



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 28/2019 Oktober 2019

#### Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

erarbeitet von folgenden Ausschüssen der Bundesrechtsanwaltskammer:

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

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Osterrieth, Vorsitzender  
Rechtsanwältin Dr. Julia Blind  
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Götz  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Mirko Möller, LL.M. (Berichterstatter)  
Rechtsanwältin Dr. Anke Nordemann-Schiffel  
Rechtsanwalt und Notar Christian Reinicke  
Rechtsanwalt Dr. Uwe Richter  
Rechtsanwalt Pascal Tavanti

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, BRAK

##### **Ausschuss ZPO/GVG:**

Rechtsanwalt Dr. Michael Weigel, Vorsitzender  
Rechtsanwalt und Notar Horst Droit  
Rechtsanwältin Dr. Sabine Hohmann (Berichterstatterin)  
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer  
Rechtsanwalt Jan K. Schäfer  
Rechtsanwalt Lothar Schmude  
Rechtsanwalt beim BGH Dr. Michael Schultz  
Rechtsanwalt Dr. Michael L. Ultsch

Rechtsanwältin Jennifer Witte, BRAK

##### **Ausschuss Rechtsanwaltsvergütung:**

Rechtsanwältin und Notarin Dagmar Beck-Bever, Vorsitzende (Berichterstatterin)  
Rechtsanwalt Dr. Wulf Albach  
Rechtsanwalt und Notar Joachim Bensmann  
Rechtsanwalt Roland Gross  
Rechtsanwalt Dirk Hinne  
Rechtsanwältin Gabriele Loewenfeld  
Rechtsanwältin Dr. Martina Rottmann  
Rechtsanwalt Herbert P. Schons  
Rechtsanwalt Dr. Markus Sickenberger

Rechtsanwältin Jennifer Witte, BRAK

##### **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)

**Verteiler:**

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktion  
Rat der Europäischen Union  
Europäische Kommission  
Europäisches Parlament  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Neue Richtervereinigung e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband  
Patentanwaltskammer  
Wirtschaftsprüferkammer  
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.  
Deutscher Gerichtsvollzieherbund  
Deutsche Rechtspflegevereinigung  
Bund Deutscher Rechtspfleger  
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, JZ, DRiZ, FamRZ, MDR, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, dpa, Spiegel, Focus, Handelsblatt  
online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris, Legal Tribune

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung in Deutschland. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drs. 19/12084) wie folgt Stellung:

## 1. Vorbemerkung

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz (nachfolgend: RefE) ausführlich Stellung genommen. Auf die Stellungnahme Nummer 32/2018 von Oktober 2018 (abrufbar unter <https://content1.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/oktober/stellungnahme-der-brak-2018-32.pdf>) wird ausdrücklich hingewiesen. In dieser Stellungnahme hat die Bundesrechtsanwaltskammer nicht nur zu zahlreichen Einzelregelungen Stellung genommen, sondern auch darauf hingewiesen, dass in der Rechtsprechung eine Entwicklung eingesetzt hat, in der das Phänomen des Abmahnmissbrauches auf Grundlage der vorhandenen Rechtslage sachgerechten Lösungen zugeführt wird. In der Zwischenzeit sind verschiedene weitere ober- und höchstrichterliche Entscheidungen zur Frage des Rechtsmissbrauches ergangen, so dass die Bundesrechtsanwaltskammer weiterhin zu einer Zurückhaltung des Gesetzgebers rät, um diese deutlich erkennbare Entwicklung nicht zu behindern oder sogar hinter den bereits erreichten Stand zurückzufallen.

Trotz dieser Mahnung zur gesetzgeberischen Zurückhaltung setzt sich die Bundesrechtsanwaltskammer nachfolgend mit den vorgesehenen Einzelregelungen auseinander. Die Anmerkungen nehmen jeweils Bezug auf die zu ändernden bzw. einzufügenden Vorschriften, nicht auf die Artikel des Änderungsgesetzes (Beispiel: § 8a UWG-E statt Art. 1 Nummer 2).

