

**Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
Bundestags-Drs. Nr. 18 / 4535**

Stand: 21. April 2015

I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland rund 300.000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450.000 Standorten einen Umsatz von über 450 Mrd. Euro jährlich. Der Einzelhandel ist nach Industrie und Handwerk der drittgrößte Wirtschaftszweig in Deutschland. Der HDE hat 100.000 Mitgliedsunternehmen aller Branchen, Standorte und Größenklassen.

Mit den geplanten gesetzlichen Änderungen im Lauterkeitsrecht will der Gesetzgeber Klarstellungen im UWG gesetzessystematischer Art erreichen, um eine vollständige Rechtsangleichung mit den europäischen Vorgaben zu gewährleisten.

Der HDE vertritt die Auffassung, dass dies auch eine gute Gelegenheit darstellt, um längst überfällige und vom Einzelhandel seit Jahren eingeforderte Reformen des Lauterkeitsrechts in Angriff zu nehmen. In diesem Sinne geht der Gesetzentwurf bereits in die richtige Richtung.

Bedauerlicherweise lässt der Gesetzgeber aber die Gelegenheit ungenutzt, eine wesentliche Streichung im Gesetz vorzunehmen: Der Fliegende Gerichtsstand (§ 14 Abs. 2 UWG) soll trotz der damit verbundenen, hinreichend bekannten und vom HDE vielfach geschilderten Probleme weiter aufrechterhalten werden. Damit werden die Spielräume der Abmahnindustrie unnötigerweise geschützt, die für die Unternehmen – insbesondere aus dem KMU-Bereich - mit erheblichen Rechts- und Kostenrisiken verbunden sind.

II. Die geplanten Neuregelungen im Einzelnen

Im Folgenden wird zu den aus Sicht des Einzelhandels wesentlichen Punkten Stellung genommen.

1. Erweiterung der Definitionen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG-E – Art. 1 Nr. 1 b)

In § 2 UWG wird eine neue Nr. 8 mit einer Definition der "*wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers*" eingefügt. Danach liegt eine solche Beeinflussung vor, wenn eine geschäftliche Handlung die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen soll, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Diese ergänzende Definition der „*wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers*“ halten wir für unproblematisch. Sie kann in der Praxis zu mehr Rechtssicherheit führen und ist daher zu begrüßen.

2. Neufassung des Verbots unlauterer geschäftlicher Handlungen
(§ 3 UWG-E – Art. 1 Nr. 2)

a) *Spürbarkeitskriterium des § 3 Abs. 1 UWG*

Das Spürbarkeitskriterium entfällt in der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG (Art. 1, Nr. 2 a). Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers der klareren Formulierung dienen, wird aber auch in bestimmten Fallkonstellationen praktische Auswirkungen haben, weil die Spürbarkeit eines Wettbewerbsverstößes in Zukunft bei einigen Wettbewerbsverstößen nicht mehr relevant ist.

Grundsätzlich positiv zu bewerten ist das Ziel des Gesetzgebers, das Spürbarkeitskriterium in Zukunft bereits bei der Prüfung der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung und nicht erst bei der Rechtsfolge zu berücksichtigen. Für problematisch halten wir allerdings die Tatsache, dass die Spürbarkeit von Wettbewerbsverstößen aufgrund aggressiver oder irreführender geschäftlicher Handlungen (§ 4 a UWG-E und § 5 UWG) kein Tatbestandsmerkmal sein soll. Damit könnten bei diesen Wettbewerbsverstößen Abmahnungen auch im Bagatellbereich ausgesprochen werden.

Der Fortfall der Bagatellgrenze insbesondere im Bereich der Irreführung (§ 5 UWG) ist unverhältnismäßig. Durch den teilweisen Verzicht auf das Spürbarkeitskriterium werden der Abmahnindustrie neue Handlungsfelder eröffnet. Der Einzelhandel befürchtet daher entgegen der Bewertung in der Gesetzesbegründung (S. 11), dass die Modifikationen zu einer Erweiterung der Abmahnpraxis und in der Folge zu weiteren Belastungen der Branche führen werden.

Auch bei den Tatbeständen der aggressiven und irreführenden geschäftlichen Handlung muss die Spürbarkeit daher als Voraussetzung für eine verbotene Unlauterkeit vorgesehen werden bzw. erhalten bleiben. Der Gesetzgeber sollte daher auch bei den §§ 4 a und 5 UWG-E das Spürbarkeitskriterium bereits als Tatbestandsmerkmal vorsehen.

Schließlich sollte auch § 3 Abs. 1 UWG weiterhin ein Spürbarkeitskriterium enthalten, weil nicht auszuschließen ist, dass diese Regelung – unabhängig vom Willen des Gesetzgebers – durch die Rechtsprechung wie bisher als Generalklausel und Aufangtatbestand definiert wird.

b) *Generalklausel in Bezug auf unlauteres geschäftliches Verhalten im B2C-Verhältnis (§ 3 Abs. 2 UWG-E)*

In der Definition der unlauteren geschäftlichen Handlung im B2C-Verhältnis (§ 3 Abs. 2 UWG-E) werden die in § 2 Abs. 1 definierten Begriffe der "fachlichen Sorgfalt" und "wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers" aufgegriffen.

