wie das auch bereits beim Ordnungsgeld und beim Gewinnabschöpfungsanspruch geregelt ist.

Die Bestimmung in § 13a Abs. 4 UWG-E „ist lediglich eine angemessene Vertragsstrafe vereinbart“ ist missverständlich, denn sie kann sich sowohl auf eine der Höhe nach schon konkret bestimmte Vertragsstrafe beziehen als auch auf unbestimmte Vertragsstrafen nach dem Hamburger Brauch, wie sie wohl gemeint ist. Eine klarere Formulierung wäre sinnvoll.

Als sehr positiv wird die ausdrückliche Regelung in § 13a Abs. 4 UWG-E bewertet, wonach für Streitigkeiten über die Höhe der Vertragsstrafe die Zuständigkeit der Einigungsstelle für Wettbewerbsstreitigkeiten nach § 15 UWG eröffnet wird. Bisher war dies in der Literatur umstritten. Ein Urteil des BGH, wonach die Landgerichte für Prozesse zuständig sind, in denen es um Ansprüche auf Vertragsstrafe geht – und zwar, weil diese "aufgrund" des UWG geltend gemacht werden –, legt den Schluss nahe, dass auch Einigungsstellen für solche Streitigkeiten zuständig sein müssten. Noch sinnvoller wäre es, wenn § 13 Abs. 4 UWG-E nicht nur die Streitigkeiten zur Höhe der Vertragsstrafe den Einigungsstellen zuweisen würde, sondern alle Streitigkeiten zur Vertragsstrafe, also insbesondere auch solche, in denen darüber gestritten wird, ob ein Wiederholungsfall im Sinn der Unterlassungserklärung vorliegt und die Vertragsstrafe verwirkt ist. Die Aufnahme einer entsprechend eindeutigen Regelung zur Zuständigkeit würden wir begrüßen. Zum Zeitpunkt, wann über die Höhe der Vertragsstrafe vor der Einigungsstelle entschieden werden soll, trifft das Gesetz und auch die Begründung keine Aussage. Im Regelfall wird es aber ohnehin erst dann zum Streit über die Höhe der Vertragsstrafe kommen, wenn diese im Wiederholungsfall geltend gemacht wird.

§ 13a Abs. 5 UWG-E sollte gestrichen werden. Er bietet ein Einfallstor für Missbrauch durch Abgemahnte gerade bei schweren Rechtsverstößen, weil die – ggf. nur geringfügige – Herabsetzung der Vertragsstrafe durch einen Richter immer geschehen kann und es unangemessen wäre, wenn ein seriöser Abmahner dann die Kosten zu tragen hat. Zudem kommt die Fallkonstellation, auf die § 13a Abs. 5 abzielt, bei missbräuchlichen Abmahnungen nach unserer Erfahrung nur selten vor.

### **§ 14 UWG-E: Sachliche und örtliche Zuständigkeit – Fliegender Gerichtsstand**

Mit der Abschaffung des sog. „fliegenden Gerichtsstandes“ erfüllt sich eine langjährige Forderung der Wirtschaft. Aus unserer Sicht gibt es keinen Grund, warum der Klageort für Klagen von aktivlegitimierten Verbänden anders sein soll als für Mitbewerber:

Nach § 14 Abs. 1 UWG können die in § 8 Abs. 2 Nr. 2 - 4 UWG genannten Verbände und Kammern Klage am Ort der gewerblichen Niederlassung, sonst am Wohnsitz oder Aufenthaltsort erheben. Daneben können die genannten Klagebefugten gegen Personen, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung oder keinen Wohnsitz haben, am Begehungsort klagen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 und 2 UWG). Dagegen gilt nach der Rechtsprechung für Gewerbetreibende, die durch einen Wettbewerbsverstoß unmittelbar in ihren Rechten verletzt werden, die Einschränkung des § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG bisher nicht. Sie können daher wahlweise entweder beim Gericht der gewerblichen Niederlassung, des Wohnsitzes, des Aufenthaltsortes *oder des Begehungsortes* klagen (sog. „fliegender Gerichtsstand“).