## 2. Zu § 8 III Nummer 1 UWG-E

Nach § 8 III Nummer 1 UWG-E sollen zukünftig nicht mehr alle Mitbewerber anspruchsbefugt sein, sondern nur noch diejenigen, die in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen. Der RefE hatte hier noch vorgesehen, dass die Mitbewerber „ähnliche“ Waren oder Dienstleistungen vertreiben müssen, um anspruchsbefugt zu sein. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte darauf hingewiesen, dass der Mitbewerberbegriff von der Rechtsprechung bislang weit ausgelegt wurde, was vor allem damit zu erklären ist, dass die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts nicht in die Hände einer Behörde gelegt, sondern bewusst dem Markt selbst überantwortet wurde. Auch Unternehmen unterschiedlicher Branchen oder Wirtschaftsstufen können danach Mitbewerber sein; ein nur potenzieller Wettbewerb kann ebenso Berücksichtigung finden wie auch die Förderung eines fremden Wettbewerbs. Insofern ist es konsequent, auf das Merkmal „ähnlich“ zu verzichten (zumal im RefE – wohl durch ein redaktionelles Versehen – nur auf ähnliche, nicht hingegen auf identische Waren oder Dienstleistungen abgestellt wurde).

Auch ungeachtet der Entfernung des Merkmals „ähnliche“ würde die vorgesehene Regelung die Anspruchsberechtigung zahlreicher Mitbewerber nach heutigem Verständnis in Frage stellen, zumal das Merkmal „und nicht nur gelegentlich“ als weitere Einschränkung hinzugekommen ist. Nach der Entwurfsbegründung soll mit der Neuregelung auf Fälle reagiert werden, in denen der Abmahnende nur

einige wenige Waren gleicher Art zu übersteuerten Preisen auf einem Portal anbietet, erst vor kurzem sein Gewerbe angemeldet hat oder sich im Insolvenzverfahren befindet.

Es ist hier schon nicht erkennbar, warum in derartigen Fällen per se ein missbräuchliches Handeln anzunehmen sein sollte. Auch wenn die Anmeldung eines Unternehmens noch nicht lange zurückliegt, kann dieses – man denke nur an die Ausgliederung von Geschäftsbereichen auf selbstständige Tochterunternehmen innerhalb von Konzernen (vgl. dazu etwa den Sachverhalt der Entscheidung BGH, Urteil vom 06.06.2019, I ZR 67/18 – Erfolgshonorar für Versicherungsberater; zu der Entscheidung auch Möller, BRAK-Mitt. 2019, 254 [255]) – durchaus ein berechtigtes Interesse daran haben, unlauteres Handeln von Konkurrenten unterbinden zu können. Dies gilt in gleicher Weise auch für Unternehmen, die sich im Insolvenzverfahren befinden, wenn sich der Insolvenzverwalter dazu entschließt, den Geschäftsbetrieb – zumindest vorläufig – fortzuführen. Aber selbst dann, wenn das Unternehmen im Insolvenzverfahren abgewickelt wird, kann ein berechtigtes Interesse daran bestehen, wettbewerbsrechtliche Ansprüche – vor allem aus den Tatbeständen des § 4 UWG – geltend zu machen. Der Entwurfsbegründung ist allerdings insofern beizupflichten, als die aufgeführten Konstellationen durchaus Indizien dafür darstellen können, dass die Geltendmachung der Ansprüche in rechtsmissbräuchlicher Weise geschieht. Denn in vielen Fällen wird ein neu gegründetes Unternehmen ebenso wie ein im Insolvenzverfahren befindliches Unternehmen andere Herausforderungen zu bewältigen haben, als Wettbewerbsverstöße zu verfolgen.

Unklar ist, welchen Zweck das gegenüber dem RefE hinzugekommene Merkmal „und nicht nur gelegentlich“ bezwecken soll. Der Entwurfsbegründung ist dies nicht zu entnehmen. Möglicherweise wurde damit auf den Hinweis der Bundesrechtsanwaltskammer reagiert, dass der im RefE gewählte Ansatz den zu bekämpfenden Missbrauch nicht abschließend erfasst und gegen zu billige Verhaltensweisen abgrenzt und daher nicht zur Missbrauchsbekämpfung geeignet ist. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass weder eine erst kurz zurückliegende Gewerbebeanmeldung noch ein eröffnetes Insolvenzverfahren ausschließen, dass das Unternehmen Waren oder Dienstleistungen in einem die vorgesehene Erheblichkeitsschwelle übersteigenden Ausmaß vertreibt oder nachfragt. Das Merkmal „nicht nur gelegentlich“ ändert an diesem Befund nichts, weil auch ein insolventes Unternehmen oder ein gerade gegründetes Unternehmen nicht per se „nur gelegentlich“ Waren oder Dienstleistungen anbietet. Gerade bei einem neu gegründeten Unternehmen wird man kaum davon ausgehen dürfen, dass dessen erster Auftritt am Markt nur als „gelegentliches“ Anbieten zu verstehen ist. Hinzu kommt, dass es Branchen gibt, die fast ausschließlich aus „Gelegenheitsanbietern“ bestehen: Warum sollte dem Kunsthandwerker, der seine Produkte auf einem Volksfest verkauft oder dem Weihnachtsbaumverkäufer, der einmal im Jahr seine Ware anbietet, der Schutz des Lauterkeitsrechts verwehrt werden?

