

## Positionspapier

### zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken

18.07.2012

Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.700 Unternehmen, davon über 1.100 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software & IT-Services, Telekommunikations- und Internetdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für eine Modernisierung des Bildungssystems, eine innovative Wirtschaftspolitik und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Anlässlich der Bestrebungen des Bundesministeriums der Justiz (BMJ), durch ein umfassendes Gesetzespaket unseriöse Geschäftspraktiken einzudämmen, möchte BITKOM gern die Gelegenheit ergreifen, zu einigen in Diskussion befindlichen Punkten Stellung zu beziehen.

#### 1 Allgemeine Anmerkungen

BITKOM teilt das politische Ziel des BMJ, der Grundlage für unseriöse Geschäftspraktiken den Boden zu entziehen. Insbesondere unterstützen wir das Vorhaben, Missbräuche von wettbewerblichen aber auch urheberrechtlichen Abmahnungen zu beseitigen. Die Abmahnung ist ein wettbewerbsrechtlich legitimes Mittel zur Vorbeugung kostenintensiver gerichtlicher Streitigkeiten und darf als solches weder „entwertet“ noch „abgestumpft“ werden. Die dabei entstehenden Rechtsverfolgungskosten, die vom Verletzer zu tragen sind, sollten dem im Einzelfall nötigen Aufwand und möglichen Schaden entsprechen und damit nicht unverhältnismäßig hoch ausfallen. Dieses Instrument wird dann missbraucht, wenn Unternehmen und deren Anwälte aus der Abmahnung ein Geschäftsmodell entwickeln, ohne dass sie ein wirkliches Interesse an der Verfolgung des behaupteten Rechtsverstoßes haben.

Gleichwohl muss es weiterhin möglich sein, mithilfe von Abmahnungen Anbieter zu einem regelkonformen Verhalten im Markt zu bewegen – unabhängig von deren jeweiliger Größe. Vor diesem Hintergrund ist es zumindest erforderlich, dass die Bundesregierung stärker im Gesetzesentwurf herausarbeitet, welches die aus ihrer Sicht zu schützende Anbietergruppe ist, die im Zentrum dieser Regelung steht.

Aus Sicht des BITKOM sind dies eher private Anbieter sowie kleine Gewerbetreibende, die im Internet Waren oder Dienstleistungen anbieten.

Diese grundlegende Problematik des Wettbewerbsrechts hat im Online-Handel aus mehreren Gründen besondere Relevanz:

- Im Internet können angesichts hochkomplexer Formvorschriften und der einfachen Zugänglichkeit der Webseiten sehr einfach in kurzer Zeit kleinste Rechtsverstöße aufgefunden werden, die Massen-Abmahnungen gegen eine Vielzahl von privaten und gewerblichen Händlern ermöglichen.
- Gerade im Online-Handel ist eine Vielzahl von kleinteiligen und verschachtelten Vorschriften zu beachten und damit die Zahl möglicher Verstöße enorm hoch. Eine auf IT-Recht spezialisierte Anwaltskanzlei kommt auf

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation und  
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A  
10117 Berlin-Mitte  
Tel.: +49.30.27576-0  
Fax: +49.30.27576-400  
bitkom@bitkom.org  
www.bitkom.org

Adél Holdampf  
Bereichsleiterin  
Medien- und Netzpolitik,  
Wettbewerbs- und Verbraucherrecht  
Tel. +49. 30. 27576-221  
Fax +49. 30. 2757651-221  
a.holdampf@bitkom.org

**Präsident**  
Prof. Dieter Kempf

**Hauptgeschäftsführer**  
Dr. Bernhard Rohleder

mehr als 666 gängige Abmahngründe für Abmahnungen bei eBay, Amazon und Online-Shops.<sup>1</sup> Bereits hieran wird deutlich, dass die Zahl der Rechtsvorschriften und die Informations- und Hinweispflichten für Händler kaum zu überschauen sind.

Eine besondere Bedeutung kommt im Online-Bereich auch dem gegenwärtig existierenden sog. „fliegenden Gerichtsstand“ zu. Durch die Möglichkeit, am „Begehungsort“ zu klagen (im Internet ist dies jeder Ort, an dem ein Angebot eingesehen werden kann), können vom Abmahnenden Gerichte in ganz Deutschland angerufen werden. Nach dem Gesetzentwurf soll dieser die Ausnahme bilden und Klagen in der Regel bei dem Gericht erhoben werden, in dessen Bezirk der Beklagte seine inländische Niederlassung, Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat. Aus Sicht des BITKOM wäre hierzu eine differenzierte Betrachtung notwendig, welche der Schutzbedürftigkeit unterschiedlicher Anbietergruppen entsprechen würde:

Zum Einen wären kleinere Unternehmen vor missbräuchlichen Abmahnenden zu schützen, die in einem extremen Fall versuchen, das Gericht auszusuchen, das die eigene Rechtsauffassung unterstützt und unverhältnismäßige Kostenerstattungen durch die Festsetzung hoher Streitwerte ermöglicht. Zum Anderen wären die Vorteile des geltenden Systems zu bewahren. Dieses führte nämlich zu einer Spezialisierung einer begrenzten Zahl von Gerichten, worauf große Unternehmen eine gut funktionierende Verfahrenspraxis aufgebaut haben, indem durch die spezialisierten Gerichte die Gleichbehandlung vor dem Recht gesichert werden kann.

Daher soll aus Sicht des BITKOM eine Beschränkung des sog. „fliegenden Gerichtsstands“ in Bezug auf wettbewerbsrechtliche Abmahnungen allenfalls auf Fälle angewandt werden, in denen gemäß § 51 Abs. 3 GKG-E eine Streitwertminderung vorgenommen werden könnte (d.h. wo die Sache für den Beklagten erheblich geringer zu bewerten ist).