Die Anpassung des Wortlauts der Norm an die Terminologie des Art. 5 Abs. 2 der UCP-Richtlinie und die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH kann zu mehr Rechtssicherheit führen und ist daher nach Auffassung des HDE unproblematisch.

c) *Generalklausel in Bezug auf unlauteres geschäftliches Verhalten im B2B-Verhältnis (§ 3 Abs. 3 UWG-E)*

Für den B2B-Bereich werden in einem neuen Absatz 4 des § 3 geschäftliche Handlungen erstmals als unlauter definiert, soweit sie nicht der "fachlichen Sorgfalt" (§ 2 Nr. 7) entsprechen und geeignet sind, die Interessen der anderen Gewerbetreibenden spürbar zu beeinträchtigen (Art. 1, Nr. 2 c).

Damit ist in diesem Fall im B2B-Bereich richtigerweise die spürbare Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer durch eine geschäftliche Handlung Voraussetzung für ein unlauteres Verhalten. Dies ist zu begrüßen. Ebenfalls wird richtigerweise mit der Neuregelung sichergestellt, dass ein Verhalten nur dann unlauter ist, soweit es gegen die in § 2 Nr. 7 definierte „fachliche Sorgfalt“ verstößt. Damit ist auch gewährleistet, dass nur Verhaltensweisen als unlauter gelten, die den Marktgepflogenheiten unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben widersprechen.

Die Änderung begegnet daher keinen Bedenken.

3. Fehlende Streichung der Nr. 1 und 2 des § 4 UWG

Weil mit § 4 a UWG-E eine neue Verbotsnorm in Bezug auf aggressive geschäftliche Handlungen eingeführt werden soll, entfällt im Verhältnis zum Verbraucher der Anwendungsbereich für die Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen in § 4 Nr. 1 und 2 UWG. Diese Regelbeispiele sind wegen des geplanten per se Verbots des § 4 a UWG-E daher überflüssig und können entfallen. Insbesondere ist kein Bedarf zu erkennen, eine Beeinflussung des Verbraucherverhaltens über die Vorgaben des europäischen Rechts hinaus zu verbieten, wie dies nach der Gesetzesbegründung intendiert wird. Eine Streichung der Nr. 1 und 2 des § 4 ist aber auch geboten, um neue Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf den Anwendungsbereich und das Verhältnis der Normen zueinander zu vermeiden.

4. Streichung des § 4 Nr. 6 UWG (Art. 1 Nr. 3 c.)

§ 4 Nr. 6 UWG soll nach dem Willen der Bundesregierung gestrichen werden.

Diese Maßnahme ist überfällig, weil der Europäische Gerichtshof bereits vor mehr als vier Jahren festgestellt hat, dass die Regelung des § 4 Nr. 6 UWG über die europäischen Vorgaben hinausgeht und damit im Widerspruch zur UCP-Richtlinie steht (EuGH, Urteil vom 14.01.2010, Az. C 304/08). § 4 Nr. 6 UWG a.F., nach dessen Wortlaut es ohne Berücksichtigung des Einzelfalls grundsätzlich unlauter und unzulässig ist, die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig zu machen, wird seitdem von deutschen Gerichten richtlinienkonform ausgelegt. Die Koppelung eines Gewinnspiels an den Kauf von Waren ist danach nur unzulässig, soweit diese Geschäftspraxis gleichzeitig eine irreführende Handlung darstellt oder die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in unangemessener Weise beeinträchtigt (BGH, Urteil vom 05.10.2010, Az I ZR 4/06). Diese Tatbestände sind bereits durch § 4 Nr. 1 bzw. § 5 UWG erfasst. Eine spezifische Regelung des Koppelungsverbots bei Gewinnspielen ist daher nicht erforderlich.

Die Bestimmung des § 4 Nr. 6 UWG a.F. ist sogar schädlich, weil ihr Wortlaut – mindestens isoliert betrachtet – mit der Rechtslage nicht mehr übereinstimmt und damit eine problematische Grauzone für Unternehmer wie Verbraucher entstanden ist. Für Unternehmer wie für Verbraucher entstehen angesichts der Differenz zwischen geschriebenem Recht und der Rechtswirklichkeit bislang unnötige Rechtsunsicherheiten. Die Verbraucher kritisieren unternehmerisches Verhalten grundlos als nicht rechtskonform, Unternehmer - gerade aus dem KMU-Bereich - sind bei der Wahl ihrer Werbepraktiken unsicher und neigen zu übertriebener Zurückhaltung mit Wettbewerbsnachteilen im Vergleich zu ihren großen Konkurrenten.

Die vorgesehene Streichung des § 4 Nr. 6 UWG a.F. wird daher im Interesse der Rechtsklarheit und Transparenz ausdrücklich begrüßt.

