



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 27 Mai 2012

#### zum Referentenentwurf des BMJ gegen unseriöse Geschäftspraktiken

erarbeitet von den Ausschüssen der Bundesrechtsanwaltskammer:

##### **Ausschuss Gewerblicher Rechtsschutz**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Osterrieth, Vorsitzender  
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Götz  
Rechtsanwalt Dr. Mirko Möller, LL.M.  
Rechtsanwältin Dr. Anke Nordemann-Schiffel  
Rechtsanwalt Christian Reinicke  
Rechtsanwalt Dr. Uwe Richter  
Rechtsanwalt Axel Rinkler  
Rechtsanwalt Pascal Tavanti

##### **Ausschuss Datenschutz**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Armin Herb, Vorsitzender  
Rechtsanwalt Klaus Brisch, LL.M.  
Rechtsanwalt Michael Dreßler  
Rechtsanwältin Christel Hahne  
Rechtsanwalt Dr. Hans Klees  
Rechtsanwalt Stephan Kopp  
Rechtsanwalt Jörg Martin Mathis  
Rechtsanwalt Dr. Hendrik Schöttle  
Rechtsanwalt Dr. Ralph Wagner, LL.M.

##### **BRAO-Ausschuss**

Rechtsanwalt Otmar Kury, Vorsitzender  
Rechtsanwalt u. Notar Dr. Dieter Finzel  
Rechtsanwalt Dr. Cornelius Fischer-Zernin  
Rechtsanwalt Dr. Karl-Heinz Göpfert  
Rechtsanwalt Dr. Albert Hägele  
Rechtsanwalt u. Notar Jan J. Kramer  
Rechtsanwältin Ulrike Paul  
Rechtsanwalt u. Notar Kay-Thomas Pohl  
Rechtsanwältin Lydia Schulze Althoff  
Rechtsanwalt Dr. LL.M. Ralph Wagner

##### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 -0  
Fax +49.30.28 49 39 -11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

##### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Ausschuss Schuldrecht**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Vorsitzender

Rechtsanwalt Jürgen Bestelmeyer

Rechtsanwalt u. Notar Dr. Andreas Eickhoff

Rechtsanwältin Dr. Sonja Lange

Rechtsanwalt Dr. Valentin Todorow

Rechtsanwalt Christian Dahns, Geschäftsführer, BRAK

Rechtsanwältin Friederike Lummel, Geschäftsführerin, BRAK

Rechtsanwalt Johannes Keller, wiss. Mitarbeiter, BRAK

**Verteiler:**

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Juristinnenbund

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Neue Richtervereinigung e.V.

Patentanwaltskammer

Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBI, DRiZ, FamRZ

FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, FTD, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus  
online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 157.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen - auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zum vorgenannten Referentenentwurf nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt Stellung:

### **1. Zu Artikel 3 des Entwurfes (Inkasso-Regelsätze)**

§ 4 Abs. 5 (neu) des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz sieht die Einführung von „Inkasso-Regelsätzen“ für außergerichtliche Inkassodienstleistungen vor. Gemäß § 4 Abs. 7 (neu) sollen diese - zukünftig durch das BMJ durch Rechtsverordnung geregelt - Regelsätze auch für Rechtsanwälte gelten, „soweit sie Inkassodienstleistungen erbringen“.

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich ausdrücklich gegen diese Regelung aus.

Der BGH hat mit seinem Beschluss vom 09.06.2008 (NJW 1998, 3486) klar zum Ausdruck gebracht, dass sich ein Mandant, der sich mit dem Auftrag der Forderungseinziehung statt an ein Inkassobüro an einen Rechtsanwalt wendet, von diesem stets erwartet, dass er bei seiner Tätigkeit insbesondere seine rechtlichen Interessen betreut, mithin als Rechtsanwalt tätig wird. Rechtsanwälte, die „Inkassodienstleistungen erbringen“, sind mithin im Grundsatz anwaltlich tätig, so dass das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz Anwendung findet und die Zugrundelegung eines „Inkasso-Regelsatzes“ gerade nicht in Betracht kommt.

Dies sieht das BMJ im Ergebnis ebenso, da in der Begründung zum Referentenentwurf selbst ausgeführt wird, dass von einer Erteilung eines (reinen) Inkassomandats an einen Rechtsanwalt nur auszugehen sei, wenn ein solches ausdrücklich vereinbart ist. Vor diesem Hintergrund ist die Einbeziehung der Anwaltschaft in § 4 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz als systemwidrig abzulehnen.

### **2. Zu Artikel 4 des Entwurfes (Darlegungs- und Informationspflichten – § 43d BRAO-E)**

Die Bundesrechtsanwaltskammer wendet sich entschieden gegen den Vorschlag zur Einführung eines neuen § 43d in die Bundesrechtsanwaltsordnung. Dieser Vorschlag ist systemwidrig und zudem überflüssig.

Der durch Art. 12 GG verankerte Grundsatz der freien und selbstverantworteten Berufsausübung verbietet es, in das anwaltliche Berufsrecht durch Einfügung eines § 43d BRAO-E zivilrechtliche Pflichten gegenüber Dritten aufzunehmen und diese zum Gegenstand sanktionsbewehrter Berufspflichten zu machen. So enthält die BRAO nicht eine einzige Vorschrift, die berufsrechtliche Pflichten des Rechtsanwalts zum Schutze der Gegenpartei statuiert. Ausschließlich zum Schutze des Mandanten enthält die BORA einige wenige Sanktionsmöglichkeiten bei der Verletzung zivilrechtlicher Pflichten durch den Rechtsanwalt.

Unabhängig von der Systemwidrigkeit der Einfügung des § 43d BRAO-E vertritt die Bundesrechtsanwaltskammer die Auffassung, dass Berufspflichten des Rechtsanwalts, die allein der Unterrichtung und Aufklärung der Gegenpartei dienen und ihn bei der Vertretung der Interessen seines Mandanten Einschränkungen unterwerfen, geeignet sind, das besondere gesetzlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant nachhaltig zu beeinträchtigen.

Die vorgeschlagene Einfügung des § 43d BRAO-E ist zudem überflüssig. Treiben Rechtsanwälte für unredliche Anbieter Forderungen im Wissen ein, dass diese tatsächlich nicht geschuldet sind, liegt bereits nach geltendem Recht ein Berufsrechtsverstoß vor. Gemäß § 43a Abs. 3 BRAO ist jeder Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung zur Sachlichkeit verpflichtet. Zu diesem Gebot gehört auch das Verbot der Lüge. Bereits diese bestehende Berufspflicht verbietet es jedem Rechtsanwalt, Forderungen einzuziehen, von denen er positiv weiß, dass sie nicht bestehen. Die Möglichkeit der Ahndung etwaigen Fehlverhaltens über das bestehende Berufsrecht oder gegebenenfalls sogar durch das Strafrecht ermöglicht eine am Einzelfall orientierte Sanktion.

### **3. Zu Artikel 5 Nr. 1 des Entwurfes (Datenschutzrechtliche Einwilligung – § 308 BGB)**

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt vor, von der beabsichtigten Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (Einfügung einer neuen Nr. 9 in § 308 BGB) abzusehen. Eine solche Regelung geht nicht über den bereits bestehenden Schutz hinaus, sondern verschlechtert die Situation für die Betroffenen und führt zudem zu der Gefahr von Widersprüchen unterschiedlicher Regelungen im AGB-Recht und Datenschutzrecht. Darüber hinaus bestehen auch mit Blick auf den unionsrechtlichen Rechtsrahmen Bedenken hinsichtlich einer solchen Regelung.