Gerade bei missbräuchlichen Serienabmahnungen wird häufig auch der „Fliegende Gerichtsstand“ zum Nachteil des abgemahnten Unternehmens genutzt. Begehungsort ist in allen Fällen, in denen im Internet Rechtsverstöße begangen werden, nicht der Standort des Servers, sondern jeder Ort, an dem die Information dritten Personen bestimmungsgemäß zur Kenntnis gebracht wird. Bei einem Abruf in Deutschland sind damit die deutschen Gerichte jedes beliebigen Ortes in Deutschland zuständig. Der konkret betroffene Mitbewerber, der wie ausgeführt – auch – am Ort der Begehung klagen kann, kann sich damit das Gericht mit einer für ihn günstigen Mindermeinung aussuchen und so seine massenhaft ausgesprochenen Abmahnungen gerichtlich leichter durchsetzen. Die Erfahrung mit Abmahnwellen zeigt, dass Streitigkeiten gerne bei Gerichten mit besonderen "Auslegungsvarianten" anhängig gemacht werden, die hohe Streitwerte auch für kleinere wettbewerbsrechtliche Verstöße im Internet annehmen oder die als besonders streng gelten.

Uns sind mehrere Fälle bekannt geworden, in denen der Abmahner bewusst den Klageort möglichst weit weg vom Beklagten gewählt hat (Berlin für den Abgemahnten in Düsseldorf, Hamburg für den in München usw.). Dass dies die Rechtsverfolgungskosten (u. a. wegen Reisekosten) in die Höhe treibt, liegt auf der Hand. Durch die Ungewissheit, wo geklagt wird, steigt der Druck, doch noch die Unterlassungserklärung abzugeben und sich nicht weiter zu verteidigen, obwohl vieles auf Rechtsmissbrauch hindeutet, insbesondere wenn es sich um rechtlich unerfahrene Kleingewerbetreibende handelt – und das ist bei rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen der Regelfall. Der „Fliegende Gerichtsstand“ eröffnet zudem die Möglichkeit, dass gerade Vielfach- und Massenabmahner einfach zum nächsten Gericht weiterziehen können, wenn die Tatsache, dass sie umfangreich abmahnen und klagen, bei einem bestimmten Gericht zu augenfällig wird.

Insbesondere von Seiten der Rechtsanwaltschaft wird gegen die Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstandes“ argumentiert und vorgebracht, dass die Spezialisierung bestimmter Gerichte auf Wettbewerbsrecht für die Effektivität der Rechtsverfolgung sehr wichtig sei. Uns erstaunt, wie pauschal in dieser Diskussion den Landgerichten Unkenntnis und Unerfahrenheit vorgeworfen wird. Es wird der Eindruck erweckt, dass bis auf ganz wenige Gerichte die Landgerichte für Wettbewerbsstreitigkeiten zu unerfahren und zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung nicht in der Lage seien. Dies beurteilen wir anders. Für UWG-Streitigkeiten ist schon jetzt die Klage bei jedem Landgericht möglich; eine institutionalisierte Spezialisierung für dieses Rechtsgebiet gibt es bisher nicht, sie wird aber durch § 14 Abs. 3 immerhin ermöglicht – das bewerten wir positiv. Solange die Länder aber davon noch nicht Gebrauch gemacht haben, erscheint zumindest für UWG-Streitigkeiten keine Nutzung des „Fliegenden Gerichtsstandes“ hin zu spezialisierten Gerichten erforderlich. Dies mag sich im Zusammenhang mit Patent- und Markenstreitigkeiten oder auch mit dem Messegerichtsstand anders darstellen. Beim UWG sprechen wir uns aber eindeutig für die Abschaffung des „Fliegenden Gerichtsstandes“ aus.

Letztlich überwiegen jedenfalls die Vorteile der Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstandes“, da hiermit rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen effektiver begegnet werden kann.

