

STELLUNGNAHME

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs
(Referentenentwurf vom 11.09.2018)

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. vertritt als Spitzenverband der Deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in rund 310 Verbundgruppen organisiert sind. Die kooperierenden Mittelständler erwirtschaften mit 2,5 Mio. Vollzeitbeschäftigten einen Umsatz von mehr als 490 Mrd. Euro (rund 18 Prozent des BIP) und bieten 440.000 Ausbildungsplätze. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer Marke auf, z.B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP: ELECTRONIC PARTNER, EXPERT, HAGEBAU und BÄKO. Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung und Trendforschung.

Gerne nutzt DER MITTELSTANDSVERBUND die Möglichkeit, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 11.09.2018 Stellung zu nehmen.

A. Allgemeines

Das in Deutschland etablierte System der außergerichtlichen Streitbeilegung ist grundsätzlich ein Erfolgsmodell. Dabei nimmt die lauterkeits- bzw. wettbewerbsrechtliche Abmahnung eine zentrale Funktion innerhalb dieses Systems ein. Durch die primär privatwirtschaftlich organisierte Streitbeilegung können Auseinandersetzungen in der Regel zügig, unbürokratisch und für die beteiligten Parteien kostengünstig gelöst werden.

Die mit dem Instrument der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung verbundenen Vorteile treten allerdings dort in den Hintergrund, wo unseriöse „Abmahnvereine“ sowie auf Abmahnungen spezialisierte Rechtsanwälte zusammen mit angeblichen Mitbewerbern wettbewerbsrechtliche Abmahnungen als lukrative Einnahmequelle für sich identifiziert haben. Vor allem kleine und mittlere Unternehmen, insbesondere solche des Online-Bereiches, leiden zunehmend unter diesem Abmahnmissbrauch. Die Vorteile des grundsätzlich als richtig und positiv zu bewertenden Rechtsinstituts der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung verkehren sich darüber in ihr Gegenteil.

Der Gesetzgeber ist sich dieser Schieflage seit Jahren bewusst. Allein die bis dato initiierten Reformbemühungen, zuletzt durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 9. Oktober 2013 (BGB I. I S. 3714), konnten zu einer Verringerung des finanziellen

Anreizes für wettbewerbsrechtliche Abmahnungen und damit zu einer Reduzierung der missbräuchlichen Abmahnungen nicht beitragen. Eine Reform ist deshalb weiterhin dringend überfällig.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der MITTELSTANDSVERBUND ganz außerordentlich den im September 2018 vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (Referentenentwurf). Die Zielsetzung, mit der Gesetzesinitiative den Abmahnmissbrauch einzudämmen und damit die Abmahnung sowie das privatrechtliche Durchsetzungssystem zu stärken, ist richtig und notwendig.

Besonders positiv zu bewerten ist dabei der Ansatz, nicht nur punktuell rechtsmissbräuchliche Abmahnungen wegen Verstöße gegen die im Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung zu thematisieren, sondern eine ganzheitliche Lösung für das inzwischen immer mehr raumgreifende Problem des Abmahnmissbrauchs zu adressieren.

Die in dem Gesetzesentwurf gefundenen Lösungsansätze sind nach Auffassung des MITTELSTANDSVERBUNDES durchweg positiv zu bewerten. Änderungsbedarf besteht allenfalls im Detail, insbesondere im Hinblick auf die im Gesetzesentwurf zahlreich verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe.

B. Zu den einzelnen Normen im Referentenentwurf

1. § 8 Abs. 3 Ziff 1 UWG-E

Nach der neuen Regelung für Mitbewerber sollen Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 *„nur Mitbewerbern zustehen, die im nicht unerheblichen Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen“*.

Die in § 8 Abs. 3 UWG-E aufgenommenen höheren Anforderungen an die Anspruchsberechtigung der Mitbewerber sowie Wettbewerbsverbände ist grundsätzlich positiv zu bewerten. In der Tat begegnete die bisherige Rechtspraxis, wonach jeder Gewerbetreibende die Unterlassung einer wettbewerbswidrigen Handlung fordern konnte, der mit dem Abgemahnten als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stand, erheblichen Bedenken. Denn: die Rechtsprechung ließ es für das Vorliegen eines solchen konkreten Wettbewerbsverhältnisses zum Beispiel ausreichen, dass der Abmahnende nur einige wenige Waren oder Dienstleistungen gleicher Art zu überhöhten Preisen auf einem Portal anbietet.