Die Möglichkeit einer Streitwertminderung sollte sich wiederum klar auf Fälle beschränken, in denen sich ein Kläger auf Verstöße bezieht, die als Bagatellfälle zu bewerten sind (z.B. fehlerhafte Angaben im Impressum). Eine zu weitgehende generelle Möglichkeit von Streitwertminderung für kleine Gewerbetreibende würde eine Benachteiligung legitimer Interessen von Geschädigten bedeuten.

Die vorgeschlagenen Regelungen im Bereich der Inkassowesen sehen wir kritisch, da sich diese nicht nur auf seriös arbeitende Inkassoanbieter, sondern auch auf unsere Mitglieder (die Auftraggeberseite) negativ auswirken können. Seriöse Inkassounternehmen dienen Telekommunikationsunternehmen wie auch anderen Unternehmen als Partner bei der Realisierung offener Forderungen und ermöglichen so, deren Liquidität zu sichern. Umso wichtiger ist die Liquiditätssicherung bei margenschwachen Wirtschaftsbereichen. Zudem würden die vorgeschlagenen Regelungen nicht die „Abzocker-Unternehmen“ allein, sondern alle, selbst die seriös arbeitenden, Inkassodienstleister nachteilig treffen. Nach Auffassung von BITKOM sollte der Gesetzentwurf vielmehr gezielt bei unseriös arbeitenden Inkassodienstleistern ansetzen, und zwar insbesondere durch konsequente berufsrechtliche und/oder gewerberechtliche Maßnahmen. Nicht vergessen werden darf auch die Rolle von Inkassounternehmen bei der Entlas-

<sup>1</sup> <http://www.it-recht-kanzlei.de/abmahnung-ebay.html>

tung der Justiz, da ein Großteil der offenen Forderungen bereits im rein außergerichtlichen Verfahren gegenüber den Schuldnern realisiert werden kann.

Insbesondere die geplanten Informationspflichten für Inkassodienstleister gegenüber Privatpersonen würden für die Auftrag gebenden Unternehmen eine weitgehende Anpassung ihres Inkassomanagements bedeuten, indem Inkassodienstleistern zusätzliche Informationen schon im Rahmen der ersten außergerichtlichen Mahnung zugänglich gemacht werden müssten. Erheblicher Mehraufwand würde außerdem insbesondere für kleinere Mitgliedsunternehmen dadurch entstehen, dass bestehende Abrechnungsmechanismen umgestellt werden müssten, um den Darlegungs- und Informationspflichten nachkommen zu können. Für Vertragsschlüsse in der Vergangenheit, in der nicht alle Informationen entsprechend gespeichert wurden, kann die Erfüllung der geplanten Vorschrift nicht mehr nachgeholt werden, so dass die Anforderungen nur für Verträge gelten können, die nach Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind.

Des Weiteren könnte die im Entwurf beschriebene Deckelung der Inkasso-Regelsätze für eine Vielzahl seriös arbeitender Inkassounternehmen die Existenz gefährden. Sie birgt das Risiko, dass seriöse Inkassodienstleister nicht kostendeckend arbeiten können. Für unsere Mitglieder, die im Bereich der Inkassowesen als Auftraggeber tätig sind, könnte dies dazu führen, dass Forderungen nicht mehr im Inkassoverfahren geltend gemacht werden können und die Unternehmen die Ausfälle auf alle ihren Kunden verteilen müssten.

Die Lösung, um unseriöses Inkasso zu bekämpfen, muss daher in einer erweiterten Aufsicht und einer abgestuften Sanktionierung gesucht werden. Nicht nur Privatpersonen als Schuldner sind von unseriösen Inkassounternehmen betroffen, sondern die gesamte Inkassobranche, deren Ruf nachhaltig zerstört wird. Gleichwohl benötigen die Telekommunikationsunternehmen die seriösen Inkassounternehmen zur Unterstützung bei der Forderungsdurchsetzung. Der Ansatz, die Qualität und Transparenz der Arbeit von Inkassounternehmen zu verbessern, wird konterkariert durch den Versuch, gleichzeitig die Vergütung dieser für Unternehmen wie Verbraucher wichtigen Dienstleistung zu pauschalieren und zu kappen. Diese Ziele widersprechen sich. Wir würden gerne zu einer effektiven Verbesserung von Qualität, Transparenz und Aufsicht aller Inkassounternehmen kommen wollen.

Vor dem Hintergrund dieser prinzipiellen Erwägungen kommentieren wir einzelne Punkte des BMJ-Referentenentwurfs wie folgt:

## **2 Vorschläge zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Inkassomaßnahmen**

Der Gesetzesentwurf schlägt gezielte Änderungen im Rechtsdienstleistungsrecht vor, um Missbrauch durch so genannte „schwarze Schafe“ der Inkassobranche zu unterbinden. BITKOM begrüßt das Ziel, die Verbraucher vor solchen Missbräuchen zu schützen, jedoch dürfen auch die Interessen der vielen seriös arbeitenden Inkassodienstleistenden nicht außen vor bleiben und die effektive und seriöse Beitreibung berechtigter Forderungen beeinträchtigt werden.

### **2.1 Zu Art. 1 Ref-E (neuer § 11a Rechtsdienstleistungsgesetz-E - Darlegungs- und Informationspflichten bei Inkassodienstleistungen)**

Die im Gesetzentwurf, insbesondere in § 11a RDG-E Abs. 1 Satz 2, geregelten Darlegungs- und Informationspflichten könnten im Inkassoprozess einiger unserer Mitgliedsunternehmen unter Umständen nur mit erheblichem finanziellen Aufwand im siebenstelligen Bereich umgesetzt werden; insbesondere kleinere Unternehmen mit älteren Abrechnungssystemen wären unverhältnismäßig betroffen. Änderungen im Inkassoprozess von erheblicher Tragweite hätten damit nicht nur Auswirkungen auf die Schuldner, sondern auf alle Kunden, nämlich auch auf die weit überwiegende Anzahl von vertragstreuen und rechtzeitig zahlenden Kunden. Die Unternehmen müssten die erhöhten Kosten, die aufgrund der neuen Anforderungen entstehen, auch auf diese vertragstreuen Kunden in Form höherer Produktpreise umlegen. Kosten, die ein kleiner Teil der Kunden verursacht, müssten kollektiv von allen Kunden getragen werden.

Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, dass unter Abschnitt E.2 des Referentenentwurfs ("Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft") diese Belastungen für Unternehmen nicht dargestellt werden. Es wird hier vollkommen ausgeblendet, dass vertragstreue Kunden aufgrund des individuellen Verhaltens von wenigen Schuldnern belastet werden.

Die Sachverhaltsdarstellung des Referentenentwurfs ist auch dahingehend unzutreffend, indem er ausführt, dass die Angaben zum Forderungsgrund und den Umständen des Vertragsschlusses "nicht über die Inhalte einer seriösen Zahlungsaufforderung oder eines Mahnbescheidsantrages" hinausgehen. Diese Informationen sind im Mahnbescheidsantrag weder erforderlich, noch können sie im automatisierten Mahnverfahren aufgenommen werden.

Einige unserer Mitglieder sind Telekommunikationsunternehmen, die regelmäßig mit Inkassodienstleistern zusammenarbeiten. Wie aus dem nachstehenden Ablaufbeispiel ersichtlich ist, wird in dieser Geschäftspraxis den schutzwürdigen Interessen der Kunden auch jetzt schon auf andere Weise Rechnung getragen:

Offene Hauptforderungen aus den durch Schuldner nicht bezahlten Rechnungen werden derzeit von einer Vielzahl der Mitglieder in einem Betrag und mit einem Beleg an Inkassodienstleister zur weiteren Geltendmachung nach einem erfolglos gebliebenen eigenen kaufmännischen Mahnverfahren übergeben. Die IT-Systeme dieser Telekommunikationsunternehmen und Inkassodienstleister sind auch nur darauf ausgerichtet worden, in Bezug auf die Hauptforderung einen Beleg zu übergeben.

Eine automatische Trennung dieser offenen Gesamtforderung im außergerichtlichen Mahnschreiben des Inkassodienstleisters war damit bislang häufig nicht vorgesehen, so dass auch nicht alle Daten in der vom Gesetzentwurf vorgesehenen Form automatisiert in die IT-Systeme des Inkassodienstleisters übergeben werden können.

Die Teilforderungen, die dieser Inkassoforderung zugrunde liegen, entspringen zumeist mehreren seitens der Schuldner nicht ausgeglichenen Rechnungen und einer Vielzahl von nutzungsunabhängigen Grundentgelten und nutzungsabhängigen Verbindungsentgelten. Es handelt sich somit um eine größere Anzahl von Einzelforderungen, die das Telekommunikationsunternehmen in monatlichen Rechnungen wie auch mehreren eigenen Mahnungen geltend gemacht hat.

Zudem sind diese Teilforderungen zuvor häufig durch Teilzahlungen, Verrechnungen und Gutschriften auch teilweise erloschen.

Gerade bei langjährigen Vertragskunden des TK-Unternehmens ist es nicht mehr ohne Weiteres möglich, nachzuvollziehen, wann der Kunde seinen Vertrag über ein Dauerschuldverhältnis abgeschlossen hat und wo er dies getan hat. Die Kunden haben zum Teil über längere Zeiträume die Grundentgelte im Dauerschuldverhältnis rechtzeitig bezahlt und dem Vertrag nicht widersprochen, so dass eine Angabe des Datums des Vertragsschlusses aus Sicht des späteren Schuldners auch gar nicht notwendig ist.

In Bezug auf die offenen Verbindungsentgelte kann der Schuldner aufgrund der Ausweisung der Verbindungen im Einzelverbindungs nachweis (EVN) gemäß § 45e TKG schon lange Zeit vor dem außergerichtlichen Inkassomahnschreiben die Teilbeträge nachvollziehen. Die nutzungsunabhängigen Entgelte stellt das TK-Unternehmen nachvollziehbar auf der monatlichen Rechnung dar, so dass insgesamt keine Unklarheiten über die abgerechneten Leistungen bleiben sollten. Trotzdem verbleibende Rückfragen können unter der auf der Rechnung angegebenen Kontaktadresse platziert werden. Selbst wenn der Schuldner zuvor keinen EVN beauftragt hatte, so gibt ihm der § 45i TKG das Recht, sich die Einzelverbindungen im Rahmen einer Beanstandung aufschlüsseln zu lassen.

Der Schuldner hatte nachfolgend auch Zeit, die seitens des Telekommunikationsunternehmens bei Nichtzahlung im eigenen kaufmännischen Mahnverfahren geltend gemachten Forderungen mit den auf der Mahnung angezeigten Kontakten zu klären.

Wenn der Schuldner ein außergerichtliches Inkassoschreiben eines Inkassodienstleister erhält, hat er, wie oben ausgeführt, bereits mannigfache Möglichkeiten versäumt, sich die Forderung aufschlüsseln zu lassen. Es ist damit nicht nachvollziehbar, für außergerichtliche Schreiben von Inkassodienstleistern Inhalte zu fordern, die der Schuldner schon mehrfach erhalten und gleichwohl nicht zur Kenntnis genommen hat.

Nicht zuletzt kann der Schuldner sich natürlich jederzeit an die im außergerichtlichen Schreiben des Inkassodienstleister genannten Kontakte wenden, um die gewünschten Informationen noch einmal zu erhalten. Seriöse Inkassodienstleister haben ein eigenes Interesse, mit den Schuldnern in Kontakt zu treten, um die offenen Forderungen zum Vorteil beider Parteien zu klären.

Der Gesetzentwurf lässt auch Übergangsregelungen und Befreiungstatbestände vermissen, obwohl in Vertragsverhältnisse eingegriffen wird, die zum Teil Jahrzehnte alt sein können und Daten wie der Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr nachvollziehbar sind. Aus Sicht des BITKOM sollen daher eventuell neu einzuführenden Informationspflichten lediglich für Verträge gelten, die nach Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind.