### **Unterlassungsklagengesetz**

Die Anforderungen an qualifizierte Wirtschaftsverbände werden in dem neuen § 8a UWG-E geregelt, während die Anforderung für Verbraucherverbände (nach wie vor) in §§ 4 ff. des UKlaG geregelt werden. Hier würde man sich eine Regelung an einer (zentralen) Stelle wünschen. Da ohnehin in § 8 Abs. 3 Ziff. 3 schon die Verweisung bei den qualifizierten Verbrauchereinrichtungen enthalten ist, liegt es nahe, auch für die Verbände nach Ziff. 2 eine Verweisung auf das UKlaG vorzunehmen und die Eintragungsvoraussetzungen aus § 8a UWG-E im UKlaG anzusiedeln.

### **§ 2b UKlaG-E: Missbrauchsvermutung**

Auf die Ausführungen zu § 8b UWG-E wird verwiesen.

### **§ 4 Abs. 2: Liste der qualifizierten Einrichtungen**

#### **Ziff. 2: Eintragungsvoraussetzungen**

Auf die Ausführungen zur personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zu § 8a UWG-E wird verwiesen.

### **letzter Satz UKlaG-E: Vermutung bei öffentlicher Förderung**

Dass die unwiderlegliche Vermutung für das Vorliegen aller Voraussetzungen für die Eintragung bei anderen Verbraucherverbänden als Verbraucherzentralen auf solche beschränkt wird, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, ist richtig und notwendig. In

der Vergangenheit gab es in dieser Hinsicht Probleme, weil selbst bei einer nur sehr geringfügigen öffentlichen Förderung – in dem konkreten Fall war es das Zurverfügungstellen eines Raums im Rathaus einmal im Monat – keine Chance bestand, diesen Verein wieder aus der Liste der qualifizierten Einrichtungen zu streichen.

#### **§ 4a UKlaG-E: Überprüfung der Eintragungen**

Die Überprüfung der eingetragenen Vereine durch das BfJ von Amts wegen in regelmäßigen Abständen und anlassbezogen, also auf Beschwerden hin, ist sehr wichtig und sollte sehr ernst genommen werden. In diesem Zusammenhang spielen die Berichts- und Mitteilungspflichten nach § 4b UKlaG-E eine erhebliche Rolle. Es erscheint sinnvoll, bei solchen Überprüfungen auch die Erfahrungen von DIHK/IHKs und Verbänden einzuholen, da sich aus der Beratungspaxis vor Ort weitere Anhaltspunkte ergeben können, die am Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen und/oder der Richtigkeit der Meldungen nach § 4b UKlaG-E Zweifel aufkommen lassen.

Nach § 4a Abs. 2 kann ein Gericht das BfJ zur Überprüfung der Eintragung auffordern, wenn es begründete Zweifel daran hat, dass ein Verein zu Recht in der Liste eingetragen ist. Hier sollte das „kann“ durch „soll“ ersetzt werden. Wenn begründete Zweifel bestehen, dann muss das BfJ davon erfahren, da sonst die beiden Listen ihren Zweck nicht erfüllen können.

#### **§ 4b UKlaG-E: Berichtspflichten und Mitteilungspflichten**

##### **Abs. 1:**

Die neu eingeführten Berichts- und Mitteilungspflichten stellen sicher, dass das BfJ für die Überprüfung eine Basis hat. In Abs. 1 Ziff. 1 sollte ergänzt werden. Es kommt nicht nur auf die Anzahl der Abmahnungen an, sondern auch der Abmahngrund muss angegeben werden. Nur so kann das BfJ erkennen, ob es sich bei den Abmahnungen um die serienweise Verfolgung von immer gleichlautenden Kleinstverstößen handelt oder ob es tatsächlich um die Sicherung des fairen Wettbewerbs mit der Klärung von strittigen und grundlegenden Rechtsfragen geht. Bei Vereinen, die fast nur Standard-Fälle ohne Risiko und häufig denselben Rechtsverstoß verfolgen, spricht viel dafür, dass sie die Rechtsverfolgung aus finanziellen Eigeninteressen betreiben und daher nicht abmahnbefugt sein sollten. Werden hingegen auch schwierige Fallgestaltungen behandelt und Rechtsfragen mit Musterprozessen über mehrere Instanzen zur Rechtsfortbildung und für mehr Rechtssicherheit für alle geführt, ist das ein Zeichen für den ernsthaften Einsatz für den fairen Wettbewerb im Interesse von Verbrauchern, Mitbewerbern, sonstigen Marktteilnehmern und der Allgemeinheit.