Der nun vorgelegte Ansatz, wonach ein Mitbewerber nachweisen muss, dass er tatsächlich in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt wie derjenige, der die unzulässige Handlung vorgenommen haben soll, scheint daher folgerichtig. Indes wird ergänzend vorgeschlagen, der Regelung eine zeitliche Komponente hinzu zu fügen. Diese könnte dergestalt geschehen, dass ein echter Wettbewerber nur derjenige ist, der *in nicht unerheblichem Maße* ähnliche Waren oder Dienstleistungen tatsäch-

lich vertreibt oder nachfragt und dies *nicht nur gelegentlich oder aus besonderem Anlass* geschieht.

Damit könnte verhindert werden, dass im Bereich des Online-Handels sogenannte Virtuelle-Shops oder Fake-Shops zum Zwecke der missbräuchlichen Abmahnung eröffnet werden und mit einem entsprechenden Produktportfolio an Waren oder Dienstleistungen ausgestattet sind, nach Durchführung der rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen aber wieder verschwinden.

2. § 8 Abs. 3 Ziff.2 UWG-E

Bis dato können Gerichte im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens zur Überprüfung einer Abmahnung oftmals nicht oder nicht so einfach überprüfen, ob die Voraussetzungen der Klagebefugnis eines Wirtschaftsverbandes vorliegen. Insbesondere die Prüfung, ob die Wirtschaftsverbände nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung im Stande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, kann und wird vor Gericht in der Regel nicht wirksam kontrolliert.

Vor diesem Hintergrund erscheint es richtig und wird vom MITTELSTANDSVERBUND begrüßt, die Anspruchsberechtigung von Wirtschaftsverbänden an die der qualifizierten Einrichtungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG anzugleichen und hierzu ebenfalls das Bundesamt für Justiz dahingehend zu ermächtigen, eine entsprechende Liste in transparenter Weise zu führen.

Zu den einzelnen Voraussetzungen für Wirtschaftsverbände, die auf die neue Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände beim Bundesamt für Justiz eingetragen werden möchten, sogleich unten.

3. § 8a UWG-E

DER MITTELSTANDSVERBUND begrüßt die Ergänzung in § 8a Abs. 2 UWG-E, wonach ein Verein nicht nur abmahnen darf, sondern auch „*zu Fragen des lautereren Wettbewerbs zu beraten und zu informieren*“ muss. Um indes den Gerichten bei der Rechtsauslegung dieser Regelung eine Hilfestellung an die Hand zu geben, wäre es nach unserem Dafürhalten ratsam, zumindest in die Gesetzesbegründung aufzunehmen, was unter einer entsprechenden lauterkeitsrechtlichen Beratung sowie Information im Sinne der Vorschrift zu verstehen ist. Hier könne z.B. aufgenommen werden, dass die Beratung durch einen bei dem Verein angestellten Juristen durchgeführt werden muss.

In diesem Zusammenhang wäre es überdies angezeigt, die in § 8a Abs. 2 Ziff. 3 aufgenommene Voraussetzung, wonach der Verein eine personell, sachliche sowie finanzielle Ausstattung als gesichert erscheinen lassen muss, etwas ausführlicher und klarer zu formu-

lieren, was darunter genau zu verstehen ist. So könnte z.B. formuliert werden, dass eine ausreichende personelle Ausstattung nur dann vorliegt, wenn der einzutragende Verein Mitarbeiter beschäftigt, die die Qualifikation zur Information und Beratung im Lauterkeitsrecht besitzen und Verstöße abmahnen können.

Im Hinblick auf die Anforderung einer ausreichenden finanziellen Ausstattung sollte darauf abgestellt werden, dass der Verein dazu in der Lage sein muss, lauterkeitsrechtliche Fragen auch gerichtlich und über mehrere Instanzen hinweg klären zu lassen. Darüber hinaus wäre es aus unserer Sicht angezeigt, eine Pflicht zur Vorlage der jeweiligen Finanzierung des einzutragenden Vereins beim Bundesamt für Justiz festzuschreiben. Hintergrund: Mitgliedervereine finanzieren sich in aller Regel durch Mitgliedsbeitragseinnahmen – und nicht durch Abmahnungen. In soweit könnte auch darüber nachgedacht werden, eine Vermutungsregel dahingehend aufzustellen, dass Vereine, die sich ganz oder überwiegend aus den Erlösen ihres Abmahngeschäfts finanzieren, als per se unseriös darstellen und daher einer Eintragung in die Liste der qualifizierten Vereine verwehrt bleiben muss.

4. § 8b UWG-E

Die neu in § 8b Abs. 2 UWG-E aufgenommene gesetzliche Vermutungsregelung nebst den hier aufgeführten Fallgruppen ist aus Sicht des MITTELSTANDSVERBUNDES in hohem Maße geeignet, die bislang vor Gericht bestehenden Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen wesentlich zu entschärfen. Die in § 8b Abs. 2 Satz 2 UWG-E aufgenommenen vier Fallgruppen bilden dabei im Wesentlichen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ab und können so wirksam zur Beweislastvermutung beitragen.