## **2.2 Zu Art. 3 Ref-E (Änderung des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz)**

Eine Änderung der Vergütung von Inkassounternehmen und Rechtsanwälten durch Verordnung würde in den Regelungsbereich des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) und der langjährigen obergerichtlichen Rechtsprechung –

bis hin zum Bundesverfassungsgericht – zum Ersatz von Inkassokosten eingreifen<sup>2</sup>.

BITKOM betrachtet die geplante Gebührenkappung für Inkassotätigkeiten kritisch, da es hier zu befürchten ist, dass die Qualität der Leistung der Inkassobetriebe bei geringeren Einnahmen nachlassen könnte. Selbst seriös arbeitende Anbieter könnten sich hier gezwungen sehen, den Bearbeitungsaufwand zu reduzieren, da sie sonst nicht kostendeckend arbeiten können. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Mengeninkassos, wo die niedrigen Regelgebührensätze schlimmstenfalls dazu führen könnten, dass die Beitreibung für Inkassodienstleister nicht mehr unter wirtschaftlich akzeptablen Bedingungen durchzuführen ist. Dies könnte dazu führen, dass diese Forderungen durch Unternehmen nicht mehr im vorgerichtlichen Inkassoverfahren geltend gemacht werden können, da die tatsächlich anfallenden Kosten nicht mehr durch die Schuldner erstattet werden müssen.

Angesichts der geringen Margen, die im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen zu erzielen sind, müssten die Unternehmen diese Ausfälle, wie auch die erhöhten Kosten der Anforderungen nach Art. 1 Ref-E (siehe Punkt 2.1) an alle Kunden in den Produktpreisen weitergeben. Dies würde weder dem Verursacherprinzip noch dem Schutz der redlichen Verbraucherinnen und Verbraucher entsprechen.

Alternativ würden viele Forderungen dann nicht mehr – wie bisher – im vorgerichtlichen Verfahren durch Zahlung erledigt werden, sondern gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Dies würde nicht nur zu einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte und in der Folge auch der Gerichtsvollzieher führen, sondern zudem auch zu einer deutlich höheren Kostenbelastung bei den betroffenen Schuldnern, als im Falle einer gütlichen, außergerichtlichen Regulierung.

Darüber hinaus stellen derartige Änderungen der Gebührenstruktur einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit zwischen Gläubiger und Schuldner dar, der grundsätzlich nur als ultima ratio in Betracht gezogen werden sollte.

Dass sich das Bundesministerium der Justiz durch den Referentenentwurf selbst ermächtigt, eine Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates zu erlassen, die die Höhe der Vergütung von Inkassounternehmen, deren Erstattung der Gläubiger von einer Privatperson höchstens verlangen kann, lässt die vorgeschlagenen Änderungen noch bedenklicher erscheinen.

Anstatt der geplanten Gebührenkappung wäre es aus Sicht des BITKOM sinnvoller, die Aufsicht nach dem RDG zu stärken. Es sollte den zuständigen Aufsichtsbehörden möglich sein, neben dem Widerruf der Registrierung nach § 14 RDG als „ultima ratio“ auch ein erweitertes und abgestuftes Sanktionsinstrumentarium nutzen zu können, um auch bereits geringere Verstöße seitens unseriöser Inkassounternehmen zu rügen.

<sup>2</sup> Das BVerfG hat – in seiner Entscheidung vom 07.09.2011 (1 BvR 1012/11) – die auch bei den Instanzengerichten ganz überwiegend geübte Praxis, sich hinsichtlich der Frage der Erstattungsfähigkeit angefallener Inkassokosten an der gesetzlichen Rechtsanwaltsvergütung zu orientieren, ausdrücklich bestätigt.

### **2.3 Zu Art. 4 Ref-E (neuer § 43d Bundesrechtsanwaltsordnung-E - Darlehens- und Informationspflichten bei Inkassodienstleistungen)**

Die Kommentierung zu Art. 1 Ref-E (siehe Punkt 2.1) gilt entsprechend auch für diese Vorschläge.

Zudem ist in Bezug auf die anwaltlichen Inkassodienstleistungen augenfällig, dass die Definition von Inkassodienstleistungen unzureichend ist. Soweit auch Anwälte Inkassodienstleistungen erbringen sollen, stellt sich die Frage zur Abgrenzung eines „normalen“ Anwaltsmandates. Sollten die Regelungen für alle Anwälte gelten, wäre das Gesetz zu unbestimmt, da sich eine Inkassodienstleistung nicht aus sich heraus definieren lässt. Jede Mahnung mit Fristsetzung kann als Inkassodienstleistung aufgefasst werden. Nur die Anzahl der Verfahren kann aber nicht aus einem Anwaltsmandat eine Inkassodienstleistung machen, denn es wäre dem Zufall überlassen, ab wann man die Schwelle zur Inkassodienstleistung überschreitet.

Insgesamt ist eine Abgrenzung aufgrund der Anzahl der bearbeiteten Fälle nicht geeignet, da die Anzahl zum einen natürlich von der Unternehmensgröße des jeweiligen Gläubigers abhängig ist und zudem die Anzahl nichts darüber aussagt, in welcher Tiefe ein einzelner Fall bearbeitet wird.

## **3 Vorschläge zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei datenschutzrechtlichen Einwilligungen**

### **3.1 Zu Art. 5 Nr. 1 Ref-E, Art. 6 Ref-E (Änderung des § 308 BGB-E, Art. 229 Einführungsgesetzes-E zum BGB)**

BITKOM bewertet die Vorschläge im Bereich datenschutzrechtlicher Einwilligungen, insbesondere den Entwurf eines AGB-Klauselverbots mit eigenen, inhaltlichen Vorgaben, die mit der geltenden Rechtslage nicht deckungsgleich sind, sehr kritisch. Wir sind der Auffassung, dass die Rechtsprechung<sup>3</sup> hierzu hinreichend Rechtssicherheit gewährleistet und die vorgeschlagene Änderung nur zu einer weiteren - unnötigen - Fragmentierung des datenschutzrechtlichen Regelwerks führen würde. Zu vermeiden wäre zudem, dass die im Referentenentwurf vorgeschlagene Regelung künftigen Rechtsentwicklungen, insbesondere der EU-Datenschutzgrundverordnung, vorgeht. Daher plädiert BITKOM für die Streichung der Artikel 5 und 6 aus dem vorliegenden Gesetzespaket.