5. Einführung einer neuen Verbotsnorm in Bezug auf aggressive geschäftliche Handlungen (§ 4 a UWG-E – Art. 1, Nr. 4)

Die bisher unter § 4 Nr. 1 und 2 genannten Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen - nämlich die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck bzw. die Ausnutzung einer Zwangslage etc. - werden in dem Gesetzentwurf ergänzt und unter einem neuen § 4 a UWG-E als "aggressive geschäftliche Handlungen" umfassender legal definiert. Damit sollen die Vorgaben der Art. 8 und 9 der UCP-Richtlinie (2005/29/EG) vollständig umgesetzt werden.

Die neuen Vorschriften sollen nur auf das Verhältnis zum Verbraucher anwendbar sein. Dies wird begrüßt. Eine Anwendung der Bestimmungen auf das Verhältnis zwischen Unternehmen wäre europarechtlich nicht geboten. Richtigerweise verzichtet der Regierungsentwurf daher auf eine Einbeziehung der B2B-Verhältnisse. Damit wird dem Willen der Koalitionspartner, im hier betroffenen Wirtschaftsrecht keine weiteren Regulierungen im nationalen Alleingang über die europäischen Vorgaben hinaus einzuführen, (vgl. Deutschlands Zukunft gestalten: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 15.), Rechnung getragen.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf das Verhältnis zwischen Unternehmen hätte eine ernst zu nehmende Beeinträchtigung der Vertragsverhandlungsfreiheit dargestellt. Auch in Zukunft dürfen harte Verhandlungen und der Einsatz starker Verhandlungspositionen im B2B-Verhältnis von der Rechtsordnung nicht missbilligt werden. Dabei sind es nicht immer Großunternehmen, die über eine besonders marktstarke Position verfügen. Häufig sind auch KMU - z. B. als Vertragspartner des Einzelhandels - mit einer besonderen Angebotsmacht ausgestattet, weil sie z. B. ein „must-have-Produkt“ anbieten, auf welches der Einzelhändler nicht verzichten kann.

Im Hinblick auf die nun im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung für die Beziehung zum Verbraucher halten wir allerdings die Formulierung in § 4 a Abs. 1 Nr. 3 UWG-E, nach der die Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck – auch ohne die Anwendung oder Androhung körperlicher Gewalt – unlauter ist, für problematisch. Sie geht über die europäischen Vorgaben hinaus, ist sachlich nicht geboten und wird die Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Verbraucher unnötig verkomplizieren.

Nach der UCP-Richtlinie (2005/29/EG) wird lediglich die *unzulässige* Beeinflussung des Verbrauchers als aggressive Geschäftspraxis definiert (Art. 8). Eine solche *unzulässige* Beeinflussung liegt nach Art. 9 z. B. vor, wenn der Unternehmer dem Verbraucher mit *rechtlich unzulässigen* Handlungen droht. Die deutsche Bundesregierung will darüber nun weit hinausgehen, indem sie jede – auch rechtlich grundsätzlich zulässige - Ausnutzung einer Machtposition des Unternehmers zur Ausübung von Druck auf den Verbraucher als aggressive Geschäftspraxis definiert. Damit gerät jeder Anbieter eines Produkts mit einem Alleinstellungsmerkmal in die Gefahr, unlauter zu handeln, wenn er dem Verkauf an Verbraucher nur unter bestimmten, von ihm definierten Voraussetzungen in Bezug auf die Vertragsbedingungen zustimmt. In diesem Fall liegt es nämlich nahe, dass die Marktposition des Unternehmers wegen des Alleinstellungsmerkmals der von ihm angebotenen Produkte von der Rechtsprechung als „Machtposition“ begriffen wird, die er durch die Vorgabe bestimmter Vertragsbedingungen ausnutzt, indem er das Zustandekommen des Vertrages davon abhängig macht, dass der Verbraucher diese Bedingungen akzeptiert. Es widerspricht aber den praktischen Lebensverhältnissen und der üblichen Situation bei Vertragsverhandlungen, ein solches Verhalten rechtlich zu missbilligen. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass sich in Vertragsverhandlungen regelmäßig jede Seite vorbehält, unter bestimmten Voraussetzungen auf den Vertragsabschluss zu verzichten und damit einen gewissen Druck auf den Verhandlungspartner ausübt.

§ 4 a Abs. 1 Nr. 3 UWG-E ist daher zu streichen, da die Regelung lebensfremd ist und die Vertragsverhandlungssituation im Verhältnis zum Verbraucher unnötig verkomplizieren wird. Mindestens sollte der Gesetzgeber die Realitäten des Geschäftsverkehrs auch im B2C-Bereich berücksichtigen und sicherstellen, dass die Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck nur dann als aggressive und unlautere Verhaltensweise definiert wird, wenn der Druck vom Unternehmer durch eine rechtlich *unzulässige* Handlung erzeugt wird.

6. Neufassung des § 5 a UWG (Art. 1 Nr. 6)

a) *Voraussetzungen für das Vorenthalten einer wesentlichen Information* (§ 5 a Abs. 2 UWG-E)

Mit der Neufassung des § 5 a Abs. 2 werden verschiedene Beispiele für das Vorenthalten einer wesentlichen Information in das Gesetz eingefügt (§ 5 a Abs. 2 S. 2 UWG-E). Weiterhin wird als ausdrückliche Tatbestandsvoraussetzung die Geeignetheit der irreführenden Handlung im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit eingeführt (§ 5 a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UWG-E). Damit sollen nach der Gesetzesbegründung die Vorgaben des Art. 7 der UCP-Richtlinie auch durch den Rückgriff auf den entsprechenden Wortlaut besser umgesetzt werden.

