

Stellungnahme

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

05.10.2018

Seite 1

Einleitung

Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung und insbesondere das Instrument der Abmahnung sind etablierte Instrumente der schnellen und effektiven Beendigung von Wettverstößen. Bereits seit einiger Zeit ist aber das Mittel der Abmahnung, insbesondere im wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Kontext durch unseriöse Abmahner und Rechtsmissbrauch in Verruf geraten. Zuletzt gab es im Nachgang der am 25.05.2018 wirksam gewordenen Datenschutzgrundverordnung auch in diesem Bereich Diskussionen über die Gefahren des Abmahnmissbrauchs.

Die mit dem Instrument der Abmahnung verbundenen Vorteile treten dort in den Hintergrund, wo unseriöse „Abmahnvereine“ und auf Abmahnungen spezialisierte Rechtsanwälte zusammen mit angeblichen Mitbewerbern Abmahnungen als lukrative Einnahmequelle für sich identifiziert haben. Teilweise hat ein regelrechter Abmahnmissbrauch bereits große finanzielle, aber auch personelle Belastungen entstehen lassen, denen weder über die bislang erfolgten Maßnahmen des Gesetzgebers noch über Erwägungen der Judikatur Einhalt geboten werden konnte. Die Vorteile des grundsätzlich als positiv zu bewertenden Rechtsinstituts der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung verkehren sich darüber nicht selten in ihr Gegenteil. Diese Ausgangslage war auch Anlass dafür, dass der Bitkom mit 9 anderen Wirtschaftsverbänden im Jahr 2017 konkrete Lösungsvorschläge vorgelegt hat (anbei).

Wir begrüßen daher, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz kürzlich den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs vorgelegt hat, mit dem der Abmahnmissbrauch eingedämmt und damit die Abmahnung und das privatrechtliche Durchsetzungssystem gestärkt werden soll.

Bitkom bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf und möchte auf einige Details des Referentenentwurfs wie folgt eingehen:

Bitkom
Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Rebeka Weiß, LL.M.
**Bereichsleiterin Datenschutz &
Verbraucherrecht**
T +49 30 27576 161
r.weiss@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Seite 2|7

(1) Zusammenfassung und Gesamteinschätzung

Bitkom begrüßt, dass der Referentenentwurf die Thematik des Abmahnmissbrauchs adressiert und die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung stärken will. Das BMJV weist in der Begründung des Entwurfs darauf hin, dass bereits mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 9. Oktober 2013 Regelungen zur Reduzierung von Streit- bzw. Gegenstandswerten vorgenommen wurden. Die damit bezweckte Reduktion der anfallenden Rechtsanwaltskosten sollte durch diese Begrenzungen gering gehalten werden und zugleich den „Anreiz“ für Abmahnungen senken. Das BMJV führt jedoch ebenfalls aus, dass sich diese Regelungen als nicht ausreichend erwiesen haben, da es noch immer missbräuchliche Abmahnungen gebe und ein nicht hinnehmbarer Missstand darin zu sehen sei, dass Abmahnungen wegen geringfügiger Verstöße gegenüber Kleinstunternehmen zur Erzielung von Gebühren und Vertragsstrafen ausgesprochen werden. Der Referentenentwurf dient daher vor allem der Eindämmung des Abmahnmissbrauchs, soll dabei aber die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure nicht unbillig behindern.

Der Referentenentwurf schlägt zur Erreichung dieses Ziels eine Reihe von Maßnahmen vor, insbesondere auch die Erhöhung der Anforderungen an die Klagebefugten, die die finanziellen Anreize für Abmahnungen verringern soll. Hierzu werden zahlreiche Änderungen vorgeschlagen. Wirtschaftsverbände müssen auf einer Liste der so genannten qualifizierten Wirtschaftsverbände eingetragen sein (§ 8 Absatz 3 Nummer 2 UWG-E). Für die Eintragung und das Verfahren wird überwiegend auf die ebenfalls neu gefassten Regelungen für die qualifizierten Einrichtungen im UKlaG verwiesen (§ 8a UWG-E). Zudem werden die Anforderungen an die qualifizierten Einrichtungen im UKlaG erhöht, die vom Bundesamt für Justiz regelmäßig überprüft werden und regelmäßig Bericht über ihre Abmahntätigkeit erstatten müssen (§§ 4 bis 4d UKLaG-E).

Mitbewerber sollen außerdem nur dann Unterlassungsansprüche nach dem UWG geltend machen können, wenn sie in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen (§ 8 Absatz 3 Nummer 1 UWG-E).