## **4 Vorschläge zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei der Telefonwerbung**

### **4.1 Zu Art. 5 Nr. 2 Ref-E**

BITKOM begrüßt ausdrücklich, dass das BMJ eine differenzierte Betrachtung der Problematik von Vertragsabschlüssen mit Kunden in der Telefonwerbung vorgenommen hat. Insbesondere im Telekommunikationssektor sind die Beschwerden über ungewollt abgeschlossene Verträge massiv gesunken. Hier haben zum einen die gesetzlichen Verschärfungen zur unerlaubten Telefonwer-

<sup>3</sup> So hat beispielsweise der BGH in den Entscheidungen „Payback“ und „Happy Digits“ klargestellt, dass im Bereich der Briefwerbung das Opt-out-Prinzip genügt, d.h. die Einwilligung muss nicht gesondert erklärt werden, sondern kann auch zusammen mit anderen Erklärungen (z.B. in AGB) erfolgen, solange die Einwilligung hervorgehoben wird (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG).

bung Verbesserungen gebracht; insbesondere aber auch durch die Telekommunikationsbranche selbst vorgenommene tiefgreifende Verbesserungen der Service- und Beratungsqualität in der Telefonwerbung. Dem trägt das BMJ mit der Begrenzung des Textformerfordernisses auf Gewinnspiieldienstverträge Rechnung.

Eine Klarstellung wäre jedoch notwendig, um eventuelle Rechtsunsicherheiten ausschließen zu können: Der Wortlaut des vorgeschlagenen § 675 Abs. 3 BGB-E könnte in der Rechtspraxis so ausgelegt werden, dass hiervon Gewinnspiele, die der Kunde telefonisch über eine Mehrwertdienstnummer anwählt, erfasst wären, da hier eine telefonische Vermittlung durch TK-Anbieter an einen Dritten, dem verantwortlichen Gewinnspiel-Dienstanbieter, erfolgt. Da hier, auch aufgrund der Transparenz-Vorschriften des TKG kein Missbrauch besteht, sollte eine entsprechende Klarstellung in den Gesetzentwurf aufgenommen werden.

#### **4.2 Zu Art. 7 Nr. 5 a) Ref-E**

Die bestehenden Regelungen zur Sanktionierung des Einsatzes von automatischen Anrufmaschinen (Predictive Dialern) sehen in § 67 Abs. 1 TKG vor, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Nummernverwaltung Rufnummern entziehen und abschalten lassen kann. Auch bei mehreren Einzelfällen können diese Schritte nur in Bezug auf die Verwendung einer Rufnummer (soweit immer die gleiche Rufnummer übertragen wurde) erfolgen. Die vorgeschlagene Ausweitung des § 20 Abs. 1 UWG auf die missbräuchliche Verwendung von automatischen Anrufmaschinen würde hingegen eine zusätzliche Grundlage für eine Sanktionierung des Einsatzes von automatischen Anrufmaschinen schaffen. Nach dieser könnten dann (erfolglose) Anrufversuche zu einem Bußgeld von zukünftig bis zu € 300.000,- führen. Dadurch würde der Einsatz der für einen wirtschaftlichen Betrieb von Callcentern dringend erforderlichen Dialern zu einem unverhältnismäßig großen wirtschaftlichen Risiko werden. Grundsätzlich ist zudem zu bestreiten, dass ein erfolgloser Anrufversuch, dazu noch in Abwesenheit, überhaupt den Tatbestand einer unzumutbaren Belästigung erfüllen kann.

Diese Ausdehnung ist neben den Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit aber in der heutigen Rechtspraxis schon deshalb unnötig und in ihrer konkreten Gestaltung möglicherweise auch aus diesem Grund unverhältnismäßig, da auch in den Fällen, in denen zwar der Anruf- und Gesprächsaufbau durch einen Predictive Dialer, das Gespräch aber durch eine natürliche Person erfolgt, bereits unstrittig § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG greift. Die zusätzliche Erfüllung des Tatbestands von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG könnte als bußgelderhöhender Umstand gewertet werden, wenn vor der erfolgreichen Annahme bereits mehrere erfolglose Kontaktaufnahmen durch einen Predictive Dialer erfolgten. Sollten die erfolglosen und der erfolgreiche Anrufe nicht Tateinheitlich gewertet werden, bestünde sogar die Gefahr eines doppelten Bußgeldes für die beiden Tatbestände in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG. Das ist nicht erforderlich bzw. unangemessen. Dadurch würde der Einsatz der für einen wirtschaftlichen Betrieb von Callcentern dringend erforderlichen Dialern zu einem großem wirtschaftlichen Risiko werden. Die Ausdehnung käme daher faktisch einem Verbot gleich.

Allenfalls für Fälle, in denen ausschließlich automatische Maschinen für Anrufe und Gesprächsführung genutzt werden, könnte eine solche vorgeschlagene Regelung erwogen werden. Aber auch hier wäre die vorgesehene Bußgeldhöhe

unverhältnismäßig. Dies müsste im Dienste der Rechtsicherheit auch ausdrücklich im Gesetzestext in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bzw. § 20 UWG geregelt werden.

#### **4.3 Zu Art. 7 Nr. 5 b) Ref-E**

Sowohl Notwendigkeit als auch Zweck der Erhöhung der Bußgelder sind aus unserer Sicht zu hinterfragen. Zunächst stellt es sich so dar, dass die gesetzlichen Verschärfungen in 2009, inkl. der dort neu eingeführten Bußgelder des § 20 Abs. 1 UWG, für Vergehen gegen unerlaubte Telefonwerbung erheblich zur erfolgreichen Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung beigetragen haben. Dies belegt auch eindrucksvoll der Umfragebericht<sup>4</sup> des BMJ vom vergangenen Jahr.