Der Entwurf sieht vor, die Wirksamkeit einer von einem Verbraucher durch vorformulierte Erklärung abgegebenen datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen, wenn die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten für die Zwecke des Vertrages nicht erforderlich ist.

§ 308 Nr. 9 BGB-E würde nur Verträge erfassen, während § 4a BDSG für alle Beziehungen (insbesondere alle rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse) zwischen einem Formelverwender und einem Betroffenen gilt.

Nach § 4a BDSG erfordert die Einwilligung die Schriftform. Demgegenüber ist nach § 305 Abs. 2 BGB eine Einbeziehung auch durch andere Regelungen möglich, bis hin zu Sonderregelungen für besondere Bereiche (§ 305 a BGB).

Die meisten dieser Voraussetzungen ergeben sich jedoch bereits aus § 4a Abs. 1 BDSG. Bereits nach dieser Norm ist eine Einwilligung nur dann wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Ferner ist der Betroffene danach auf den Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten hinzuweisen. Soweit nach den Umständen erforderlich sowie auf Nachfrage ist der Betroffene auch auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Grundsätzlich bedarf die Einwilligung nach § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben (§ 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG). Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich festgestellt, dass damit den Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG Genüge getan ist, wonach unter Einwilligung der betroffenen Person jede Willensbekundung zu verstehen ist, die ohne konkreten Zwang und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betreffende Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden (Art. 2 lit. h) der Richtlinie; vgl. BGH, Urt. vom 16.07.2008, VIII ZR 348/06 Rdnr. 21).

Die in dem Entwurf vorgesehene Ergänzung von § 308 BGB führt nicht nur zu redundanten Regelungen, sondern letztlich auch zu einer Zersplitterung der relevanten Normen, die einer konsistenten Gesetzesauslegung äußerst abträglich wäre. So könnte die im Entwurf vorgesehene Regelung, die ausschließlich Anwendung auf von Verbrauchern abzugebende Einwilligungserklärungen finden würde, im ungünstigsten Fall sogar dazu führen, dass es außerhalb des vorgesehenen Anwendungsbereiches zu einer liberaleren Auslegung der Anforderungen des

BDSG an eine wirksame Einwilligung kommt. Dies könnte sich schließlich auch für die Verbraucher nachteilig auswirken, weil die vorgeschlagene Neuregelung auch auf von Verbrauchern abzugebende Einwilligungserklärungen keine Anwendung finden soll, soweit die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten für die Durchführung des Vertrages erforderlich ist. Hier würde zudem ein weiteres auslegungsbedürftiges und streitträchtiges Merkmal geschaffen werden, auf welches die zu § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ergangene Rechtsprechung nur bedingt übertragbar wäre.

Schließlich bestehen auch im Hinblick auf den durch das Unionsrecht gesetzten Rechtsrahmen Bedenken hinsichtlich der Neuregelung: Nach Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG muss das nationale Recht der Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten unter anderem dann erfolgen darf, wenn die betroffene Person „ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben“ hat. Der EuGH hat erst vor wenigen Monaten im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des spanischen Tribunal Supremo entschieden, dass es den Mitgliedstaaten verwehrt ist, strengere als die in der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten vorzusehen (EuGH, Urt. vom 24.11.2011, C-468/10, C469/10 Rdnr. 32). Es bestehen daher nicht unerhebliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der vorgesehenen Neuregelung, soweit diese nicht nur eine „ohne jeden Zweifel erteilte“ Einwilligung, sondern darüber hinaus auch eine – wohl handschriftlich vorzunehmende – „Ergänzung“ dahingehend verlangt, ob die Einwilligung erteilt wird und schließlich die Wirksamkeit der Einwilligung auch davon abhängig gemacht wird, ob es dem Verbraucher möglich ist, einen vergleichbaren Vertrag in zumutbarer Weise auch ohne eine solche Einwilligung zu schließen, wenn er auf die vertragliche Leistung angewiesen ist. Europarechtlich ist schließlich auch von Bedeutung, dass § 308 Nr. 9 BGB-E keine speziellen Regelungen für besondere Arten von Daten (sensible Daten) vorsieht wie § 4a Abs. 3 BDSG.

Um Verbraucherschutzverbänden als qualifizierten Einrichtungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und § 4 UKlaG die Möglichkeit zu eröffnen, wegen Zuwiderhandlungen gegen § 4a BDSG nach § 2 UKlaG auf Unterlassung zu klagen, regt die Bundesrechtsanwaltskammer an, gesetzlich festzuschreiben, dass es sich bei den einschlägigen Vorschriften des BDSG auch um Verbraucherschützende Normen im Sinne des § 2 UKlaG handelt.

#### **4. Zu Artikel 5 Nr. 2 des Entwurfes (§ 675 Abs. 3 BGB-E)**

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt vor, auf die Einfügung der vorgesehenen Neuregelung zu verzichten. Zwar wäre die vorgesehene Neuregelung dazu geeignet, den telefonischen Vertrieb entsprechender Verträge zu begrenzen, indes stünde dem der Nachteil gegenüber, dass mit Einführung dieses Formerfordernisses die grundsätzliche Anerkennung des entsprechenden Vertragstyps einher ginge, was die Annahme einer Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB erschweren wird. Insofern kann die Neuregelung das zweifelhafte Geschäftsmodell sogar fördern.

#### **5. Zu Artikel 7 Nr. 1 des Entwurfes (Telefonwerbung)**

Gegen die Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung ist nichts einzuwenden. Gerade im Gewinnspielbereich spricht viel dafür, eine Verschärfung der Gesetzeslage zu erreichen.

Günstig wäre es aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer, wenn der Gesetzgeber die beabsichtigte Neuregelung auch zum Anlass nehmen würde, häufig auftretende Zweifelsfälle gesetzlich zu klären, die insbesondere hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „ausdrückliche Einwilligung“ aufkommen. So empfindet es die Wirtschaft häufig als problematisch, dass Verbraucher (wohl) nicht zurückgerufen werden können, wenn der Verbraucher zwar versucht hat, den Anbieter telefonisch zu erreichen, er aber nicht ausdrücklich die Einwilligung zum Rückruf hinterlassen hat. Die scharfe Abgrenzung zwischen ausdrücklicher und nicht ausdrücklicher Einwilligung ist in der Praxis mit Schwierigkeiten

verbunden (vgl. Möller, WRP 2010, 321, 327). Ebenso ist etwa die Frage der Dauer einer einmal erteilten Einwilligung immer wieder Gegenstand von Diskussionen.

## **6. Zu Artikel 7 Nr. 4 des Entwurfes (Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstandes“)**

Nach der vorgeschlagenen Neufassung von § 14 Abs. 2 UWG soll der Deliktsgerichtsstand auf diejenigen Fälle eingeschränkt werden, in denen der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder sonstige selbstständige berufliche Niederlassung oder seinen Wohnsitz hat (die jetzige Entwurfsfassung ist allerdings schon sprachlich verunglückt und bringt diese Absicht des Gesetzgebers nur unvollständig zum Ausdruck). Nach der Begründung soll hiermit insbesondere eine „Wiederherstellung der Waffengleichheit“ der Parteien herbeigeführt werden, da angeblich durch den sog. „fliegenden Gerichtsstand“ des § 14 Abs. 2 UWG der Antragsteller solche Gerichte auswählen wird, von denen er weiß, dass sie seiner Rechtsauffassung zuneigen, einstweilige Verfügungen bereitwillig und ohne Anhörung des Gegners erlassen oder regelmäßig hohe Streitweite festsetzen. Angeblich würden auch häufig Gerichte gewählt, die weit entfernt vom Wohn- oder Geschäftssitz des Antragsgegners liegen, da auf Grund der Entfernung die Hoffnung bestehen soll, dass kein Widerspruch eingelegt wird.