Auch hinsichtlich der zu erstattenden Kosten der Abmahnungen sieht der Entwurf Änderungen vor. Für Zuwiderhandlungen, die angesichts ihrer Art, ihrer Schwere,

Stellungnahme Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Seite 3|7

ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigen, soll der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Abmahnung für Wettbewerber und qualifizierte Wirtschaftsverbände entfallen (§ 13 Absatz 4 UWG-E). Flankierend werden Gegenansprüche des Abgemahnten erleichtert (§ 13 Absatz 5 UWG-E) und die Regelungen zu missbräuchlichen Abmahnungen konkretisiert (§ 8b UWG-E).

Die im Referentenentwurf vorgesehenen Anpassungen sind im Grundsatz positiv zu bewerten. Da viele der Regelungen jedoch unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten steht zu befürchten, dass eine Verbesserung der Situation erst nach langjähriger Rechts- und Gerichtspraxis eintreten wird und bis dahin vor allem auch die seriös arbeitenden Vereinigungen sowie Kanzleien und Wettbewerber in der Rechtsdurchsetzung geschwächt werden. Auf einige der vorgeschlagenen Anpassungen soll daher im Folgenden näher eingegangen werden.

Zudem sollte zeitnah eine Klarstellung getroffen werden, ob Abmahnungen unter der DS-GVO überhaupt zulässig sind. Die Unsicherheiten dahingehend sind noch immer hoch und es herrscht Uneinigkeit, ob Datenschutzverstöße nach dem UWG abmahnfähig sind. Die Frage, ob die jeweilige Datenschutzvorschrift als Marktverhaltensregeln zu qualifizieren im Sinne von § 3a UWG ist wird uneinheitlich bewertet, was große Verunsicherung in der Praxis hervorruft. Die Tatsache, dass einige datenschutzrechtliche Verstöße bisher abmahnfähig waren, die Regelungen der DS-GVO zu Rechtsverstößen aber (bis auf Art. 80 Abs.2 DS-GVO, der aber lediglich die prozessuale Frage der Klagebefugnis für nationale Sondervorschriften regelt und keine materiell-rechtlichen Öffnungen vorsieht) abschließend sind, führt derzeit dazu, dass einige Abmahner diese Unsicherheit ausnutzen und bereits zahlreiche Webseitenbetreiber ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben haben, um hier nicht in die Abmahnsituation zu geraten. Es gilt daher festzustellen, dass die DS-GVO den Bereich der Rechtsverstöße in Art. 77 bis 84 DS-GVO abschließend regelt und gerade keine Öffnungsklausel besteht. Nationale Sonderlösungen für die Durchsetzung des Datenschutzrechts sind daher nicht gestattet. In der Gesetzesbegründung sollte daher gerade kein Präjudiz dafür geschaffen werden, dass Artikel 13, 14 DS-GVO als Marktverhaltensregeln zu qualifizieren sind, sondern vielmehr die Klarstellung erfolgen, dass die Durchsetzung der Datenschutzgrundverordnung einheitlich auf europäischer Ebene durch die DS-GVO selbst geregelt worden ist.

Bei den urheberrechtlichen Bestimmungen zum Abmahnmissbrauch sehen wir über den Referentenentwurf hinaus weiteren Änderungsbedarf. Denn der Abmahnmissbrauch bei urheberrechtlichen Verstößen zeigt sich auch darin, dass die

Stellungnahme Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Seite 4|7

Plattformen in Anspruch genommen werden, ohne dass dafür die bereitgestellten Disputmechanismen genutzt werden. Da es sich aber meist um eine Vielzahl von Einzelfällen handelt, sind diese Mechanismen notwendig, um Aufwand und Kosten im Rahmen zu halten. An dieser Praxis lässt sich auch erkennen, dass es bei solchen Abmahnungen eher um den lukrativen Streitwert geht als darum, Rechte durchzusetzen und tatsächlich Urheberrechtsverletzungen konstruktiv und gemeinsam mit den Plattformen zu beseitigen. Auch Plattformen haben ihrerseits ein großes Interesse an rechtskonformen Angeboten für ihre Kunden. Mechanismen wie „Notice and Take Down“ sowie die Disputmechanismen der Plattformen sind ein konstruktiver Weg, um Urheberrechtsverletzungen schnellstmöglich zu beheben. Diese funktionieren aber nur dann und können zur schnellen Klärung des Konfliktfalls führen, wenn auch die Inhalteanbieter mit den Plattformen kooperieren und von den Plattformen angebotene Disputmechanismen nutzen. Anderenfalls wird Abmahnmissbrauch nur gefördert und im Endeffekt nur zu einer drastischen Reduzierung des Angebots auf Plattformen führen.