Die vorgenannten Fallgruppen könnten allerdings noch um weitere Fallgruppen nicht sachgerecht gefertigter Abmahnungen ergänzt werden. Dies betrifft insbesondere die 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, Lieferanten und Hersteller vorgegangen wird.

5. § 13 Abs. 4 UWG-E

Der Referentenentwurf sieht zur Reduzierung des finanziellen Anreizes für Abmahnungen keine Deckelung des Aufwendungsersatzanspruchs in einfach gelagerten Fällen vor, son-

dern regelt, dass die erste Abmahnung von Mitbewerbern und Wettbewerbsvereinen in solchen Fällen kostenfrei erfolgen 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 unerheblichen Maße beeinträchtigt ist.

Aus Sicht des MITTELSTANDSVERBUNDES ist diese Regelung gem. § 13 Abs. 4 UWG-E zu kritisieren, dürfte sie doch angesichts der Tatsache, dass Verstöße gegen Verbraucherinformationspflichten bereits per Gesetz nach § 5a Abs. 4 UWG immer und ohne Wertungsmöglichkeit als wesentlich einzustufen sind, kein oder – wenn überhaupt – nur wenige Anwendungsfälle nach sich ziehen.

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, die Regelung gänzlich zu überdenken, und Mitbewerbern ganz grundsätzlich die Abmahnung aus §§ 3a und 5a UWG wegen des Verstoßes gegen die Informationspflichten zu verwehren. Dies hat der MITTELSTANDSVERBUND gemeinsam mit 9 weiteren Wirtschaftsverbänden bereits im letzten Jahr im Rahmen eines umfangreichen Positionspapiers („Private Rechtsdurchsetzung stärken – Abmahnmissbrauch bekämpfen“) so ausgeführt. Vorzugswürdig wäre in diesem Sinne daher die 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 Buchstaben a) oder b) entsprechen,*
- d) es sei denn diese Zuwiderhandlung beeinträchtigt die Interessen des Abmahners nachweislich schwerwiegend.“*

6. § 13a UWG-E

Auch für die Vertragsstrafendeckelung auf € 1.000,00 ist die bereits oben vorgeschlagene Änderung des § 13 Abs. 4 UWG-E relevant, da sonst auch an dieser Stelle kein Anwendungsfall bliebe. Abgesehen davon würde auch durch eine Deckelung auf € 1.000,00 weiterhin ein finanzieller Anreiz für missbräuchliche Abmahnung und Vertragsstrafenforderungen bestehen bleiben, da selbst € 1.000,00 viel Geld sind, insbesondere wenn es sich zahlreiche Fälle handelt, die gleichermaßen abgemahnt werden.

Es wird daher angeregt, dass die Vertragsstrafe in den Fällen den § 13a Abs. 2 UWG-E an den Fiskus geht. Dies würde in der Parallelität der Regelung entsprechen, dass auch beim Ordnungsgeld und beim Gewinnabschöpfungsanspruch der Staat das Geld behält.

Sehr positiv zu bewerten ist die Regelung in § 13a Abs. 4 UWG-E, wonach der Abgemahnte bei Uneinigkeit über die Höhe auch ohne Zustimmung des Abmahnenden eine Einigungsstelle anrufen kann.

7. § 14 UWG-E

Mit der neuen Regelung in § 14 Abs. 2 UWG-E wird der nach bisheriger Rechtslage anwendbare Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, der sogenannte „fliegende Gerichtsstand“ im Lauterkeitsrecht weitgehend abgeschafft. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen. Er wird lediglich für den Fall erhalten, dass der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Dies ist angemessen und interessengerecht. Denn der sogenannte „fliegende Gerichtsstand“ wird gerade bei missbräuchlichen Serienabmahnungen sehr häufig zum Nachteil des abgemahnten Unternehmens benutzt. Begehungsort ist dabei in allen Fällen, in denen im Internet Rechtsverstöße begangen und abgemahnt werden, nicht der Standort des Servers, sondern jeder Ort, an dem die Informationen z.B. der Homepage dritten Personen bestimmungsgemäß zur Kenntnis gebracht werden. Beim Aufruf der Internetseiten in Deutschland sind damit faktisch alle deutschen Gerichte jedes beliebigen Ortes zuständig. Damit konnte sich der Abmahner sein „Lieblingsgericht“ bzw. ein solches Gericht aussuchen, das der von ihm vertretenen Rechtsauffassung zu seiner inhaltlichen Abmahnung am ehesten gerecht wurde.

Dieses sogenannte „Forum-Shopping“ ist mit unseren rechtsstaatlichen Prinzipien nicht vereinbar und vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass die Regelung des „fliegenden Gerichtsstandes“ nunmehr weitgehend abgeschafft wird.

Dr. Marc Zgaga
12.10.2018