Die bisher geltende Bußgeldbewehrung hat zu einer Vielzahl von Verfahren geführt, die ebenfalls dazu beigetragen haben, dass das Maß an Kundenbeschwerden erheblich reduziert werden konnte. Daher ist schon fraglich, ob eine Erhöhung erforderlich ist.

Weiterhin ist festzuhalten, dass die Frage der Betrachtung, ob die Auftragsvergabe mehrerer (unerlaubter) Werbeanrufe eine Tateinheit darstellen oder als mehrere Taten zu betrachten sind, bisher lediglich erstinstanzlich geklärt wurde. Da bereits die Neuregelung des Bußgeldtatbestands in 2009 eine effektive Bekämpfung der einzelnen unerlaubten Anrufe zum Ziel hatte und dies von der Bundesnetzagentur auch entsprechend vertreten wurde, ist nicht auszuschließen, dass eine einfache Erhöhung des Bußgeldes bei später erfolgender anderer Auslegung zu massiven wirtschaftlichen Risiken führen kann. Sollte daher, wie vorgeschlagen, eine Versechsfachung der Bußgelder vorgenommen werden, ist unbedingt unmittelbar im Gesetzestext festzuhalten, dass eine Beauftragung eine Tateinheit und keine Tatmehrheit darstellt.

### **5 Vorschläge zur Beseitigung von Missständen bei wettbewerblichen Abmahnungen**

#### **5.1 Zu Art. 7 Nr. 1 Ref-E (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)**

Im Rahmen der Anpassung des § 7 Abs. 2 Nr. 4 b) neu UWG-E wäre aus Sicht des BITKOM wünschenswert, zwei Präzisierungen vorzunehmen:

Zum einen sollte im Gesetzestext klargestellt werden (d.h. nicht nur in der Begründung), dass sich die Regelung nur auf elektronisch versandte Nachrichten bezieht, also insbesondere keine haptische Post erfasst ist und auch keine "nicht-versandten" Nachrichten (z.B. Banner, etc.).

Zum anderen erscheint die Androhung der Wettbewerbswidrigkeit einer (elektronischen) Nachricht, die auf eine Website verlinkt, die gegen die Anforderung des § 6 TMG verstößt, weitgehend: Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich die Regelung auf die gesamte Website - das erhöht das Risiko eines Verstoßes durch eine versteckte Unterseite. BITKOM würde daher eine Änderung anregen, die einen Bezug (nur) auf die verlinkte Unterwebsite (Landingpage) sowie von dieser Seite einbezogene (durch weiteren Verweis/Verlinkung) Seiten herstellt. Durch die Einbeziehung weiterverwiesener Seiten wäre eine Umgehung durch "neutrale" Landingpages verhindert.

<sup>4</sup>[http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Umfrageergebnisse\\_Belaestigung\\_durch\\_Werbe\\_anrufe.pdf;jsessionid=B29394F0F3B42C9C722AF8985176323C.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Umfrageergebnisse_Belaestigung_durch_Werbe_anrufe.pdf;jsessionid=B29394F0F3B42C9C722AF8985176323C.1_cid297?__blob=publicationFile)

### **5.2 Zu Art. 7 Nr. 2 Ref-E (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)**

BITKOM begrüßt die Anfügung an § 8 Abs. 4 UWG-E, welche dem missbräuchlich Abgemahnten einen Gegenanspruch einräumt. Dies kann – gebündelt mit anderen Maßnahmen – zu einer Eindämmung des Abmahnunwesens führen, insbesondere hinsichtlich Abmahnungen durch Mitbewerber. Der Abgemahnte könnte dann in einem eigenen Verfahren darlegen, dass die Abmahnung unberechtigt war, also kein Gesetzesverstoß vorlag, bzw. nach den zugrunde gelegten Fakten nicht angenommen werden durfte. Schwieriger dürften die Fälle sein, in denen eine missbräuchliche Abmahnung anzunehmen ist, etwa im Rahmen einer unzulässigen Massenabmahnung. Gerichte haben bislang bestehende Abwehrmöglichkeiten gegen missbräuchliche Abmahnungen – etwa aus den §§ 3, 8 Abs. 4 und 12 Abs. 4 UWG – und insbesondere Möglichkeiten zur Kosteneindämmung nicht oder nur unzulänglich genutzt. Insoweit sollten Regelbeispiele das missbräuchliche Verhalten konkretisieren, um so dem Empfänger einer missbräuchlichen Abmahnung eine Hilfestellung bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer solchen Klage zu geben.

### **5.3 Zu Art. 7 Nr. 3 und Art. 10 Nr. 3 Ref-E (Änderung des § 12 Abs. 4 Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und Änderung des § 51 Gerichtskostengesetzes)**

BITKOM begrüßt, dass das Bundesministerium der Justiz die Diskussion um eine Festlegung von Streitwerten aufgreift und signalisiert, dass eine pragmatische Lösung politisch angestrebt wird.

Die Änderungsvorschläge zur Anordnung einer Streitwertbegünstigung nach § 12 Abs. 4 UWG-E sehen wir jedoch kritisch. Ob Verbände in den Kreis der Berechtigten gelangen, wird schlussendlich die Rechtsprechung zeigen. Wir lehnen diese Änderung ab, da dies im Zweifel dazu führt, dass Verbände etc., die gegen Unternehmen klagen wollen, ein vermindertes Prozesskostenrisiko haben und dadurch die Hemmschwelle zur Führung von ungerechtfertigten Rechtsstreiten gesenkt wird.