**Abs.2:**

Bisher hatte das BfJ keinerlei Druckmittel, um von Vereinen Unterlagen zu verlangen. Die jetzt eingeführten Zwangsmittel in Form des Zwangsgeldes sind notwendig, um die Durchsetzung der Pflichten nach Abs. 1 sicherzustellen. Ohne solche Zwangsmittel blieben Verstöße gegen die Berichts- und Mitteilungspflichten ohne jegliche Konsequenzen und Sanktionen und würden damit ins Leere laufen.

Wichtig wäre außerdem, dass die Richtigkeit der Mitteilungen und Informationen an Eides statt zu versichern sind, da nur auf diese Weise Falschaussagen Konsequenzen haben.

**Abs.3:**

Die neue Mitteilungspflicht von Gerichten schafft mehr Transparenz über missbräuchliche Abmahnungen, sofern sie es denn bis zum Gericht schaffen. Erfahrungsgemäß gehen missbräuchliche Abmahner zwar selten zu Gericht, aber dennoch ist es sinnvoll, solche Fälle dann – zumindest beim BfJ – publik zu machen. Nur so erhält das BfJ – neben den Beschwerden durch Betroffene, IHKs und Verbände – handfeste Argumente zur Aufhebung der Eintragung. Insofern ist die Mitteilungspflicht gut. Nicht zur Kenntnis des BfJ gelangen allerdings solche Fälle, in denen missbräuchliche Abmahner einstweilige Verfügungen erlangen, bei denen sich das Gericht mit der Missbräuchlichkeit in der Regel nicht auseinandersetzt oder diese nicht erkennt. Gerade solche einstweilige Verfügungen werden gerne als Druckmittel in weiteren Abmahnungen genutzt, da eine Aufzählung von „Gerichtsurteilen“ sehr überzeugend wirkt und viele Abgemahnte zur Abgabe der Unterlassungserklärung drängt. Es sollte daher noch deutlicher im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht werden, dass Gerichte auch bei in den Listen eingetragenen Vereinen und auch bei einstweiligen Verfügungen die Rechtsmissbräuchlichkeit von Abmahnungen überprüfen. Das war nach unseren Erfahrungen in der Vergangenheit in etlichen Fällen nicht der Fall.

**§ 4c UKlaG-E: Aufhebung der Eintragung**

**Abs. 1:** In Absatz 1 wird die „Aufhebung“ der Eintragung geregelt. Unklar ist, wie der Begriff der Aufhebung sich zu den in Abs. 2 verwendeten verwaltungsrechtlichen Begriffen „Rücknahme“ und „Widerruf“ verhält.

**Abs. 2:** Wenn das Ruhen der Eintragung angeordnet ist, wäre es wichtig, dies in den im Internet veröffentlichten Listen anzuzeigen. Sonst kann ein Abgemahnter, der in den Listen nachsieht, ob der Verein, der ihn abgemahnt hat, dazu befugt ist, nicht erkennen, dass es bereits begründete Zweifel daran gibt, dass die Eintragung zu Recht besteht. Kennt er hingegen das Ruhen, kann er die Abmahnung mit dieser Begründung zurückweisen, weil das Ruhen der Eintragung bedeutet, dass in dieser Zeit die Aktivlegitimation zwar noch besteht, sie aber nicht genutzt werden darf.

**Abs. 4:** Nicht nur Dritten mit berechtigtem Interesse, sondern auch IHKs und HwKs sollten auf Antrag eine solche Bescheinigung erhalten können. Sollte von einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz selbst abgesehen werden, wäre es gut, wenn zumindest in der Begründung festgestellt würde, dass zu den Dritten auch die IHKs und HwKs gehören können.