Schon diese in der Begründung angeführte Problemstellung besteht in der Praxis nicht. Im Ausgangspunkt ist zunächst zu berücksichtigen, dass UWG-Verstöße nicht von Verbrauchern, sondern von geschäftlich handelnden Personen bzw. Unternehmen begangen werden. Von diesen Marktteilnehmern kann nicht nur erwartet werden, dass sie gesetzliche Vorschriften kennen und beachten, sondern auch, dass sie in der Lage sind, die Kosten der Rechtsverteidigung im Rahmen eines üblichen Wettbewerbsprozesses zu tragen. Falls das nicht der Fall sein sollte, kommt ihnen die Streitwertbegünstigung zugute.

In der Praxis völlig irrelevant ist der Gesichtspunkt der Entfernung des Gerichtsortes. Ein persönliches Erscheinen zur mündlichen Verhandlung wird in der Regel nicht angeordnet. In typischen Wettbewerbsverfahren ist der Sachverhalt so gelagert, dass er eine Instruktion eines örtlichen Anwalts mit Hilfe moderner Telekommunikationsmittel unproblematisch erlaubt.

Zutreffend ist allerdings, dass Antragsteller, die eine Vielzahl von gleichgelagerten Verstößen gegen unterschiedliche Antragsgegner geltend machen, aus früheren Verfahren Kenntnisse zur Rechtsauffassung einzelner Gerichte gewinnen können. Auch darin liegt aber kein zureichender Grund für den Ausschluss des Deliktsgerichtsstandes. Zunächst ist schon empirisch nicht erkennbar, dass die Praxis unterschiedlicher Landgerichte in wesentlichen materiell-rechtlichen oder prozessualen Fragen so sehr divergieren soll, dass die Erfolgsaussichten des Antragstellers bei bestimmten Gerichten signifikant höher als bei anderen sind. Demgegenüber ist davon auszugehen, dass Gerichte, die zu einer bestimmten Rechtsfrage wiederholt angerufen werden, von den verschiedenen Antragsgegnern mit einer Vielzahl von Argumenten konfrontiert werden, die ihnen ein sehr vollständiges Bild auch gerade aus Sicht der Antragsgegner ermöglichen. Darüber hinaus gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass solche etablierten Rechtsprechungslinien einzelner Gerichte inhaltlich falsch wären. Im Gegenteil ist zu erwarten, dass bei einer Häufung ähnlicher Fälle im gleichen Gerichtsbezirk auch berufungsgerichtliche Entscheidungen zu diesem Thema ergehen. Ein schutzwürdiges Interesse daran, von der abweichenden Rechtsauffassung eines anderen Landgerichtes zu profitieren, ist demgegenüber nicht zu erkennen. Schon das angebliche Problem, das die Gesetzesänderung lösen will, besteht also nicht.

Demgegenüber wären mit der Gesetzesänderung erhebliche Nachteile verbunden. Schon vom rechtssystematischen Ausgangspunkt her würde die Vorschrift einen Fremdkörper darstellen. Der Deliktsgerichtsstand würde für das UWG abgeschafft, bliebe aber für die häufig neben dem UWG bestehenden sondergesetzlichen Ansprüche, insbesondere aus dem MarkenG, weiter bestehen. Es

kommt hinzu, dass in vielen Fällen auch ein Ausweichen auf bürgerrechtliche Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Verletzung von Spezialgesetzen, den Deliktsgerichtsstand begründen würde.

Ein Widerspruch würde nicht nur zu sonstigen deliktsrechtlichen Materien entstehen, sondern auch zur internationalen Zuständigkeit, die unionsrechtlich in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO auf den Deliktsgerichtsstand abstellt. Antragsteller aus anderen Mitgliedsstaaten der EU könnten also weiter UWG-Ansprüche auch im Deliktsgerichtsstand geltend machen. Eine „umgekehrte Diskriminierung“ zu Lasten inländischer Antragsteller ist nicht zu rechtfertigen.

Eine weitere nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung entsteht in der jetzt vorgesehenen Fassung des Referentenentwurfs durch die unterschiedliche Behandlung ausländischer Beklagter je nachdem, ob diese eine Niederlassung im Inland haben oder nicht. Warum für ausländische Werbetreibende, die in Deutschland zum Beispiel nur über das Internet anbieten, der Deliktsgerichtsstand gilt, während in anderen Fällen, in denen nur eine – gegebenenfalls sehr kleine – Niederlassung im Inland besteht, das Gericht am Sitz dieser Niederlassung angerufen werden soll, erschließt sich nicht. Darin liegt auch eine erhebliche Erschwernis für den Kläger, der in vielen Fällen weder weiß noch leicht feststellen kann, ob ein bestimmter ausländischer Anbieter eine inländische Niederlassung hat, insbesondere, wenn diese nicht als deutsche Tochtergesellschaft im Handelsregister aufzufinden ist. Damit wird für den Kläger bei ausländischen Beklagten in vielen Fällen nicht sicher feststellbar sein, vor welchem Gericht er klagen muss.

Vor allem gefährdet die Abschaffung des Deliktsgerichtsstandes die über Jahrzehnte aufgebaute Kompetenz der führenden Wettbewerbsgerichte. Beim Wettbewerbsrecht handelt es sich um eine Spezialmaterie, die in hohem Maße von Fallrecht geprägt ist. Eine Beherrschung dieser Materie setzt eine jahrelange und beständige Beschäftigung mit ihr voraus, zumal sie sich weiterhin sehr schnell fortentwickelt. Dementsprechend sind an den meist angerufenen Landgerichten Spezialkammern für dieses Rechtsgebiet eingerichtet worden. Die Erhaltung dieser Spezialisierung dient den Interessen beider Prozessparteien, da die Richtigkeitsgewähr der Entscheidungen deutlich steigt und damit auch die Notwendigkeit von Berufungs- oder gar Revisionsverfahren stark sinkt. Die Berechenbarkeit der Entscheidungen liegt ebenfalls im Interesse beider Parteien, da sie unnötige Prozesse vermeiden hilft und durch eine gleichmäßige Entscheidungspraxis auch dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz Rechnung trägt.

Darüber hinaus sind die im Wettbewerbsrecht tätigen Anwälte häufig spezialisiert und haben auf diesem Gebiet erhebliche Erfahrungen. Wiederum dient es der Waffengleichheit und Rechtsicherheit, wenn spezialisierten Anwälten auch spezialisierte Kammern gegenüberstehen.

Fehlende praktische Erfahrung der Richter würde zu einem stark erhöhten Einarbeitungsaufwand und damit zu erheblichen Verzögerungen im einstweiligen Rechtsschutz führen.