Die „Geeignetheit“ ist zwar ein unpräzises Kriterium, welches auf eine Kausalität zwischen Unterlassung und Handlung anspielt. Sie ist im Einzelfall nicht zu ermitteln und daher als Tatbestandsvoraussetzung an sich problematisch. Die Regelung dient aber der Klarstellung und besseren Umsetzung der europäischen Vorgaben und begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken, da auch Art. 6 Abs. 1 der UCP-Richtlinie das Tatbestandsmerkmal der „Geeignetheit“ enthält.

b) *Abwägungskriterien für die Feststellung einer Unlauterkeit* (§ 5 a Abs. 5 UWG)

§ 5 a Abs. 5 UWG-E ergänzt die Norm mit Kriterien für die Feststellung einer Unlauterkeit. Das bereits aus § 5 a Abs. 2 UWG a.F. bekannte Kriterium der „Beschränkung des Kommunikationsmittels“ wird weiter erläutert und durch den Hinweis ergänzt, dass auch alle Maßnahmen des Unternehmers zur Information des Verbrauchers auf andere Weise bei der Abwägung zu berücksichtigen sind. Nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung soll damit sichergestellt werden, dass ein Hinweis auf eine Internetseite zur Erfüllung der Informationspflichten nach § 5 a Abs. 3 Nr. 2 UWG a.F. ausreicht, wenn Werbeanzeigen oder Werbebezetzel nicht über ausreichend Platz verfügen, um dort sämtliche Informationen unterzubringen. Damit will der Gesetzgeber eine wichtige Klarstellung vornehmen, deren Fehlen bislang in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hat. Die Zielsetzung des Gesetzgebers wird daher ausdrücklich begrüßt.

Die Klarstellung ist erforderlich, weil heute in der Praxis die Informationspflichten des § 5 a Abs. 3 Nr. 2 UWG (Identität und Anschrift) wegen der räumlichen Beschränktheit des Werbemittels häufig nicht erfüllt werden können, wenn mehrere Unternehmen - z. B. in Verbundgruppen, Genossenschaften oder Franchisesystemen - gemeinsam werben. Besondere Probleme bestehen bei der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben auch in komplex organisierten Unternehmen, bei denen die einzelnen Vertriebsstätten von verschiedenen juristischen Personen betrieben werden, diese aber zentral organisierte Marketingmaßnahmen durchführen. Unstreitig sind die zur Verfügung zu stellenden Informationen zwar auch nach geltendem Recht nur in Abhängigkeit von den Möglichkeiten und Begrenzungen des eingesetzten Kommunikationsmittels zu erfüllen. Die Informationen dürfen unter Umständen daher auch schon heute anderweitig - z. B. im Internet - zur Verfügung gestellt werden (BT-Dr. 16/10145, S. 25). Es ist in der Praxis aber umstritten geblieben und von der Rechtsprechung nicht einheitlich geklärt, ob wegen der Beschränkung des Kommunikationsmittels ein „Medienbruch“ – also ein Verzicht auf die unmittelbare Information im Werbemedium unter Verweis auf andere Informationsquellen – zulässig ist.

Die vorgesehene Klarstellung durch den Gesetzgeber, nach der auch mittelbare Informationen des Unternehmens in anderen Medien als dem unmittelbaren Kommunikationsmittel bei der Beurteilung der Irreführung zu berücksichtigen sind, ist daher dringend geboten. Die bestehenden Rechtsunsicherheiten haben in der Praxis bereits zu nicht enden wollenden Abmahnwellen geführt und bei den betroffenen Einzelhandelsunternehmen wirtschaftliche Belastungen im sechsstelligen Bereich verursacht.

Wegen der Bedeutung der Sache ist es allerdings wichtig, die Klarstellung nicht nur auf die Zulässigkeit eines Medienbruchs zu beschränken. Der HDE fordert den Gesetzgeber im Interesse der Rechtsklarheit und zur Vermeidung von Abmahnungen dringend auf, direkt im Text des Gesetzes anhand eines Regelbeispiels klarzustellen, dass bei einer Beschränkung des Mediums der Hinweis auf eine Internetseite des Unternehmens zur Erfüllung der Informationspflichten genügen kann.

§ 5 a Abs. 5 Ziff. 2 UWG könnte in diesem Sinne wie folgt formuliert werden:

2. *alle Maßnahmen des Unternehmens, um dem Verbraucher die Informationen auf andere Weise als durch das Kommunikationsmittel nach Nummer 1 zur Verfügung zu stellen. **In Betracht kommt in der Regel der Hinweis auf eine Internetadresse oder Telefonhotline.***

7. Fehlende Streichung des „Fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 UWG)

Eine Streichung der Regelung des § 14 Abs. 2 UWG ist längst überfällig und bereits in der vergangenen Legislaturperiode intensiv politisch diskutiert worden. Durch eine solche Maßnahme würde der Gesetzgeber sicherstellen, dass wettbewerbsrechtliche Klagen grundsätzlich am Wohn- und Geschäftssitz des Beklagten erhoben werden müssen. Dies würde auch dem allgemeinen Grundsatz über den Gerichtsstand im Zivilprozess (§§ 12 ff. ZPO) entsprechen.