## **Gerichtskostengesetz**

### **§ 51 Abs. 3 GKG-E:**

Die unter Ziff. 2 aufgeführte Regelung entspricht der Formulierung in § 13 Abs. 4 Ziff. 1 UWG-E. Aufgrund der oben ausgeführten rechtlichen Bedenken zum Konflikt „unerheblich“ und „bezüglich Verbrauchern immer wesentlich“ müsste die Formulierung entsprechend geändert werden, s. o.

## **Designgesetz**

### **Art. 5: Änderung des Designgesetzes**

Es erscheint zweifelhaft, ob es rechtspolitisch sinnvoll ist, durch Einfügung eines § 40a einen Ausnahmetatbestand für den Designschutz im Bereich der Ersatzteile zu schaffen. Dies schwächt den gewerblichen Rechtsschutz in Deutschland und dürfte in erster Linie die Automobilindustrie treffen. Diese leidet gerade in diesem Segment erheblich unter Produkt- und Markenpiraterie. Die Begründung im Referentenentwurf überzeugt nicht und greift auch vor dem Hintergrund der Entwicklungen im 3D-Druck-Bereich zu kurz. Eine Grenzbeschlagnahme wird damit praktisch nicht mehr möglich. Immerhin werden 41,55 % der Grenzbeschlagnahmeanträge auf Designrechte gestützt (Generalzolldirektion, Gewerblicher Rechtsschutz, Statistik 2017, S. 8). Eine Pressemeldung wie anlässlich der diesjährigen Automechanika dürfte es dann in diesem Umfang bald nicht mehr geben: Zöllnerinnen und Zöllner des Hauptzollamts Darmstadt haben auf der am Samstag, dem 15. September 2018, zu Ende gegangenen Messe "Automechanika" insgesamt 839 Artikel sichergestellt, die unter dem Verdacht der Produktfälschung stehen ([http://www.zoll.de/Pressemitteilungen/DE/Produktpiraterie/2018/z82\\_autoersatzteile\\_da.html](http://www.zoll.de/Pressemitteilungen/DE/Produktpiraterie/2018/z82_autoersatzteile_da.html)).

Ersatzteile sind in Deutschland für die Verbraucher gerade nicht das entscheidende „Kostentreiber-element“ bei Reparaturen, sondern die Kosten für die Reparatur selbst. Ersatzteile sind auch kein Konsumgut, das über den Preis gesteuert wird. Die Schwächung eines gewerblichen Schutzrechts in diesem Bereich dürfte daher mehr Schaden für die deutschen Unternehmen anrichten als einen vermeintlichen Nutzen für die Verbraucher darstellen. Im Gegenteil steht zu erwarten, dass qualitativ minderwertige und fragwürdige Produkte zunehmend den Markt bestimmen werden. Erst nach einem „erneuten“ Unfall wird der Verbraucher merken, ob das Reparaturteil den Anforderungen tatsächlich genügt hat. Innerhalb der EU haben im Übrigen derzeit 19 Länder einen Designschutz für Ersatzteile. Auch das UK Patentamt hat erst kürzlich wieder vor gefälschten Ersatzteilen gewarnt (s. <https://www.lexo->

[logy.com/library/detail.aspx?g=56bce942-af1f-4f78-943e-c2eb54b75e10&utm\\_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm\\_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm\\_campaign=Lexology+subscriber+daily+feed&utm\\_content=Lexology+Daily+Newsfeed+2018-08-22&utm\\_term](http://lexology.com/library/detail.aspx?g=56bce942-af1f-4f78-943e-c2eb54b75e10&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign=Lexology+subscriber+daily+feed&utm_content=Lexology+Daily+Newsfeed+2018-08-22&utm_term).