Die Bundesrechtsanwaltskammer rät daher nach wie vor von einer Einschränkung der Anspruchsbefugnis der Mitbewerber und einer Änderung der gegenwärtigen Rechtslage ab. Missbrauchsfälle können und werden (dazu noch nachfolgend unter 11.) von der Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles identifiziert und sanktioniert. So macht es nach der Rechtsprechung durchaus einen Unterschied, ob ein kleiner unbedeutender Händler oder ein Marktteilnehmer, der nur gelegentlich als Anbieter von Waren und Dienstleistungen in Erscheinung tritt, einmal eine Abmahnung ausspricht oder eine Serie von Abmahnungen, die in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abgemahnten steht. Hinzu kommt, dass es in systematischer Hinsicht nicht überzeugend, in § 2 I Nummer 3 UWG den Begriff des Mitbewerbers zu definieren, um dann in § 8 III Nummer 1 UWG-E nicht auf den solchermaßen definierten Mitbewerber abzustellen, sondern durch Hinzufügung weiterer Merkmale eine Teilgruppe dieser Mitbewerber von der Anspruchsbefugnis auszuschließen. Besonders augenfällig wird der systematische Bruch bei den Tatbeständen des § 4 UWG, die ja erklärtermaßen dem Mitbewerberschutz dienen. So erklärt etwa § 4 Nummer 1 UWG es für unlauter, die persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers zu verunglimpfen. Soll eine solche Verunglimpfung nunmehr tatsächlich im Hinblick auf solche Mitbewerber für zulässig (oder

zumindest folgenlos) erklärt werden, die nur in einem geringem Maße oder nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen anbieten?

Ein weiterer systematischer Bruch ergibt sich im Hinblick auf § 9 UWG, der – unverändert – die Anspruchsberechtigung der (aller) Mitbewerber vorsieht. Warum sollte es dem Mitbewerber verwehrt sein, den Eintritt weiterer Schäden durch Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen zu verhindern, wenn er doch im Nachhinein Ersatz für die erlittenen Schäden verlangen könnte?

### **3. Zu § 8 III Nummer 2 UWG-E**

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat sich bereits gegen die vorgesehene Verlagerung der Prüfung der Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung von den Zivilgerichten auf das Bundesamt der Justiz durch Einführung einer Liste qualifizierter Wirtschaftsverbände ausgesprochen. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Missbrauchsbekämpfung erscheint eine Verlagerung jedenfalls nicht sonderlich geeignet und möglicherweise sogar dem Zweck zuwider laufend. Dem womöglich noch anzunehmenden Vorteil, die Prüfung an einer Stelle zu bündeln, die – zumindest nach einiger Zeit – über eine bessere Informationsbasis und Erfahrung verfügt, stünde der Nachteil gegenüber, dass die einmal erfolgte Eintragung wie ein „Ritterschlag“ wirken und die Gerichte von einer Prüfung der Anspruchsbefugnis im Einzelfall abhalten könnte. Es bedarf keiner seherischen Fähigkeiten, um vorherzusagen, dass die – über § 8a III UWG-E anwendbare – Regelung des § 4a II UKlaG-E, wonach ein Gericht im Falle begründeter Zweifel an dem Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen das Bundesamt für Justiz zur Überprüfung auffordern und das Verfahren bis zum Abschluss derselben aussetzen kann, leer laufen wird (in der erst unlängst veröffentlichte Entscheidung BGH, Urteil vom 04.07.2019, I ZR 149/18 – Umwelthilfe hat der Bundesgerichtshof eine Aussetzung und Aufforderung des Bundesamtes für Justiz zur Überprüfung auf Grundlage von § 4 IV UKlaG abgelehnt). Welchen Grund sollten die Gerichte zukünftig noch haben, sich mit den Eintragungsvoraussetzungen überhaupt zu befassen? Im Vorblatt des Entwurfes wird unter E.3 „Erfüllungsaufwand der Verwaltung“ vermutet, dass die Gerichte durch die zentral vorgenommene Prüfung der Klageberechtigung entlastet werden und zwar in einer Höhe, die die Belastung durch die neuen Mitteilungspflichten „voraussichtlich mehr als ausgleicht“. Insofern liegt dem Entwurf offensichtlich auch die Vermutung zu Grunde, dass sich die Gerichte zukünftig nicht mehr mit der Frage der Anspruchsbefugnis auseinandersetzen werden. Insgesamt erscheint es auch unter Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauches vorzugswert, die Prüfung der Anspruchsberechtigung weiterhin den Gerichten zu überlassen, da diese schneller und flexibler auf Änderungen oder Erkenntnisse über neue Missbrauchsformen reagieren können.