Der HDE vertritt die Auffassung, dass die Regelung des § 14 Abs. 2 UWG in Zukunft – wenn überhaupt - nur noch in begründeten Ausnahmefällen zur Anwendung kommen darf. Sinnvoll könnte eine vom Grundsatz des § 14 Abs. 1 UWG abweichende örtliche Zuständigkeit des Gerichts am Ort der wettbewerbswidrigen Handlung (§ 14 Abs. 2 – „Fliegender Gerichtsstand“) lediglich sein, wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbständige berufliche Niederlassung noch einen Wohnsitz hat. Mindestens ist durch den Gesetzgeber sicherzustellen, dass die Regelung des § 14 Abs. 2 UWG in Zukunft nicht mehr bei Wettbewerbsverstößen im Internet anzuwenden ist.

Die Regelung des „Fliegenden Gerichtsstands“ belastet in der Praxis besonders Unternehmen kleiner und mittlerer Größe aus dem Bereich des Online- und Multi-Channel-Handels erheblich. Sie sind in besonderer Weise vom „Abmahnmissbrauch“ betroffen. Dieser wird ausschließlich mit dem Ziel praktiziert, auf Kosten arbeitender Unternehmer Gebühren zu generieren. Die Absicht, faire Wettbewerbsverhältnisse herzustellen, tritt dagegen regelmäßig völlig in den Hintergrund.

Da der mittelständische Online-Händler in der Regel weder selbst über vertiefte lauterkeitsrechtliche Kenntnisse verfügt noch entsprechende Experten beschäftigt, wird er vom Abmahnmissbrauch besonders belastet. Er muss kostenintensiv externen Rechtsrat einholen, Beratungsgespräche führen und selbst an Prozessen teilnehmen, die zum Teil an weit entfernten Orten stattfinden. Der damit verbundene administrative Aufwand hält ihn vom Kerngeschäft ab und verhindert somit notwendige Innovationen und verzögert erforderliche Geschäftsentscheidungen. Damit wird auch die Wettbewerbsfähigkeit der Online-Händler kleiner und mittlerer Größe durch den Abmahnmissbrauch mittelbar beeinträchtigt.

Die Regelung des „Fliegenden Gerichtsstands“ erleichtert der „Abmahnindustrie“ ihre Praktiken erheblich. Er stellt nämlich ein Instrument dar, um die Verteidigungsposition der Händler bei Abmahnungen - die häufig aus nichtigem Anlass ausgesprochen und vom Betroffenen als Bagatelle empfunden werden - weiter zu verschlechtern. Dies erreicht der Abmahner durch folgendes Vorgehen, welches zu Recht als „forum shopping“ bezeichnet wird:

Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

- Er wählt gezielt ein Gericht aus, welches geringe Anforderungen an den Erlass einer einstweiligen Verfügung stellt.
- Er stellt sicher, dass das ausgewählte Gericht zur Festsetzung hoher Streitwerte tendiert und damit großzügige Kostenerstattungen gewährleistet.
- Bewusst wird ein Gerichtsort ausgewählt, der sich in möglichst weiter räumlicher Entfernung vom Geschäftssitz des Beklagten befindet, um dessen Verteidigung in der Praxis zu erschweren.
- Soweit noch keine gefestigte Rechtsprechung zu dem Streitfall existiert, wird ein Gericht ausgewählt, welches vergleichbare Streitigkeiten bereits im Sinne des Abmahners entschieden hat, sodass der Ausgang prognostizierbar und die Prozessrisiken für den Kläger minimiert werden.

Auf diese Weise kann der Kläger effizient den Ausgang des Verfahrens in seinem Sinne beeinflussen.

Online-Händler, die weder über die personellen noch finanziellen Ressourcen verfügen, durch die Instanzen bis zum BGH ihr Recht zu erstreiten, werden angesichts dieser vom Abmahner bewusst optimierten Ausgangslage häufig verzagen und sich den Forderungen des Abmahners unterwerfen, selbst wenn sie tatsächlich bei genauer Prüfung in einem Rechtsstreit obsiegen könnten. Das Interesse des Abmahners, schnell und möglichst problemlos Gebühren zu erzielen, kann so von diesem effizient und reibungslos realisiert werden.

Händler aus dem KMU-Bereich verfolgen dagegen das ökonomisch nachvollziehbare Ziel, den Rechtsstreit schnell zu beenden, um sich anschließend wieder mit voller Kraft ihrem Kerngeschäft zuwenden zu können. Der Akzeptanz und Durchsetzung der Rechtsordnung wird damit aber ein Bärendienst erwiesen. Zudem wird legitimes Gerechtigkeitsempfinden verletzt, indem die Waffengleichheit im Zivilprozess empfindlich beeinträchtigt wird: § 14 Abs. 2 UWG macht den Abmahner zum unbeschränkten Herrn des Verfahrens. Er entscheidet autonom, wann wer mit welchem Inhalt und an welchem Ort verklagt wird.