Eine Abschaffung des Deliktsgerichtsstandes würde die Fallzahlen bei den spezialisierten Kammern der führenden Landgerichte deutlich sinken lassen und vermutlich dazu führen, dass die Spezialkammern nicht fortbestehen könnten. Das hätte auch Auswirkungen in der Rechtsmittelinstanz, wo die Spezialisierung bestimmter Zivilsenate auf diese Materie ebenfalls nicht aufrechterhalten werden könnte. Damit würde eine weitere Zersplitterung der Rechtsprechung auch auf der Ebene der Berufungsgerichte drohen, die im Hinblick auf die fehlende Möglichkeit der Revision in den häufigen einstweiligen Verfügungsverfahren auch nicht durch die Zusammenführung der Verfahren beim 1. Zivilsenat des BGH verhindert werden könnte.

Die drohende verstärkte Aufsplitterung der Verfahren auf die 74 deutschen Landgerichte im Bereich des Wettbewerbsrechts steht auch in krassem Gegensatz zu der vom Gesetzgeber sonst erkannten

Notwendigkeit der Konzentration (vgl. § 140 Abs. 2 MarkenG, § 143 Abs. 2 PatG, § 27 Abs. 2 GebrMG, § 52 Abs. 2 GeschunMG und § 105 UrhG). Zwar ermächtigt auch § 13 Abs. 2 UWG die Landesregierungen zur Konzentration von Wettbewerbsstreitigkeiten bei bestimmten Gerichten. Davon ist aber bisher nicht Gebrauch gemacht worden und es ist zweifelhaft, ob sich das in Zukunft – noch dazu bundesweit – ändern wird. In jedem Fall ist nicht zu erwarten, dass einzelne Bundesländer ganz auf die Zuständigkeit für Wettbewerbsachen verzichten und z. B. das LG Hamburg auch für Streitigkeiten aus den Bundesländern Schleswig-Holstein und Bremen zuständig wird. Vielmehr ist umgekehrt zu erwarten, dass Flächenländer mehrere Landgerichte als Wettbewerbsgerichte bezeichnen würden, wie dies auch im Markenrecht festzustellen ist. Selbst wenn also in Zukunft von dieser Konzentrationsermächtigung Gebrauch gemacht würde, würden voraussichtlich mindestens 20 Landgerichte für Wettbewerbsachen zuständig bleiben. Dem mit der Konzentrationsermächtigung verfolgten Ziel, Fachkompetenz bei einzelnen Gerichten aufzubauen, wirkt die vorgesehene weitgehende Einschränkung des Deliktsgerichtsstandes diametral entgegen. Dementsprechend fehlt es auch an einer solchen Einschränkung für die anderen Spezialgesetze, mit denen sich das UWG in vielen praktisch bedeutsamen Fällen überschneidet, so z. B. im Bereich des wettbewerblchen Leistungsschutzes und der betrieblichen Herkunftstäuschung.

Insgesamt ist zu erwarten, dass die Gesetzesänderung zu einem deutlichen Absinken der Rechtsprechungsqualität im Wettbewerbsrecht führen wird. Die Gefahr widersprechender Entscheidungen bei gleichem Sachverhalt wird erheblich anwachsen, was das Vertrauen aller Beteiligten in die Rechtsprechung erschüttern muss. Der Prozessausgang wird schwerer vorhersehbar, was in vielen Fällen dazu führen wird, dass Parteien es auf einen Rechtsstreit ankommen lassen, wenn das betreffende Gericht die Frage bisher nicht entschieden hat, selbst wenn mehrere andere Gerichte eine einheitliche Rechtsauffassung haben sollten.

Die Bundesrechtsanwaltskammer lehnt die vorgesehene Änderung von § 14 Abs. 2 UWG deshalb nachdrücklich ab.

## **7. Zu Artikel 9 und 10 des Entwurfes (Änderungen im Urheberrechtsgesetz und GKG)**

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich gegen die geplanten Änderungen in § 97a UrhG und § 49 GKG aus. Obgleich einiges für einen sinnvollen Ausgleich zwischen mitunter sehr hohen Kostenerstattungsforderungen gegenüber einzelnen privaten Rechtsverletzern und den legitimen Interessen der Rechteinhaber, Piraterie mit wirtschaftlich angemessenen Mitteln verhindern zu können spricht, sind die vorgesehenen Änderungen in § 97a UrhG in dieser Form unsachgemäß; die Einführung des § 49 GKG ist in dieser Form ebenfalls unsachgemäß und zu starr. Insgesamt verschieben die vorgesehenen Regelungen das Risiko der Verfolgung einer Rechtsverletzung und die Kosten der Rechtsverletzung einseitig – und innerhalb des UrhG systemwidrig – auf den Rechteinhaber.

Im Einzelnen:

- a) In § 97a Abs. 2 UrhG in Verbindung mit § 49 GKG sieht der Entwurf vor, statt der bisherigen pauschalen Deckelung der zu erstattenden Abmahnkosten in bestimmten Fällen den Gegenstandswert für die Abmahnung gegenüber einer Privatperson, die gegenüber dem konkret Abmahnenen noch nicht durch eine Unterlassungserklärung oder einen Unterlassungstenor gebunden ist, auf 500 Euro (§ 49 GKG), zu begrenzen. Die Mittelgebühr beträgt damit 67,50 Euro. In § 97a Abs. 3 UrhG sieht der Änderungsentwurf vor, dass der Abgemahnte im Falle einer unberechtigten Abmahnung Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 49 GKG – wie in § 97a Abs. 2 UrhG – fehlt hier.

- b) Die in § 97a Abs. 2 in Verbindung mit § 49 GKG vorgesehene Beschränkung der erstattungsfähigen Abmahnkosten in bestimmten Fällen ist unsachgemäß und birgt darüber hinaus das Risiko, die Abmahnung als sinnvolles und effizientes Instrument der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu entwerten. Denn anders als in einigen der ebenfalls in dem Gesetzesentwurf behandelten Fällen gibt es bei Abmahnungen auf Grund des UrhG vor der Abmahnung eine echte Verletzung individueller und durch das UrhG ebenso wie durch den europäischen Normgeber – insbesondere in der sog. Enforcement-Richtlinie Nr. 48/2004 – garantierter Rechte. Verbot und Verfolgung einer Verletzung der durch das UrhG gewährten Rechte werden durch das UrhG gesichert, sind also legitim und haben mit Missbrauch zunächst einmal nichts zu tun. Insofern kann die Geltendmachung der Rechtsverletzung und Aufforderung zur Unterlassung als solche nicht missbräuchlich sein. Missbrauch kann allenfalls dort entstehen, wo der der einzelnen Rechtsverletzung zugeordnete Gegenstandswert ein für beide Parteien angemessenes Maß überschreitet und mithin zu Kostenerstattungsansprüchen führt, die, wenn tatsächlich eine einzelne Rechtsverletzung im Raume steht, unverhältnismäßig sind. Allerdings lässt sich ein solches vernünftiges Maß nicht durch eine pauschale Festlegung des Streitwertes für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in Höhe von 500 Euro, wie es durch die Änderung in § 49 GKG geplant ist, erreichen. Zum einen ist ein pauschaler Wert von 500 Euro selbst dann, wenn man von einer einzelnen mit der Abmahnung verfolgten Verletzung ausgeht, zu starr und wird nicht annähernd den tatsächlichen Wert ausdrücken können. So mögen 500 Euro (u. U. deutlich) zu hoch bemessen sein, wenn es um das Herunterladen eines einzelnen, nicht aktuellen Musiktitels geht; 500 Euro dürften umgekehrt um ein Vielfaches zu gering bemessen sein, wenn der Abgemahnte einen aktuellen Kinofilm heruntergeladen oder gar in einer Tauschbörse für eine unübersehbare Zahl von Internetnutzern zur Verfügung gestellt hat. Insofern zeigen bereits die unterschiedlichen in der Rechtsprechung entwickelten Streitwertgrundsätze, dass und wie die Verletzung der Rechte an unterschiedlichen Werken auch unterschiedlich bewertet werden muss.