### **4. Zu § 8a UWG-E**

Sollte sich der Gesetzgeber trotz der vorstehenden Bedenken für eine Verlagerung der Prüfung auf das Bundesamt für Justiz entscheiden, so sind in jedem Fall die vorgesehenen Eintragungsvoraussetzungen zu überdenken. Die Regelung des § 8a II UWG-E sieht – ebenso wie jene des § 4 II UKlaG-E – vor, dass nur Verbände in der Rechtsform des eingetragenen Vereins in die Liste eingetragen werden können. Soweit die Bundesrechtsanwaltskammer hiergegen eingewandt hat, dass damit alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts – insbesondere die Kammern der freien Berufe – die aktuell nach § 8 III Nummer 2 UWG bestehende Anspruchsbefugnis verlieren, wurde dem durch eine Änderung des § 8 III Nummer 4 UWG-E Rechnung getragen. Sollte die Änderung des § 8 III Nummer 4 UWG-E tatsächlich weiterhin erforderlich sein, weil von der Änderung von § 8 III Nummer 2 UWG nicht Abstand genommen wird, dann müsste zumindest die Wendung „im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben“ gestrichen werden, weil diese Wendung neue Streitigkeiten hervorbringen kann. Ob eine Körperschaft des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Aufgaben handelt, richtet sich nach den zu Grunde liegenden Vorschriften des öffentlichen Rechts und sollte nicht zum Gegenstand zivilrechtlicher Auseinandersetzungen gemacht werden.

Soweit § 8a II UWG-E fordert, dass der Verband in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisiert sein muss, so fragt sich, ob dies nur für den Verband selbst gilt oder ob der Verband möglicherweise andere Verbände als Mitglieder haben kann, die ihrerseits nur in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisiert sein dürfen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die sog. „mittelbare Verbandsmitgliedschaft“ ausreichend ist, wobei unklar ist, ob dies nach der im Entwurf vorgesehenen Rechtslage auch noch der Fall wäre. In der Praxis gibt es Fälle, in denen sich Verbände, die in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisiert sind, auf mittelbare Mitglieder berufen, die ihnen als Gesellschafter von GmbHs, Kommanditgesellschaften oder nicht eingetragenen Vereinen angehören sollen.

Da der Begriff der „mittelbaren Mitglieder“ in keiner Weise konturiert oder abgrenzbar ist, sollte vorgesehen werden, dass Mitglied nur Vereinsmitglieder im Sinne des § 38 BGB sind. In der Entwurfsbegründung zu § 8a II UWG-E heißt es demgegenüber: „Bei der Mitgliedzahl können auch mittelbare Mitgliedschaften über Verbände berücksichtigt werden“. Damit wäre es im Übrigen ein Leichtes, die vorgesehene Voraussetzung der Mindestmitgliederzahl von 75 auszuhebeln. Wenn etwa drei Vereine mit je 25 Mitgliedern wechselseitig ineinander eintreten, könnte sich jeder der drei Vereine auf die Mitgliederzahl von 75 berufen, da ihm dann neben den eigenen 25 Mitgliedern noch die insgesamt 50 Mitglieder der beiden anderen Vereine „zugerechnet“ werden. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur „Sammelmitgliedschaft“ zeigen, dass es sich hierbei nicht nur um ein theoretisches Problem handelt.

Im Übrigen erscheint die im Entwurf vorgesehene Mindestanzahl von 75 nicht minder problematisch als die seinerzeit im RefE vorgesehene Mindestanzahl von 50. Zwar erscheint eine solche Anzahl zunächst einmal hoch und damit prinzipiell geeignet, unseriösen Verbänden die Eintragung und damit die Anspruchsbefugnis zu verwehren, auf der anderen Seite kann diese Anzahl schnell erreicht werden, wenn einige der Mitgliedsunternehmen so organisiert ist, dass jede Verkaufsstätte durch ein rechtlich selbständiges Tochterunternehmen betrieben wird und diese jeweils ein Mitglied des Verbandes werden. In derartigen Fällen wären nach aktuellem Recht die Voraussetzungen des § 8 III Nummer 2 UWG wohl trotz der – in bloßen Zahlen betrachtet – erheblichen Anzahl an Mitgliedsunternehmen nicht erfüllt. Auf der anderen Seite erscheint die vorgesehene Anzahl in anderen Fällen deutlich zu hoch, wenn es nämlich um Märkte geht, in denen nur einige wenige Unternehmen miteinander konkurrieren.