Der Entwurf sollte daher unbedingt auch diese Änderung im Urheberrecht adressieren und fordern.

(2) Klagebefugnis der Mitbewerber, § 8 Absatz 3 Ziffer 1 UWG-E

Im Referentenentwurf wird eine Anpassung des § 8 Absatz 3 Ziffer 1 wie folgt gefordert: *„(Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu) jedem Mitbewerber, der in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt.“*

Bisher reichte jegliche Mitbewerber-Stellung aus, um Abmahnungen aussprechen zu können. Nach der geplanten Änderung wird diese Möglichkeit nun eingeschränkt. Dies begrüßen wir und sehen insbesondere in der Verteilung der Darlegungslast im § 13 Absatz 2 Ziffer 2 UWG-E einen weiteren wichtigen Aspekt. Durch diese Verteilung wird den sogenannten „Fake-Shops“ Einhalt geboten, die lediglich für den Zweck der Abmahnung eingerichtet werden und dabei überhaupt nicht auf den tatsächlichen Verkauf von Waren bzw. das Anbieten von Dienstleistungen ausgerichtet sind. Ohne die entsprechenden Umsätze in einem gewissen Segment nachweisen zu können, wird daher zukünftig die Abmahnbefugnis eingeschränkt sein, was ein wirksames Mittel zur Eindämmung des Abmahnmissbrauchs darstellt.

Jedoch wird hier der unbestimmte Rechtsbegriff „in nicht unerheblichem Maße“ verwendet, der in der Praxis Auslegungsschwierigkeiten auslösen dürfte.

Stellungnahme Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Seite 5|7

(3) Klagebefugnis qualifizierter Verbände, §§ 8 Absatz 3 Ziffer 2, 8a UWG-E

§ 8 Absatz 3 Ziffer 2 wird durch den Referentenentwurf wie folgt angepasst:

Im Referentenentwurf wird eine Anpassung des § 8 Absatz 3 Ziffer 2 wie folgt gefordert: „(Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu): rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, die in der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8a eingetragen sind, soweit die Zuwiderhandlungen die Interessen ihrer Mitglieder berührt“. Die Einführung des §8a (Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände) sieht dann entsprechend die Einführung von Kriterien für die klagebefugten Verbände vor.

Die Einführung einer Liste wie von § 8a vorgesehen begrüßen wir. Sie führt zu mehr Transparenz und Nachvollziehbarkeit der klagebefugten Einrichtungen, sodass abgemahnte Unternehmen sicher gehen können, dass der Verband auch die entsprechende Qualifikation nachweist. Bisher war es insbesondere in der Praxis zum Teil schwierig zu überprüfen, ob der abmahnende Wettbewerbsverein tatsächlich die notwendige Zahl an Mitgliedern und Mitbewerbern hatte. Die Zuständigkeit des Bundesamts für Justiz zur Führung der Liste ist nicht zu beanstanden, muss aber von entsprechenden Kapazitäten flankiert werden, damit die Eintragungen und ggf. auch die Löschung eines qualifizierten Verbands zeitnah vorgenommen werden kann und die Überwachung der Liste ordnungsgemäß erfolgen kann. Nur so kann das Vertrauen in die Liste der qualifizierten Verbände hergestellt werden. Zudem sollte der Austausch mit Verbänden intensiviert werden, die bereits über langjährige Erfahrung im Bereich des Abmahnmissbrauchs verfügen, um hier auffällige Bewegungen im Markt zeitnah feststellen und bewerten zu können.

Die einzelnen Kriterien des § 8a lassen jedoch noch Raum für Anpassungsbedarf. Nur zum Teil wird durch die vorgeschlagenen Kriterien erreicht, dass unseriöse Verbände nicht eintragungsfähig sind. Zugleich muss darauf geachtet werden, dass seriöse Verbände nicht durch übermäßige bürokratische Hürden über Gebühr belastet werden. Dieser Balanceakt wird von der vorgeschlagenen Regelung noch nicht zur Gänze erreicht.