Die Durchbrechung des aufgrund allgemeiner Gerechtigkeitserwägungen geltenden Prinzips, nach dem die Klage am Wohn- und Geschäftssitz des Beklagten zu erheben ist (§§ 12 ff. ZPO, § 14 Abs. 1 S. 1 UWG), und die damit verbundenen Nachteile für den Betroffenen können auch nicht mit Praktikabilitätsabwägungen, wie z. B. einer erleichterten Beweisführung, gerechtfertigt werden. Anders als im Deliktsrecht existiert beispielsweise bei Wettbewerbsverstößen im Internet kein Ort der schädigenden Handlung. Damit befindet sich in diesen Fällen praktisch jedes Gericht in Deutschland in der gleichen Nähe zum Wettbewerbsverstoß, und die allgemeine Regel, nach der die Klage am Wohn- und Geschäftssitz des Beklagten zu erheben ist, kann ohne Nachteile für die Beweisaufnahme aufrecht erhalten werden.

Keinesfalls ist die Aufrechterhaltung des Fliegenden Gerichtsstands geboten, um die Qualität der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung vom Gesetzgeber zu gewährleisten.

Zunächst ist in Zweifel zu ziehen, ob die teilweise in der politischen Diskussion geschilderte Sorge, mit der Abschaffung des „Fliegenden Gerichtsstands“ sei ein Kompetenzverlust bei den Organen der Rechtsprechung verbunden, tatsächlich berech-

tigt ist. Sollte dies aber der Fall sein, so bietet bereits das geltende Gerichtsverfassungsgesetz Möglichkeiten, einen solchen Verlust an Expertise zu verhindern: Beispielsweise besteht die Möglichkeit, Kammern für Handelssachen zu bilden (§ 93 Abs. 1 GVG), die sich schwerpunktmäßig auch mit wettbewerbsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem UWG auseinandersetzen (§ 95 Abs. 1 Nr. 5 GVG). Damit kann eine entsprechende Schwerpunktbildung an den Gerichten ermöglicht werden. Darüber hinaus sind die Landesregierungen bereits heute nach § 13 Abs. 2 UWG ermächtigt, Wettbewerbsstreitigkeiten bei bestimmten Gerichten zu konzentrieren. Soweit diese Möglichkeit bisher nicht genutzt wurde, spricht dies nach Auffassung des HDE eher dafür, dass die Richterschaft bei der Bearbeitung von Streitigkeiten nach dem UWG in der Vergangenheit – anders als von den Befürwortern des „Fliegenden Gerichtsstands“ behauptet – eben nicht überfordert war. Es darf bezweifelt werden, dass dies ausschließlich daran liegt, dass die Klägervertreter gleichsam in vorauseilendem Gehorsam ihre Klagen und Anträge nur bei den Gerichten eingereicht haben, die bereits über ein bestimmtes „Spezialwissen“ in dem Streitfall verfügen.

Der Gesetzgeber hat also bereits ausreichende Möglichkeiten eröffnet, Streitigkeiten nach dem UWG bei bestimmten Kammern und einzelnen Landgerichten zu konzentrieren, soweit dies opportun erscheint. Zur Sicherung einer effizienten und qualitativ hochwertigen Rechtsprechung ist es daher nicht erforderlich, dem Klägeranwalt die Auswahl des Gerichtsstands mit der vagen Hoffnung zu überlassen, er werde ein Gericht auswählen, welches nicht für seinen Mandanten, aber im Interesse der Rechtsordnung die beste Rechtsprechung gewährleistet. Die Behauptung, zur Sicherstellung einer guten Rechtsprechung müsse die Festlegung des Gerichtsstands weiterhin in der autonomen Entscheidungsbefugnis des Klägeranwalts verbleiben, ist daher nur vordergründig schlüssig und entbehrt bei genauer Prüfung einer hinreichenden Begründung.

III. Empfehlungen des Deutschen Bundesrats (Bundesrats-Drs. 26/15)

Der Deutsche Bundesrat hat in seiner Sitzung am 6. März 2015 zu dem Regierungsentwurf Stellung genommen und Empfehlungen ausgesprochen.

Hierzu bemerkt der HDE folgendes:

1. Verschuldensabhängiger Gewinnabschöpfungsanspruch (Nr. 5)

Abgelehnt wird die schon in früheren Empfehlungen des Bundesrates enthaltene Forderung, den Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG verschuldensunabhängig zu gestalten und damit dessen Anwendungsbereich zu erweitern.