Dieses dürfte zu vermehrten Prozessen führen und würde die Mitgliedsunternehmen belasten. Dort, wo mit Rechtsanwälten auf Stundenbasis abgerechnet wird, könnte dann künftig nur ein reduzierter Kostenerstattungsanspruch geltend gemacht werden. Wenn an dieser Änderung festgehalten werden sollte, dann sollte gerechterweise bei Unterliegen auf Basis des regulären Gegenstandswertes abgerechnet werden.

In Bezug auf die Änderungsvorschläge zu § 51 GKG-E ist die Position des BITKOM differenzierter:

Erstens gehen wir davon aus, dass der Streitwert gemäß § 51 Abs. 1 und 2 GKG-E, wenn er sich „nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache“ ermessem soll, im Wesentlichen so bestimmt wird, wie dies von der Rechtsprechung bislang ohnehin angenommen wird (Indizwirkung der Streitwertvorgabe).

Zweitens bewerten wir die Möglichkeit gemäß § 51 Abs. 3 GKG-E, eine Minderung der Streitwerte vorzunehmen, grundsätzlich positiv, da Gerichte selbst bei geringfügigen Verstößen in der Vergangenheit oftmals Werte angesetzt haben, die zu hohen Abmahnkosten geführt haben. Die – insbesondere im Vergleich

zum derzeitigen § 12 Abs. 4 UWG – eindeutigeren Regelungen führen dazu, dass sich Rechtsanwender seltener auf kostenträchtige Prozesse einlassen müssen. Zudem werden finanzielle Anreize für Abmahnungen deutlich verringert und die Anzahl der Abmahnungen, die weniger im Interesse eines lauterer Wettbewerbs als vielmehr zur Gebührenmaximierung ausgesprochen werden, reduziert.

Gleichwohl soll § 51 Abs. 3 GKG-E dahingehend überarbeitet werden, dass die Voraussetzungen zur Reduzierung des Gegenstandswertes im Gesetzestext konkretisiert werden. Eine Deckelung der Streitwerte sollte nicht zur Schwächung der Position des Klägers - und somit in vielen Fällen die Position des Geschädigten - führen. Eine Konkretisierung ist umso wichtiger, als es gerade nicht auf das Spezialgesetz ankommt, gegen das verstoßen wird, sondern auf die konkreten Umstände, die auf eine Missbräuchlichkeit der Abmahnung oder wenigstens eine geringere Bedeutung hinweisen. Eine Konkretisierung sollte die mögliche Reduzierung des Gegenstandswerts auf tatsächliche Bagatellfälle, wie z.B. fehlerhafte Angaben im Impressum, begrenzen.

Dagegen sind etwa Verstöße gegen Marktverhaltensregeln, wie beispielsweise der Preisangabenverordnung, nicht immer als Bagatellfälle zu behandeln (so könnte aber die Begründung – Allg. Teil unter Ziffer 4 – missverstanden werden). Ein erheblicher Teil der Aktivprozesse unserer Mitglieder wird wegen Verstößen gegen die Preisangabenverordnung geführt. Eine Schlussfolgerung in der Begründung, dass diese Verstöße nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen, erscheint daher als zweifelhaft. Wenn beispielsweise nur anteilige Preise kommuniziert werden, wirkt sich dies deutlich zum Nachteil des Wettbewerbs aus. Gerade Online-Werbemittel wie Web-Sites oder auch nur Banner, Pop-Up etc. haben gerade wegen ihrer Masse auch einen erheblichen Einfluss auf den potentiellen Kunden. Etwas anderes gilt natürlich, wenn ein kleiner Online-Händler bei der Darstellung seines Angebots auf Marktplätzen gegen die Preisangabenordnung verstößt, insbesondere wenn der Verstoß auf eine Änderung in der neueren Rechtsprechung zurückzuführen ist.

Drittens erscheint aus Sicht des BITKOM die vorgesehene gesetzliche Regelung, in der der Streitwert im Eilverfahren gegenüber dem Wert der Hauptsache-Klage reduziert werden soll (§ 51 Abs. 4 GKG-E), praxisfern und inakzeptabel. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sollte es daher, wie in § 51 Abs. 3 GKG-E vorgesehen, nur die Möglichkeit einer Minderung des Streitwerts geben.

Der überwiegende Teil der Streitigkeiten wird im Eilverfahren geführt und in aller Regel ist die gerichtliche Eilentscheidung auch die für die Partei wirtschaftlich wichtigere Entscheidung, weil ein Verbot entweder sofort durchgesetzt werden kann (Antragstellersicht) bzw. sofort beachtet werden muss (Antragsgegnersicht).

Vor diesem Hintergrund ist es aus unserer Sicht nicht nachzuvollziehen, warum dem Eilverfahren aus Sicht der Gesetzgeber eine schwächere Bedeutung beigemessen werden soll. Es ist doch gerade so, dass das Eilverfahren in zweiter Instanz abgeschlossen wird, mithin eine Bindung von Kapazitäten beim Bundesgerichtshof ausscheidet. Eilverfahren, die auf diese Weise spätestens in zwei Instanzen abgeschlossen werden und anschließend noch einmal vollständig durch die Instanzen bis zum Bundesgerichtshof gebracht werden, sind eher selten. Die Quote der Verfahren, bei denen nach Entscheidung im Eilverfahren

eine Abschlusserklärung abgegeben (oder der Unterlassungsanspruch nicht auch noch im Hauptsacheverfahren weiter verfolgt) wird, ist sehr hoch. Daher ist es aus Sicht des Praktikers nicht zu rechtfertigen, dem Eilverfahren eine geringere Bedeutung gegenüber der Hauptsache beizumessen, nur weil im Hauptsacheverfahren theoretisch (4–5 Jahre später) eine Entscheidung vor dem Bundesgerichtshof erzielt werden kann.

#### **5.4 Zu Art. 7 Nr. 4 Ref-E (Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)**

..... Eine wesentliche Änderung tritt mit der Neufassung des § 14 Abs. 2 UWG ein, denn dadurch würde der „fliegende Gerichtsstand“ gestrichen, solange der Beklagte im Inland eine gewerbliche oder selbstständige Niederlassung oder einen Wohnsitz hat. Damit würden UWG-Prozesse im Regelfall nur noch am Sitz des Gegners geführt werden können. Dies ist eine ganz wesentliche Beschränkung auf Basis einer Begründung, die relativiert werden sollte.