### **Sonstige Anmerkungen:**

#### **Datenschutzgrundverordnung (DSGVO):**

Auch wenn die Einführung der DSGVO nicht zu einer großen Abmahnwelle geführt hat, gab es doch eine gewisse Zahl von Abmahnungen, deren Zurückweisung gerade für kleine Unternehmen nicht ohne Beratung möglich ist. Ob DSGVO-Verstöße überhaupt mittels UWG verfolgt werden können, ist strittig. So gab es gerade erst einen Beschluss des LG Würzburg, dass eine unzureichende Datenschutzerklärung, die nicht den Vorgaben der DSGVO genügt, einen abmahnfähigen Wettbewerbsverstoß darstellt (Beschluss vom 13.9.2018, Az. 11 O 1741/18). Hier bedarf es dringend mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Diese könnte einfach erreicht werden, indem § 3a UWG dahingehend ergänzt würde, dass Verstöße gegen die DSGVO ausdrücklich ausgenommen werden. Selbst wenn – entsprechend anderen Stimmen in der Literatur (u. a. Prof. Köhler) – eine solche Regelung nur deklaratorisch wirken würde, wäre den Unternehmen damit sehr geholfen. Zudem bedarf es der Rechtsdurchsetzung mittels UWG nicht, da über die DSGVO selbst und über das UKlaG ausreichende Rechtsverfolgungsmöglichkeiten bestehen.

#### **Evaluierung:**

Eine Evaluierung der neuen Regelungen nach fünf Jahren erscheint sinnvoll. Diese sollte nicht nur auf die Frage der Verringerung der rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen gerichtet sein, sondern auch die Praktikabilität der Regelungen zur Klagebefugnis, die Anwendung der Rechtsmissbrauchsvermutungen bei Gerichtsverfahren und die Erfahrungen mit den Regelungen zur finanziellen Seite (Abmahnkosten, Vertragsstrafe) umfassend überprüfen.

#### **Zentrale digitale Plattform für Abmahnungen**

Bislang profitieren Abmahner davon, dass es keine einheitliche Stelle gibt, an der Informationen über Abmahnungen (Akteure, Themen, Zahlen) zusammengeführt werden, denn jedem Abgemahnten steht es frei, ob, wie und wo er sich gegen eine Abmahnung wehrt. Zum Teil wird daher angeregt, eine zentrale Meldedatenbank für Abmahnungen in Form einer digitalen Plattform einzurichten. Uns ist allerdings bewusst, dass dies einen hohen bürokratischen Aufwand mit sich bringt. Zudem dürfte auch schwierig sein festzulegen, welche Daten dort erhoben werden sollen, wer die Meldungen vornehmen soll und wer dort Einsicht nehmen kann. Daher wird eine solche Datenbank von anderen abgelehnt. Für eine empiri-

sche Grundlage zum Thema Abmahnungen und Abmahnmissbrauch könnte eine solche digitale Plattform – je nach Ausgestaltung – jedenfalls beitragen. Die Frage ist, ob Aufwand und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

### **Einigungsstellen:**

Die bei den IHKs bereits jetzt existierenden Einigungsstellen für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten könnten mit ihrem gebührenfreien Verfahren zugunsten der Betroffenen und der Gerichte Entlastung schaffen. Voraussetzung dafür wäre allerdings entweder, dass Einigungsstellenverfahren in einfach gelagerten Fällen entsprechend des modifizierten § 13 Abs. 4 verpflichtend werden (Variante a), oder dass die Einigungsstellen den Abgemahnten im Abmahnfall effektiven Schutz vor deren großer Sorge vor einer einstweiligen Verfügung oder Klage bieten können (Variante b). Bislang mangelt es dem Einigungsstellenverfahren bei letzterem nämlich daran, dass seine Eröffnung zwar die Verjährung hemmt, nicht aber eine einstweilige Verfügung oder eine Klage. Folgende Regelungsansätze für § 15 UWG schlagen wir vor:

Variante a) Vor Klageerhebung und im einstweiligen Verfügungsverfahren wird in „einfach gelagerten Fällen“ die Anrufung der Einigungsstelle verpflichtend vorgesehen (Zulässigkeitsvoraussetzung). Alternativ muss das Gericht nach Klageerhebung in „einfach gelagerten Fällen“ die Anrufung der Einigungsstelle anordnen und das Verfahren bis dahin aussetzen.

Variante b) Nach Anrufung der Einigungsstelle (unabhängig von Gerichtsverfahren) – beispielsweise durch den Abgemahnten – ist in „einfach gelagerten Fällen“ bis zum Abschluss des Einigungsstellenverfahrens der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und die Erhebung der Klage unzulässig.