Schließlich sieht das RVG bereits selbst eine Flexibilität vor, da die Geschäftsgebühr als Rahmengebühr ausgestaltet ist und damit die jeweils angemessene Gebühr über den Gebührenrahmen unter Berücksichtigung der Kriterien des § 14 RVG zu bestimmen ist.

Darüber hinaus erlaubt es der starre Streitwert in Höhe von 500 Euro nicht, den mitunter erheblichen wirtschaftlichen Schaden, der Rechteinhabern schon durch die Feststellung der Rechtsverletzung und den Aufwand der Verfolgung entsteht, zu berücksichtigen. Indes ist nach allgemeiner Auffassung im Rahmen des § 3 ZPO wertbestimmend die Beeinträchtigung, die von dem beanstandeten Verhalten verständiger Weise zu besorgen ist und die mit der jeweils begehrten Maßnahme beseitigt werden soll, wobei die ständige Rechtsprechung vor allem die Gefährlichkeit der Rechtsverletzung zu bewerten versucht. Eine Pauschalierung in der vorgesehenen Form ist dem System des Schutzes geistiger Eigentumsrechte in Deutschland fremd und im Übrigen nur schwierig mit den Umsetzungsverpflichtungen des deutschen Gesetzgebers aus Art. 3 Abs. 2 der Enforcement-Richtlinie in Einklang zu bringen. Diese sieht vor, dass „Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe“ zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“ müssen. Hierzu gehört die Möglichkeit des Inhabers der verletzten Rechte, die eigenen – unstreitigen – Ansprüche mit wirtschaftlich angemessenen und vertretbaren Mitteln durchsetzen zu können. Gerade diese Möglichkeit gefährdet eine Pauschalierung, die die Kosten der Rechtsverfolgung im Wesentlichen dem Verletzten aufbürdet.

- c) Weiter ist fraglich, ob der Gesetzentwurf sein Ziel, die Abmahnkosten für den Rechtsverletzenden auf ein sehr überschaubares Maß zu beschränken, wirklich erreichen

kann. Denn § 49 GKG begrenzt in der vorliegenden Fassung den Streitwert für „den Unterlassungsanspruch“. Indes betrifft die weit überwiegende Zahl von verfolgten Rechtsverletzungen nicht die Verletzung der Rechte an einem einzelnen, sondern häufig an mehreren, teilweise sogar einer Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke (wie z. B. einem oder mehrerer gesamter Musikalben o. ä.). Da in einem solchen Fall für die Verletzung jedes Werkes ein gesonderter Unterlassungsanspruch besteht, wird der Streitwert in derartigen Fällen nicht etwa bei 500 Euro sondern bei einem Mehr- oder ggf. Vielfachen hiervon liegen.

- d) Schließlich begünstigt § 49 GKG-E den Rechtsverletzer auch insofern unangemessen, als nicht etwa nur echte „Erstverletzer“ unter die Regelung fallen, sondern diese immer Anwendung finden lässt, wenn der Betreffende zufällig die Rechte des konkreten Rechteinhabers erstmalig verletzt. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb jemand, der möglicherweise bereits mehrfach die Rechte jeweils unterschiedlicher Rechteinhaber verletzt hat, privilegiert werden soll, weil er zufällig noch nicht die Rechte des konkret Abmahnenden verletzt hat. Hier müsste § 49 Abs. 1 Nr. 2 GKG mindestens vorsehen, dass der Beklagte noch nicht wegen einer gleichartigen Rechtsverletzung durch den Kläger oder einen Dritten zur Unterlassung vergleichbarer Urheberrechtsverletzungen verpflichtet worden ist. Insofern entwertet die Regelung insbesondere des § 49 GKG-E auch die Abmahnung als ein sinnvolles und effizientes Instrument der außergerichtlichen Streitbeilegung. Sinn und Zweck der Abmahnung ist es – vgl. § 97a Abs. 1 UrhG –, dem Abgemahnten eine schnelle und kostengünstige, weil außergerichtliche Streitbeilegung zu ermöglichen. Da der Abgemahnte aber bei Abgabe einer Unterlassungserklärung für weitere Verletzungen der Rechte des konkreten Klägers nicht mehr nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 GKG privilegiert wäre, wird er möglicherweise gerade keine Unterlassungserklärung abgeben und darauf setzen, dass eine gerichtliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruches gerade bei einer einzelnen oder sehr wenigen Rechtsverletzungen für den Rechteinhaber wirtschaftlich unverhältnismäßig wäre. Der Abgemahnte bliebe ein „Erstverletzer“ im Sinne des § 49 Abs. 1 Nr. 2 GKG; wiederum lasteten die Kosten der Rechtsverletzung im Wesentlichen auf dem Rechteinhaber. Auch insofern ist die Regelung unangemessen.
- e) Soweit der Gesetzentwurf in einem neuen § 97a Abs. 3 UrhG einen Gegenanspruch des Abgemahnten für den Fall einer unberechtigten Abmahnung vorsieht, so ist bereits fraglich, ob die Regelung geeignet ist, das in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachte Ziel des Gesetzgebers – einen einfach durchsetzbaren Anspruch des zu Unrecht Abgemahnten zu schaffen – zu erreichen. Denn ob eine Abmahnung unberechtigt ist, muss der Abgemahnte darlegen und beweisen. Eine Beweiserleichterung dürfte die Regelung mithin nicht bringen. Unabhängig davon droht jedoch die Regelung des § 97a Abs. 3 UrhG wiederum den Rechtsverletzer unangemessen gegenüber dem Verletzten, dessen Schutz das UrhG dient, zu begünstigen. Denn zum einen fehlt in § 97a Abs. 3 UrhG jede Bezugnahme auf den pauschalierten Streitwert des § 49 GKG, der die Ansprüche des ursprünglich Abmahnenden von vornherein beschränkt. Darüber hinaus lässt § 97a Abs. 3 UrhG – anders als § 97a Abs. 2 UrhG zugunsten des Verletzten – weitergehende Ersatzansprüche des zu Unrecht Abgemahnten ausdrücklich unberührt. Zusammengefasst kann also der Verletzer nicht nur den Rechteinhaber für dessen Kosten auf die Deckelung der Abmahnkosten verweisen; er kann umgekehrt mindestens in Höhe dieser Kosten Ersatz von dem Abmahnenden verlangen und darüber hinaus die bei seinem eigenen Bevollmächtigten entstehenden, sehr wahrscheinlich deutlich höheren Kosten ersetzt verlangen. Wiederum bürdet der Gesetzentwurf damit dem Rechteinhaber, den das UrhG gerade schützen soll, mehr Risiken auf, als sie einem nachgewiesenen Rechtsverletzer zumutet. Auch dies ist systemwidrig.

## **8. Zu Artikel 10 des Entwurfes (Wertvorschriften in Wettbewerbsangelegenheiten, § 51 Abs. 2 GKG-E)**

Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert, von der beabsichtigten Änderung des GKG abzusehen. Die beabsichtigte Änderung der Regelung ist nicht geboten. Einerseits ist die Regelung viel zu verallgemeinernd, um überzeugen zu können. Andererseits springt der gewählte Ansatz an der entscheidenden Stelle zu kurz. Das eigentliche Problem missbräuchlichen Vorgehens im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG wird durch die beabsichtigte Neuregelung nicht adressiert. Dies wäre aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer aber durchaus sinnvoll.