Richtigerweise sollte auch in Zukunft die Herausgabe ungerechtfertigt erlangter Gewinne nur bei vorsätzlichem Verhalten des Unternehmers in Betracht kommen. Dies entspricht der deutschen Rechtssystematik, ein Gewinnabschöpfungsanspruch auch bei fahrlässigem Verhalten würde zudem dem Sinn und Zweck der Vorschrift widersprechen: Der Abschöpfungsanspruch dient der Prävention und soll verhindern, dass auf Grund von bewusstem unlauterem Verhalten Gewinne durch Streuschäden erzielt werden, die der Unternehmer später einbehalten kann. Die Vorschrift will also zielgerichtetes Verhalten mit ungerech-

fertigter Bereicherungsabsicht verhindern. Bei einer Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf unvorsätzliche Handlungen könnte dieser Zweck nicht realisiert werden. Die Bestimmung würde zu einer verkappten Strafvorschrift auch für fahrlässiges Verhalten degenerieren, die vom Gesetzgeber nicht gewollt war und auch nicht in die Systematik des deutschen Zivilrechts passt.

2. Bildung eines Sondervermögens für die Verbraucherarbeit (Nr. 9 und 10)

Weiterhin lehnt der HDE die Bildung eines Sondervermögens des Bundes, dem die abgeschöpften Gewinne zugeführt werden sollen (Nr. 9), sowie die Verwendung dieser Mittel für die Verbraucherarbeit (Nr. 10) ab. Nach Auffassung des HDE sollten abgeschöpfte Gewinne weiterhin unmittelbar dem Bundeshaushalt zugutekommen.

Die zweckgebundene Verwendung der abgeschöpften Gewinne für die Einrichtungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG sowie für die Verbraucherarbeit würde die Missbrauchsgefahr erhöhen. Für die Verbände würde die Aussicht bestehen, ihre finanzielle Ausstattung durch eine rege Klagetätigkeit und Geltendmachung von Gewinnabschöpfungsansprüchen mittelbar zu verbessern. Die Versuchung, den Anspruch auf Vorteilsabschöpfung auf diese Weise als indirekte Einnahmenquelle zu missbrauchen, wird noch dadurch gesteigert, dass gesetzlich nicht definiert werden kann, unter welchen Voraussetzungen getätigte Aufwendungen den Grundsätzen der „Erforderlichkeit“ im Sinne des Entwurfs (§ 10 Abs. 4a S. 2 UWG-E) entsprechen. Eine fehlende summenmäßige Begrenzung der „erforderlichen“ Aufwendungen wird mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass exzessiver Aufwendungen getätigt werden, um Einnahmen zu generieren. Die dadurch entsprechend geminderte Höhe des abgeschöpften Vorteils geht zulasten der Steuerzahler.

Besser, kostengünstiger und ohne Missbrauchsrisiken kann der Abschöpfungsanspruch wie bisher direkt von den staatlichen Organen geltend gemacht werden. Diese können dann mit hinreichender demokratischer Legitimation auch über die Verwendung der Mittel entscheiden. Zudem werden auf diese Weise alle steuerzahlenden Verbraucher unmittelbar entlastet.

3. Aufhebung des fliegenden Gerichtsstands (Nr. 12)

Die Empfehlung des deutschen Bundesrates, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Möglichkeiten des „fliegenden Gerichtsstands“ aufgehoben oder eingeschränkt werden können, wird ausdrücklich unterstützt. Der HDE setzt sich seit längerem dafür ein, dass bei Klagen in Zusammenhang mit Wettbewerbsverstößen grundsätzlich das Gericht der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Niederlassung oder des Wohnsitzes des Beklagten zuständig ist.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Gliederungspunkt II.6. verwiesen.

4. Erweiterung des Ordnungswidrigkeitenkatalogs durch die Nr. 28 der „Schwarzen Liste“ (Nr. 13)

Abgelehnt wird der Vorschlag, einen Verstoß gegen die Nr. 28 der Schwarzen Liste“ (Werbung gegenüber Kindern) in den Ordnungswidrigkeitenkatalog des § 20 Abs. 1 UWG aufzunehmen.

Das geltende Lauterkeitsrecht mit dem Prinzip der privaten Rechtsdurchsetzung hat sich bewährt. Es ist keine konkrete Notwendigkeit erkennbar, warum von diesem Prinzip in Bezug auf Punkt 28 der „Schwarzen Liste“ abgewichen werden sollte. Nachhaltige Verstöße gegen diese Bestimmung, die durch das bisherige Instrumentarium nicht wirksam bekämpft werden könnten, sind nicht bekannt. Obwohl die Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht funktioniert, würde mit dieser – europarechtlich nicht gebotenen - Maßnahme ein zweites Instrumentarium der Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht etabliert, welches mittelfristig auch auf andere Wettbewerbsverstöße Anwendung finden könnte.

Dieses Nebeneinander durch Rechtsdurchsetzungsinstrumente wäre unnötig und ineffizient und wird daher abgelehnt.

5. Einschränkung des Wettbewerbs im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels (Nr. 14)

Für ordnungspolitisch völlig verfehlt und schon im Sachzusammenhang für unpassend hält der HDE die Anregung des Deutschen Bundesrates, eine Änderung der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen mit dem Ziel zu prüfen, den intensiven Wettbewerb des Lebensmitteleinzelhandels, insbesondere im Bereich der Milch- und Molkereiprodukte, zu minimieren und so den Druck auf die Erzeugerpreise im Interesse der Landwirtschaft zu begrenzen.