Formulierungsvorschläge:

*§ 15 UWG Abs. 10 a UWG n.F. (einfach gelagerte Fälle):*

*(Variante a) Bei einfach gelagerten Rechtsstreitigkeiten nach § 15 Abs. 3 Satz 2 ist die Erhebung der Klage oder Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erst zulässig, nachdem die Einigungsstelle zur Herbeiführung eines gütlichen Ausgleichs angerufen, das Verfahren durchgeführt und abgeschlossen worden ist. Der Kläger hat eine von der Einigungsstelle ausgestellte Bescheinigung über den Einigungsversuch (einschließlich Ergebnis) mit der Klage einzureichen.*

oder alternativ:

*(Variante b) Ist ein Rechtsstreit der in Absatz 3 Satz 2 bezeichneten Art ohne vorherige Anrufung der Einigungsstelle anhängig gemacht worden, so hat das Gericht in einfach gelager-*

*ten Fällen unter Anberaumung eines neuen Termins den Parteien von Amts wegen aufzugeben, die Einigungsstelle zur Herbeiführung eines gütlichen Ausgleichs anzurufen. Der Kläger hat eine von der Einigungsstelle ausgestellte Bescheinigung über den Einigungsversuch (einschließlich Ergebnis) beim gerichtlichen Fortsetzungstermin vorzulegen. Ist in einfach gelagerten Fällen ein Verfahren vor der Einigungsstelle anhängig, so sind*

- eine erst nach Anrufung der Einigungsstelle erhobene Klage des Antragsgegners auf Feststellung, dass der geltend gemachte Anspruch nicht bestehe, und*
- der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht zulässig.*

Zumindest sollte das Zustimmungserfordernis in § 15 Abs. 3 S. 1 UWG gestrichen werden. Damit kann sich der Abmahner oder der Abgemahnte nicht der Einigungsstelle mit der Begründung entziehen, dass er einem Einigungsstellenverfahren nicht zustimme. Der derzeitige Zustand erfordert von der Einigungsstelle immer wieder Begründungsaufwand, dass die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 S. 2 UWG vorliegen.

### **C. Zusammenfassung**

Insgesamt ist der Gesetzentwurf positiv zu bewerten. Er setzt ein deutliches Signal gegen Abmahnmissbrauch. Die Lösungsansätze bei der Klagebefugnis, die Darlegungslast bereits in der Abmahnung, die Konkretisierungen und Vermutungen zum Rechtsmissbrauch, die Senkung der finanziellen Anreize bei Abmahnkosten und Vertragsstrafe sowie die Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstands“ erscheinen grundsätzlich geeignet, die bisher in der Praxis festzustellenden missbräuchlichen Auswüchse der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung einzudämmen. Gleichzeitig wird das gut, schnell und effektiv funktionierende System der außergerichtlichen Streitbeilegung mittels Abmahnung gestärkt. Nachbesserungsbedarf besteht in Details und in Hinblick auf die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe. Letztere können dazu führen, dass sich der Streit auf diese verlagert und so letztlich die Gerichte nicht entlastet werden. Des Weiteren ist der rechtliche Konflikt zwischen per se „wesentlichen“ Verstößen gegen Verbraucherinformationsvorschriften und der Beeinträchtigung der Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern „in nur unerheblichem Maße“ zu lösen. Außerdem erscheint es sinnvoll, Verstöße gegen die DSGVO ausdrücklich im Rechtsbruchtatbestand § 3a UWG vom Anwendungsbereich des UWG auszunehmen.

### **D. Ansprechpartner**

#### **Hildegard Reppel**

Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)

Bereich Recht

Leiterin des Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Wirtschaftsstrafrecht

Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.

Breite Str. 29, 10178 Berlin  
Tel.: (030) 20308-2702  
Fax: (030) 20308-5-2702  
[reppelmund.hildegard@dihk.de](mailto:reppelmund.hildegard@dihk.de)

#### **E. Wer wir sind:**

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften. Mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.