Zunächst dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass der Ausspruch einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung grundsätzlich keine unseriöse Geschäftspraktik darstellt. Der Gesetzgeber hat insbesondere zur Stärkung der Position der Verbraucher eine Vielzahl von neuen Verbraucherschützenden Normen eingeführt. Die Einhaltung dieser Normen wird in weiten Teilen über die anspruchsberechtigten Gläubiger im Sinne des § 8 Abs. 3 UWG sichergestellt. Das Regelbeispiel des § 4 Nr. 11 UWG hat den Sinn, die Verfolgung von Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften in der Struktur des Wettbewerbsrechts zu ermöglichen (sofern die betreffenden gesetzlichen Vorschriften auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln). Die Gläubiger wettbewerbsrechtlicher Ansprüche erfüllen also insbesondere die Aufgabe, die Verbraucherschützenden Normen durchzusetzen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs lässt den Eindruck aufkommen, dass es sich bei diesen Verbraucherschützenden Marktverhaltensregeln um Petitessen handeln würde, deren Einhaltung keine besondere Bedeutung für das Wettbewerbsgeschehen habe, „da sich ein vernünftiger Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß in seiner Entscheidung über den Kauf einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung nicht beeinflussen lassen wird“. Wären diese Marktverhaltensregeln tatsächlich so unbedeutend, würde es an der geschäftlichen Relevanz fehlen, so dass wettbewerbsrechtliche Ansprüche ohnehin nicht geltend gemacht werden könnten (vgl. Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Auflage 2012, § 3 UWG Rdnr. 10 ff.). Ist hingegen nach dem gesetzgeberischen Anliegen die geschäftliche Relevanz gegeben, wäre es kontraproduktiv, den Gläubigern von entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen entgegenzutreten und diese von dem Ausspruch einer Abmahnung abzuhalten. Der Normgeber würde sich widersprüchlich verhalten, wenn er zwar das Maß Verbraucherschützender Regelungen erhöht, jedoch die Mechanismen zur Einhaltung dieser Regelungen schwächt. Insofern muss man sich vor Augen führen, dass beispielsweise die Verbraucherschützenden „Impressumpflichten“ nicht so schnell, wie dies geschehen ist, im Marktgeschehen durchgesetzt worden wären, wenn die von vielen als unsympathisch und ungerecht empfundenen Abmahnungen wegen der Nichteinhaltung von Informationspflichten nach § 5 TMG nicht ausgesprochen worden wären. Die beteiligten Organe der Rechtspflege, nämlich die beteiligten Rechtsanwälte und die Rechtsprechung, haben einen Weg gefunden, eine unangemessene Belastung der zu Recht Abgemahnten zu vermeiden, indem die Streitwerte entsprechend niedrig und einzelfallbezogen angesetzt werden.

Eine deutliche Reduzierung der Anzahl von ausgesprochenen Abmahnungen wäre nicht zwangsläufig als positiv zu bewerten. Würden etwa nur noch 50 % der Abmahnungen mit Blick auf das Regelbeispiel des § 4 Nr. 11 UWG ausgesprochen, bliebe eben die Hälfte der Verstöße gegen Marktverhaltensregeln unbeanstandet. Damit würden aber berechnete Belange seriöser Gewerbetreibender ebenso beeinträchtigt, wie die Belange der Verbraucher, die nicht persönlich auf die Einhaltung der Marktverhaltensregeln pochen können, da sie nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören.

Es mag sein, dass sich Bürgerinnen und Bürger über lauterkeitsrechtliche Abmahnungen beschweren. Dieser Umstand allein zwingt jedoch nicht zu der beabsichtigten Gesetzesänderung. Die sich

beschwerenden Bürgerinnen und Bürger werden durch etwaige Abmahnungen nicht als Verbraucher, sondern als Gewerbetreibende angesprochen. Wer sich wirtschaftlich betätigt, kann nicht damit gehört werden, dass ihm die Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben nicht zugemutet werden könne. Gewerbetreibende empfinden die an sie gerichteten Anforderungen im Bereich des Steuerrechts, der Pflichten zur Bereitstellung von Informationen und der Pflicht zur Anzeige des Gewerbes, etc. mitunter als belastend. Das kann aber nicht bedeuten, dass Bereiche geschaffen werden, in denen die Durchsetzung der gesetzlichen Anforderungen behindert wird. Niemandem kann daran gelegen sein, dass beispielsweise die Vielzahl der „kleinen Onlinehändler“ eine effektive Verfolgung von Verstößen gegen Marktverhaltensregeln nicht ernsthaft befürchten müssen. Konsequenter wäre es, gesetzliche Anforderungen wieder zu streichen, wenn diese als überflüssig erachtet werden, oder den betreffenden Bürgerinnen und Bürgern nahezulegen, bestehende Beratungsmöglichkeiten wahrzunehmen, damit Rechtsverstöße gar nicht erst begangen werden.

Es trifft nicht zu, dass ein Marktteilnehmer, der keinen Gesetzesverstoß begangen hat, erhebliche Verluste finanzieller oder immaterieller Art hinnehmen beziehungsweise befürchten müsste. Da die Abmahnung in einem solchen Fall nicht berechtigt wäre, könnte auch kein Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht werden (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG).

Ist ein Rechtsverstoß so geringfügig, dass ihm keine geschäftliche Relevanz zukommt, können wettbewerbsrechtliche Ansprüche nicht auf diesen Rechtsverstoß gestützt werden. Auch insofern würde dem rechtsverletzenden Marktteilnehmer kein wie auch immer gearteter Verlust entstehen.

Ist der Rechtsverstoß nach dem gesetzgeberischen Anliegen nicht als so geringfügig anzusehen, dass ihm die geschäftliche Relevanz abzusprechen ist, bestehen wettbewerbsrechtliche Ansprüche. Diese führen aber im Regelfall nicht zu derart erheblichen Verlusten bei dem zu Recht Abgemahnten, dass dessen Rechtsempfinden verletzt werden sollte. In der Praxis kommt es häufig vor, dass durch eine Abmahnung gerade das Rechtsempfinden derjenigen Gewerbetreibenden gestört wird, die besonders hartnäckig an einer unzulässigen geschäftlichen Praktik festhalten wollen oder die besonders sorglos mit gesetzgeberischen Anforderungen umgehen. Deren Protest spiegelt aber eher den Wunsch wider, weiterhin rechtswidrig handeln zu können, als dass eine objektiv berechtigte Kritik am bestehenden System des Wettbewerbsrechts geäußert werden würde.