Aus Sicht des BITKOM wäre hierzu eine differenzierte Betrachtung notwendig, welche der Schutzbedürftigkeit unterschiedlicher Anbietergruppen entsprechen würde:

— Wir sind der Auffassung, dass die vorgeschlagenen Schutzmechanismen eher Anbieter in Form kleiner Gewerbetreibender, die im Online-Handel tätig sind, vor missbräuchlichen Abmahnungen zu schützen beabsichtigen. Wir regen an, diese Zielsetzung im Gesetzentwurf deutlich klarzustellen. Die in der Begründung beschriebenen Problemstellungen (Auswahl eines zur eigenen Rechtsauffassung tendierenden Gerichts oder eines vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners entfernt liegenden Gerichtsstands<sup>5</sup> durch den Abmahnenden) scheinen diese Gruppe nachteilig zu treffen.

Auch wenn im Bereich von internetbezogenen Wettbewerbsverstößen in extremer Form ein sogenanntes Forum Shopping zu konstatieren ist, hat sich der „fliegende Gerichtsstand“ im deutschen Rechtssystem etabliert und ist ein wichtiges Instrument zur Umsetzung berechtigter Interessen.

Er führte zu einer Spezialisierung bestimmter Gerichte, worauf große Unternehmen eine gut funktionierende Verfahrenspraxis aufgebaut haben. Bei großen Unternehmen/Wettbewerber, die regelmäßig gegenseitig wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten führen, kann die Möglichkeit, jeweils vor dem selben Gericht Kläger und Beklagter zu sein, relevant für die Gleichbehandlung vor dem Recht sein; sonst wäre es erforderlich, alle Streitigkeiten der Gleichbehandlung wegen vor den BGH zu tragen.

Daher soll aus Sicht des BITKOM eine Beschränkung des sog. „fliegenden Gerichtsstands“ in Bezug auf wettbewerbsrechtliche Abmahnungen lediglich auf Fälle angewandt werden, wo gemäß § 51 Abs. 3 GKG-E eine Streitwertmindere- rung vorgenommen wird (d.h. wo die Sache für den Beklagten erheblich geringer zu bewerten ist).

<sup>5</sup> In diesem Zusammenhang ist es anzumerken, dass das Kammergericht Berlin bereits entschieden hat, dass eine solchermaßen vorgenommene - bewusste - Wahl von möglichst weit vom Antragsgegner entfernt liegenden Gerichtsständen rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG ist (KG, WRP 2008, 511 ff.).

Wortlautvorschlag für § 14 Abs. 2 S. 2 neu:

*„In den Fällen, in denen nach § 51 Abs. 3 GKG der Streitwert zu mindern ist, ist für Klagen aufgrund dieses Gesetzes nur das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist, wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbständige berufliche Niederlassung noch einen Wohnsitz hat.“*

Des Weiteren sind wir der Auffassung, dass zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen durch die Zuständigkeit verschiedener regionaler Instanzenorgane eine fachliche Schwerpunktbildung dadurch erforderlich wäre, dass die Landesregierungen vermehrt von der Konzentrationsermächtigung des § 13 Abs. 2 UWG Gebrauch machen, wie dies bereits aufgrund von § 143 Abs. 2 PatG, § 27 Abs. 2 GebrMG, § 52 Abs. 2 GeschmMG, § 149 Abs. 2 MarkenG, 105 UrhG und § 6 Abs. 2 UKlaG vielfach geschehen ist. Derlei Schwerpunktgerichtsstände für Wettbewerbsstreitsachen finden sich zurzeit nur vereinzelt (teilweise in den neuen Bundesländern).<sup>6</sup> Gerade dieser Ansatz wäre geeignet, eine besondere Fachkompetenz bei den Gerichten zu entwickeln, die für die oft schwierige Beurteilung technischer Hintergründe und Möglichkeiten ausgesprochen hilfreich sein könnte und den fliegenden Gerichtsstand bereits faktisch einschränken würde.

## **6 Vorschläge zur Beseitigung von Missständen bei urheberrechtlichen Abmahnungen**

### **6.1 Zu Art. 9 und Art. 10 Nr. 2 Ref-E (Änderung des § 97a Urheberrechtsgesetzes und Änderung des § 49 Gerichtskostengesetzes)**

Das Ziel der Initiative des Bundesjustizministeriums zur Eindämmung von Abmahnungen unterstützt BITKOM ausdrücklich. Die Abmahnung ist ein legitimes Mittel zur Vorbeugung kostenintensiverer gerichtlicher Streitigkeiten. Die dabei entstehenden Rechtsverfolgungskosten, die vom Verletzer zu tragen sind, sollten dem im Einzelfall nötigen Aufwand entsprechen und damit nicht unverhältnismäßig hoch ausfallen. Dieses Instrument wird dann missbraucht, wenn Unternehmen und deren Anwälte aus der Abmahnung eine Einnahmequelle machen, ohne dass sie ein wirkliches Interesse an der Verfolgung des behaupteten Rechtsverstoßes haben. Die Möglichkeit der Abmahnung darf keine falschen Anreize setzen.

Stets muss der Ersatz der erforderlichen Rechtsverfolgungskosten gewährleistet sein und darf auch nicht lediglich symbolischer Natur sein. Ein rechtliches Vorgehen würde dann ggf. gar nicht ernst genommen und der Rechteinhaber würde dann zusätzlich zum eigentlichen Schaden noch mit Rechtsverfolgungskosten belastet. Die legitime, effektive Rechtsverfolgung darf insofern nicht leiden, sondern muss verhältnismäßig ausfallen und einen fairen Interessenausgleich herbeiführen.

<sup>6</sup> Vgl. <http://www.grur.de/de/links/landgerichte/>