Stellungnahme Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Seite 6|7

Anpassungen sollten insbesondere hinsichtlich der folgenden Kriterien aufgenommen werden:

2.1. § 8a Absatz 2 Ziffer 1: Mitgliederzahl

— Eine fest vorgegebene Mindestmitgliederzahl pro Branche kann ein geeignetes Mittel sein, um Verbände zu qualifizieren. Jedoch sollte geprüft werden, ob es in einigen Sektoren eventuell gar nicht 50 Mitbewerber oder die notwendigen 5 Branchenverbände gibt. Sofern dies nicht der Fall ist, ist die Folgefrage zu beantworten, ob dann in diesem Bereich die Abmahnung gar nicht möglich wäre. Eine Anpassung der Vorschrift erscheint daher geboten.

2.2. § 8a Absatz 2 Ziffer 3: bisherige Tätigkeit und Ausstattung

— § 8a Absatz 2 Ziffer 3 enthält eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe hinsichtlich der Anforderungen an die Tätigkeit des Vereins. Der Verband ist danach eintragungsfähig, wenn *„aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit sowie seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung gesichert erscheint, dass er seine satzungsmäßigen Aufgaben auch künftig dauerhaft wirksam und sachgerecht erfüllen wird und seine Ansprüche nicht vorwiegend geltend machen wird, um für sich Einnahmen aus Abmahnungen oder Vertragsstrafen zu erzielen.“*

Aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe sind die Kriterien praktisch wenig handhabbar. Eine Erläuterung hinsichtlich konkreter Anforderungen an erforderliche personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung wäre daher wünschenswert. Eine Definition findet sich zur Zeit im Begründungsteil des Entwurfs. Dieser sollte in den Gesetzestext übernommen werden. Auch die Ausführungen zu personellen und finanziellen Ausstattungen sollten entsprechend konkretisiert werden. Insbesondere sollte sichergestellt sein, dass Verbände nicht über kostenlose oder nicht-wirtschaftliche Mitgliedsbeiträge Mitglieder „sammeln“, hierüber aber gar nicht die Finanzierung der Tätigkeit zumindest teilweise stützen können. Es sollte sichergestellt sein, dass die Finanzierung der Tätigkeit nicht in übermäßigem Umfang durch die Abmahnkosten bzw. Vertragsstrafen gedeckt wird. Es kommt hier auf ein angemessenes Verhältnis der Einnahmen an.

Die Regelung des § 8a Absatz 2 Ziffer 3a sieht vor, dass die Eintragungsfähigkeit dann gegeben ist, wenn es gesichert erscheint, dass die *satzungsmäßigen Aufgaben auch künftig dauerhaft wirksam und sachgerecht erfüllt werden*. Die praktische Handhabbarkeit dieses Kriteriums ist zweifelhaft und zugleich fraglich, wie diese

Stellungnahme Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Seite 7|7

Prognose entsprechend zu prüfen wäre. Eine Konkretisierung des Aufgabenspektrums der Verbände könnte für Konkretisierung sorgen.

(4) Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung, § 8b UWG-E

Das Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen wird im vorgeschlagenen § 8b UWG-E sinnvoll konkretisiert und einige der bisherigen Schwierigkeiten im § 8 Absatz 4 UWG entschärft. § 8 Absatz 4 kam bisher in der gerichtlichen Fallpraxis, häufig aufgrund von Beweisschwierigkeiten, kaum zur Anwendung.

Die Beweisprobleme werden nun im § 8b Absatz 2 UWG-E adressiert und durch eine Vermutungsregelung und Fallgruppen verbessert.

Im Detail bedarf es jedoch noch Nachbesserungen. So sollte insbesondere spezifiziert werden, wann eine Vertragsstrafe unangemessen hoch ist, da die bisherige Regelung zu unbestimmt ist. Auch die Regelung zur Unterlassungserklärung erscheint noch nicht präzise genug bzw. sollet auf ihre Notwendigkeit überprüft werden. Zwar kann eine sehr weite Formulierung für eine Unterlassungserklärung einen Rechtsmissbrauch andeuten, die Grenzen hierfür sind aber sehr flexibel und stark vom Einzelfall abhängig. Wenn durch die derzeit sehr weitgehende Regelung im § 8b Absatz 2 Ziffer 4 dazu führt, dass auch seriös arbeitende Verbände oder Abmahner den Schreiben keine Unterlassungserklärung mehr beilegen, führt dies eher zu einer schlechteren Position der Abgemahnten. Dass bisher häufig vorformulierte Unterlassungserklärungen beigelegt werden, dient nämlich auch der Beschleunigung des Verfahrens und der Unterstützung der Abgemahnten.

Bitkom vertritt mehr als 2.600 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.800 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 400 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.