Im Regelfall reagiert ein zu Recht Abgemahnter, der den zugrunde gelegten Gegenstandswert für zu hoch erachtet, indem er die Unterlassungserklärung abgibt, jedoch die geforderte Kostenerstattung dem Grunde und der Höhe nach ablehnt. In diesem Fall werden sich die an dem Wettbewerbsstreit beteiligten Parteien entweder gütlich über den als angemessen empfundenen Gegenstandswert einigen, oder sie werden die Berechtigung des geltend gemachten Zahlungsanspruchs gerichtlich überprüfen lassen. In beiden Fällen muss der Unterlassungsschuldner nicht damit rechnen, unangemessen belastet zu werden. Sollte eine abmahnende Partei systematisch und wider besseren Wissens zu hohe Streitwerte oder zu hohe Gebührensätze in ihren Abmahnungen zu Grunde legen, muss diese Partei nicht nur damit rechnen, einen Rechtsstreit über die geltend gemachten Gebühren insgesamt oder teilweise zu verlieren. Vielmehr droht auch eine strafrechtliche Verfolgung des dergestalt handelnden „Abmahners“ – wie auch seines Rechtsanwalts. Schon aus diesem Grunde ist nicht davon auszugehen, dass ein „unseriöses Abmahnwesen“ überhand nehmen würde.

Unzutreffend ist die mitunter geäußerte Annahme, dass die abmahnenden Rechtsanwälte die Gegenstandswerte selbst verbindlich festlegen könnten. Eine solche Möglichkeit besteht weder theoretisch noch praktisch. Die Rechtsanwälte beider Parteien (wie auch die Parteien selbst) können angeben, welchen Streitwert sie für angemessen erachten. Kommt eine Verständigung der Parteien über die Höhe des angemessenen Gegenstandswertes nicht zustande, entscheiden nicht die Anwälte,

sondern das angerufene Gericht. Kostengünstig können die Parteien auch das Einigungsstellenverfahren nach § 15 UWG betreiben, um eine Einigung zu finden.

Die vorgeschlagene Wertvorschrift ist teilweise überflüssig, teilweise würde sie zu einer unangemessen niedrigen Festsetzung des Streitwertes führen.

Auch ohne die Einführung der beabsichtigten Änderungen ist es schon heute so, dass das angerufene Gericht den Angaben der Parteien zum Gebührenstreitwert erhebliche indizielle Bedeutung beimisst. Das Gericht übernimmt dabei aber nicht die Angaben der Parteien, sondern hat sie anhand der objektiven Gegebenheiten und unter Heranziehung seiner Erfahrung und üblicher Wertfestsetzungen in gleichartigen oder ähnlichen Fällen in vollem Umfang selbstständig nachzuprüfen (KG WRP 2010, 789; vgl. Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Auflage 2012, § 12 UWG Rdnr. 5.3). In diesem Zusammenhang berücksichtigt das angerufene Gericht sowohl das Klägerinteresse an der Anspruchsverwirklichung, als auch den Umstand, dass der Beklagte mit Blick auf die sonst üblicherweise festgesetzten Gegenstandswerte den Standpunkt vertritt, dass der Streitwert niedriger ausfallen müsse, als von Klägerseite angegeben.

Die Rechtsprechung setzt im Regelfall von sich aus im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Vergleich zum Hauptsacheverfahren niedrigere Werte fest. Eine neue Norm, die eben diesen Regelfall festschreibt, bedarf es insofern nicht. Ist das angerufene Gericht der Auffassung, dass der Streit im einstweiligen Verfügungsverfahren wie in einem Hauptsacheverfahren endgültig erledigt wird, kann es nach eigenem Ermessen den „Hauptsachewert“ ansetzen. Auch hiergegen ist nichts einzuwenden. Da die beabsichtigte Neuregelung lediglich den Regelfall beschreiben will, würden die Gerichte auch trotz der Neuregelung dazu berechtigt sein, von der Festsetzung eines niedrigeren Wertes abzusehen.

Die Rechtsprechung hat bereits ein ausgeklügeltes „Streitwert-System“ entwickelt, um auf die unterschiedlichen Fallgestaltungen einzugehen. Dieses System ist flexibel und führt zu angemessenen Ergebnissen; insbesondere werden bei geringfügigen aber noch die Bagatellschwelle überschreitenden Verstößen zu Recht niedrige Streitwerte festgesetzt. Nachdem die Gesetzgebung der Rechtsprechung hinreichend Zeit gelassen hat, dieses flexible und bereits von den Fachkreisen anerkannte Streitwertsystem herauszubilden, erscheint es nicht sinnvoll, einen neuen Ansatz zu verfolgen und eine eigenständige für die Gebührenberechnung relevante Wertvorschrift in das GKG einzustellen.

Der in § 51 Abs. 3 GKG-E angegebene Streitwert in Höhe von 1.000 Euro ist zu niedrig bemessen. Ein derartig niedriger Streitwert kommt in der Praxis des gewerblichen Rechtsschutzes bislang nicht vor. Die Regelung begründet den Eindruck, dass kein angemessener Streitwert gefunden, sondern letztlich eine willkürlich anmutende Streitwertreduzierung erreicht werden soll. Die Gebührenhöhe orientiert sich anscheinend an der Norm des § 97a Abs. 2 UrhG. Eine solche Orientierung wäre aber schon deshalb sachwidrig, weil die Tatbestandsvoraussetzungen nicht kongruent sind. Im Wettbewerbsrecht geht es nicht um Fälle, die „außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“ stattfinden. Die der Einführung des § 97a Abs. 2 UrhG zugrunde liegende Motivation, (minderjährige) Private in Einzelfällen vor einer mehr als 100 Euro kostenden Abmahnung zu schützen, kann folgerichtig im Lauterkeitsrecht keine Anwendung finden. Bei einer Abmahnung handelt es sich nicht um ein „Standardprodukt“, das als Musterschreiben vorliegt und lediglich geringfügig angepasst werden muss. Vielmehr muss jede Abmahnung auf die konkrete geschäftliche Handlung in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht bezogen werden. Es mag auch „Massenabmahnungen“ geben; diese sind aber im Lauterkeitsrecht die Ausnahme. Die außergerichtliche Verfolgung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen erfolgt im Übrigen regelmäßig nicht allein dadurch, dass eine Abmahnung versandt wird.

Neben der gründlichen Vorbereitung des Abmahnschreibens wird nach Versendung der Abmahnung zumeist weitere Korrespondenz erforderlich, um eine außergerichtliche Einigung zu erreichen.

Ein spezialisierter, seriös arbeitender Rechtsanwalt wird grundsätzlich weder die gerichtliche noch die außergerichtliche wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzung bei einem Gegenstandswert in Höhe von 1.000 Euro nach dem RVG abrechnen können, sondern ein Stundenhonorar vereinbaren, da die Vergütung ansonsten nicht einmal kostendeckend wäre. Im Ergebnis würde also der Gläubiger des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs die Anwaltsgebühren im Wesentlichen tragen müssen, obwohl der Schuldner sich rechtswidrig verhalten hat und der Gläubiger die berechnete Abmahnung systemkonform ausgesprochen hat.