Wie sich auch aus der Stellungnahme des Deutschen Bundesrates ergibt, wird hier kein Problem in Zusammenhang mit dem Lauterkeitsrecht angesprochen. Das UWG wäre daher schon von vornherein der falsche Standort für die intendierte Regelung.

Dementsprechend schlägt der Deutsche Bundesrat auch eine Änderung der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen z.B. im GWB vor. Eine entsprechende Regelung wäre aber mit der Zielsetzung des deutschen Kartellrechts, die Wettbewerbsfreiheit zu gewährleisten, unvereinbar. Im Gegensatz zur Intention des GWB zielt der Deutsche Bundesrat nämlich nicht auf die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit, sondern will den bestehenden lebhaften Preiswettbewerb insbesondere im Bereich der Milch- und Milcherzeugnisse einschränken, um die natürlichen Folgen des funktionierenden Wettbewerbs – nämlich den bestehenden Preisdruck - im Interesse der Landwirtschaft zu reduzieren. Davon abgesehen, dass eine Minimierung der Wettbewerbssituation im Einzelhandel nicht zwangsläufig zu höheren Erträgen der Erzeuger führt, müssten voraussichtlich die Verbraucher den Preis dieser Klientelpolitik zahlen. Eine solche Maßnahme würde damit offensichtlich Verbraucherinteressen verletzen.

Die beabsichtigte Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit ist aber auch bei genauer Betrachtung des Marktes für Molkereiprodukte aus wirtschaftlichen Gründen selbst dann nicht geboten, wenn die Einschränkung des freien Wettbewerbs als legitimes Instrument zur Förderung einzelner Branchen begriffen würde: Die wirtschaftliche Situation der Erzeuger von Molkereiprodukten ist nämlich – anders als vom Deutschen Bundesrat unterstellt – gut. So konnte die Milchverarbeitende Industrie im Jahr 2013 gegenüber dem Vorjahr ein Umsatzplus von 7,3 Prozent erzielen, wobei der Export einen immer wichtigeren Absatzkanal in diesem zunehmend internationaler werdenden Markt darstellt. Der Markt für Molkereiprodukte lag trotz Umsatzeinbruch im Jahr 2009 im Marktwachstum deutlich über der Gesamtmarktentwicklung der FMCG. Das Jahr 2013 war bei Molkereiprodukten von einem deutlichen Preisanstieg geprägt: Die Erzeugerpreise liegen mit einer Preissteigerung von 7,6 Prozent über der Preissteigerung der Verbraucherpreise (+ 4,9 Prozent)¹.

Die vorgeschlagene gesetzliche Änderung im Interesse einer einzelnen Branche ist damit unnötig, ungeeignet sowie wettbewerbspolitisch verfehlt und wird daher vom HDE mit Nachdruck abgelehnt.

IV. Schlussbemerkung

- Es sollte sichergestellt werden, dass das Spürbarkeitskriterium als Voraussetzung einer verbotenen unlauteren Handlung in Zukunft auch in Bezug auf den Tatbestand des § 4 a UWG-E (Aggressive geschäftliche Handlung) und weiterhin auf § 5 UWG (Irreführende geschäftliche Handlung) Anwendung findet. Nur auf diese Weise kann die bisher geltende Bagatellgrenze des § 3 Abs. 1 UWG a.F. vollständig aufrecht erhalten und missbräuchliche Abmahnungen ausgeschlossen werden. Auch in § 3 Abs. 1 UWG-E sollte rein vorsorglich nicht auf das Spürbarkeitskriterium verzichtet werden.
- § 4 Nr. 1 und 2 UWG ist nach der Neuregelung der aggressiven geschäftlichen Handlungen in § 4 a UWG-E überflüssig, kann zu neuen Rechtsunsicherheiten führen und muss daher gestrichen werden.
- § 4 a Abs. 1 Nr. 3 UWG-E, nach dem im B2C-Verhältnis die Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck unlauter und damit unzulässig ist, steht im Widerspruch zu den praktischen Verhältnissen bei Vertragsverhandlungen im Alltag und muss gestrichen werden.
- Erforderlich ist eine Klarstellung unmittelbar im Gesetz, dass die Informationspflichten über die Identität und Anschrift des werbenden Unternehmers (§ 5 a Abs. 3 Nr. 2 UWG) bei einer Beschränkung des Kommunikationsmediums auch durch den Hinweis auf eine Internetadresse erfüllt werden können.
- Im Zuge der geplanten UWG-Reform muss endlich der „Fliegende Gerichtsstand“ des § 14 Abs. 2 UWG - mindestens für Wettbewerbsverstöße im Internet - gestrichen werden, um auf diese Weise Unternehmen kleiner und mittlerer Größe

¹ Vgl. HDE/IfH-Newsletter „Molkereiprodukte“, Februar 2014, Retail Knowledge Base.

Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

- ße zu entlasten, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und die Handlungsspielräume der Abmahnindustrie einzuschränken. Der HDE unterstützt daher auch die entsprechende Anregung des Deutschen Bundesrates.
- Im Übrigen werden die Änderungsvorschläge des Deutschen Bundesrates im Wesentlichen abgelehnt.