Das Risiko des zu Recht abmahnenen Gläubigers eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, einen Großteil der anfallenden Kosten selbst tragen zu müssen, wird durch die offene Formulierung des § 51 Abs. 3 GKG-E verstärkt. Es bleibt offen, wann es an „genügenden Anhaltspunkten“ für die Bestimmung des Streitwerts fehlen soll. In mehreren Gerichtsbezirken werden „Regelstreitwerte“ von 10.000 Euro bis 20.000 Euro praktiziert, wenn keine konkreten Gründe dafür sprechen, von dem jeweiligen „Regelstreitwert“ abzuweichen. Diese „Regelstreitwerte“ werden in der Praxis sowohl von den Gerichten, als auch von den Anwälten, als auch von den Parteien als angemessen bewertet. Durch die beabsichtigte Einführung des „Auffangwertes“ würden diese akzeptierten Streitwertgrößen voraussichtlich auf einen Marginalbetrag reduziert. Ohne Not würden lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten zum „Schnäppchenpreis“ angeboten. Die hinreichend spezialisierten und erfahrenen Anwälte müssten – wie bereits erwähnt – Stundenhonorarvereinbarungen treffen, um wirtschaftlich agieren zu können. Die Einnahmen aus den einzuzahlenden Gerichtskosten würden drastisch zurückgehen. Dieser empfindliche Eingriff in das seit Jahrzehnten bestehende, gut funktionierende System würde in erster Linie die ganz überwiegende Mehrzahl der absolut seriös geführten Streitigkeiten betreffen, obwohl die Rechtsprechung ohnehin schon von sich aus niedrige Streitwerte bei den typischen „Ebay-Fällen“ festsetzt.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Schuldner eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruches im Regelfall nicht auf Schadensersatz oder Gewinnabschöpfung in Anspruch genommen wird. Neben den Kostenerstattungsansprüchen werden regelmäßig keine anderen Zahlungsansprüche geltend gemacht. Wirtschaftlich betrachtet werden die Anbieter auch durch die drohenden Kosten einer wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung dazu veranlasst, sich rechtskonform zu verhalten. Würde dieser Kostendruck aufgehoben, in dem ein Regelstreitwert in Höhe von 1.000 Euro eingeführt wird, könnte es sich für viele Anbieter „lohnen“, sich wettbewerbswidrig zu verhalten. Denn selbst geringe Vorteile im Wettbewerb würden ausreichen, um einen Gewinn zu erzielen, der über das zu erwartende Kostenrisiko hinausgehen würde. Der finanzielle Anreiz, sich wettbewerbskonform zu verhalten, würde fast vollständig beseitigt; die den zu Recht abgemahnten Personen drohenden Sanktionen würden deutlich entschärft werden. Eine Umsetzung der beabsichtigten Neuregelung des GKG würde folgerichtig nicht zu einer Eindämmung unseriöser Geschäftspraktiken, sondern zu einer Verbreitung unlauterer Geschäftspraktiken führen.

Handelt es sich bei einer Abmahnung um eine „unseriöse Geschäftspraktik“, sollten die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Abmahnung im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG vorliegen. Wäre ein solches missbräuchliches Vorgehen gegeben, bestünde kein Kostenerstattungsanspruch. Dementsprechend gäbe es für den Abgemahnten auch keinen Grund, Rechtsanwaltskosten nach einem Gegenstandswert in Höhe von 1.000 Euro zu erstatten. Echte Missbrauchsfälle sollten als solche auch bezeichnet werden und zur Folge haben, dass den missbräuchlich Abmahnenen negative Rechtsfolgen treffen. Die Regelung in § 8 Abs. 4 UWG ist etwas einseitig gefasst, weil als Indiz für einen Missbrauch in erster Linie auf einen zu generierenden Aufwendungsersatzanspruch bzw. auf Kosten der Rechtsverfolgung abgestellt wird. Missbrauchsfälle sind aber auch und gerade

dann denkbar, wenn die abmahnende Partei nur geringe Kosten der Abmahnung geltend macht. So kann nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer ein Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen beispielsweise darin zu sehen sein, dass der Abmahnende die vorformulierte Unterlassungserklärung so weit fasst, dass die vorgesehene Vertragsstrafe vermutlich verwirkt werden wird. Wer sich etwa im Onlinehandel dazu verpflichtet, es vertragsstrafenbewehrt zu unterlassen, gegen Vorschriften zum Widerrufsrecht oder gegen Informationspflichten begründende Vorschriften zu verstoßen, oder wer sich als Autohändler ganz allgemein dazu verpflichtet, nicht noch einmal gegen die Vorschriften der Verordnung über Verbraucherinformationen zu Kraftstoffverbrauch, CO<sub>2</sub>-Emissionen und Stromverbrauch neuer Personenkraftwagen (Pkw-EnVKV) zu verstoßen, der wird – was dem Abmahnenden bewusst sein dürfte – voraussichtlich die Vertragsstrafe verwirken. Der Gesetzgeber umgeht mit der beabsichtigten Neuregelung des § 51 GKG das eigentliche Problem des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens. Wie auch schon bei der Neuregelung des § 97a Abs. 2 UrhG werden die konkreten Momente, die ein missbräuchliches Vorgehen indizieren würden, nicht beschrieben. Dies wäre aber dringend geboten, um tatsächlich bestehenden Missständen entgegenzuwirken. Statt gezielt gegen die „schwarzen Schafe“ vorzugehen, wird das gesamte System der Verfolgung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche mit Kostenregeln belegt, die auf einen etwas diffusen, jedenfalls generell gehaltenen Verdacht rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zurückzuführen sind.

Nach alledem sollte die Änderung des § 51 GKG unterbleiben. Zielführend wäre es hingegen, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens bei wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen besser konturiert in § 8 Abs. 4 UWG verankerte.

## **9. Generelle Ungeeignetheit von Wertbegrenzungsvorschriften**

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen ergeben sich auch rechtstatsächlich erhebliche Zweifel, ob durch eine generelle und damit unflexible Begrenzung von Gegenstandswerten betroffenen Verbrauchern und Gewerbetreibenden wirklich geholfen wird. Denn die beabsichtigte Begrenzung der Wertvorschriften hätte zur Folge, dass erfahrene und fachkundige Rechtsanwälte, auf die die Abgemahnten zur Prüfung ihrer Verteidigungsmöglichkeiten angewiesen sind, kaum bereit sein werden, derartige Mandate zu übernehmen, weil die Vergütung (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300 RVG-VV aus einem Wert von 500 Euro = 58,50 Euro) für einen Rechtsanwalt evident in keinem wirtschaftlich vertretbaren Verhältnis zum Aufwand und zur rechtlichen Schwierigkeit steht. Dieser Umstand hätte zur Folge, dass selbst solche Abgemahnte, denen u. U. erfolgversprechende Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, keine interessengerechte und fachkundige Vertretung, etwa durch einen Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht finden werden. Damit aber wäre die Waffengleichheit für die Abgemahnten gegenüber den in der Regel qualifiziert anwaltlich vertretenen Unterlassungsgläubigern erheblich beeinträchtigt. Um gleichwohl Waffengleichheit herzustellen, müsste eine höhere als die gesetzliche Vergütung vereinbart werden. Da diese aber nicht in voller Höhe erstattet würde, bedeutete dies eine Abkehr vom System der vollen Kostenerstattung im Falle des Obsiegens.

Zudem könnte die Regelung dazu führen, dass Abgemahnte sich angesichts überschaubarer Kosten dazu entschließen, auf anwaltliche Beratung ganz zu verzichten und sich auf die Abmahnung hin selbst dann zu unterwerfen und die Kosten sowie Schadensersatz zu tragen, wenn die Abmahnung zu Unrecht erfolgte oder eine viel zu weitgehende Unterlassungserklärung gefordert wurde oder den Abgemahnten aus rechtlichen Gründen keine Unterlassungsverpflichtung trifft etc. Damit steht zu befürchten, dass eine Begrenzung der Gegenstandswerte eher zu einer Benachteiligung der Abgemahnten führt. Die jahrzehntelange Praxis der Rechtsprechung hat bewiesen, dass eine flexible Handhabung durch die Gerichte am ehesten zu einem materiell gerechten und dem Einzelsachverhalt angemessenen Ergebnis führt.