Nach der Rechtsprechung reicht es de lege lata aus, wenn in einem Verband Unternehmen aus dem Kreis der Mitbewerber in der Weise repräsentativ vertreten sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann (BGH, Urteil vom 16.11.2006, I ZR 218/03 – Sammelmitgliedschaft V; BGH, Urteil vom 01.03.2007, I ZR 51/04 Rn. 15 – Krankenhauswerbung). Alles in allem erscheint es auch hier besser, den Gerichten die Prüfung im Einzelfall zu überlassen und keine zu kleinteiligen Vorgaben hinsichtlich der erforderlichen Mitgliederanzahl zu machen. Auf diese Weise kann den Umständen des Einzelfalles besser Rechnung getragen werden. Der Bundesrechtsanwaltskammer liegen keinerlei Erkenntnisse vor, dass den Gerichten gesetzliche Möglichkeiten fehlen, mit entsprechenden Missbrauchsfällen angemessen umgehen zu können. Das Problem ist vielmehr darin zu sehen, dass die ganz überwiegende Anzahl der entsprechenden Missbrauchsfälle niemals einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird.

Unabhängig von der Frage, ob die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen auf das Bundesamt für Justiz verlagert wird oder nicht, erscheint die in § 4b I UKlaG-E i.V.m. § 8a III UWG-E vorgesehene Berichtspflicht ausgesprochen sinnvoll. Um hier jedoch echte Transparenz und „Waffengleichheit“ herzustellen, müsste die Veröffentlichung der Berichte vorgesehen werden. Nur eine solche Transparenz würde der in § 20 I Nummer 2 UWG-E vorgesehenen Bußgeldvorschrift zur Wirksamkeit verhelpen können. Zudem sollte ergänzend geregelt werden, dass die Abgabe falscher Berichte ebenso wie

die unterlassene oder verspätete Abgabe des Berichts den Verlust der Anspruchsbefugnis nach sich zieht.

## 5. Zu § 8b UWG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich in aller Deutlichkeit gegen die Neuregelung in § 8b UWG-E aus. Absatz 1 entspricht dem geltenden Recht (§ 8 IV 1 UWG) und regelt nur etwas Selbstverständliches, dass nämlich eine missbräuchliche Geltendmachung der Durchsetzbarkeit der Ansprüche entgegenstehen kann und dass die Missbräuchlichkeit unter Berücksichtigung „der gesamten Umstände“ zu bewerten ist. In einem offenen Widerspruch zu dem Postulat von der Berücksichtigung der „gesamten Umstände“ bestimmt dann Absatz 2, dass eine missbräuchliche Geltendmachung „insbesondere“ dann vorliegen soll, wenn auch nur einer der in den Nummern 1 bis 5 genannten Umstände vorliegt. Zwar vermeidet der Entwurf hier die im RefE verwendete Formulierung („wird vermutet“), indes lässt die Formulierung des Entwurfes ebenfalls keinen Raum für eine Berücksichtigung von Einzelfallumständen. Soweit es in der Begründung des Entwurfes zu § 8b II UWG-E heißt, der Anspruchssteller könne die Vermutung entkräften, dass er missbräuchlich handelt, ist dies nicht mit dem vorgesehenen Gesetzeswortlaut („...liegt insbesondere vor...“) zu vereinbaren. Auch der Bundesrat vertritt in seiner Stellungnahme die Auffassung, dass bei Vorliegen eines der in den Nummern 1 bis 5 genannten Umstände eine Entkräftung nicht mehr möglich ist (ebenso wohl Fritzsche, WRP 7/2019 – Editorial, reSp.). Der Widerspruch zwischen Absatz 1 und Absatz 2 lässt sich somit nicht auflösen. Was wäre also, wenn zwar einer der Tatbestände des § 8b II Nummern 1 bis 5 UWG-E erfüllt ist, gleichwohl weitere Umstände vorliegen, die – jedenfalls in ihrer Gesamtheit – einen Missbrauch ausschließen? Das Problem wird auch noch einmal dadurch verschärft, dass der RegE die fünf Tatbestände vollkommen gleichwertig nebeneinander stellt. So soll es ebenso für einen Missbrauch sprechen, dass eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht (Nummer 5) wie auch der Umstand, dass die Abmahnung vorwiegend dazu dient, einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder von Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen (Nummer 1). Damit wird zwar den Einwendungen der Bundesrechtsanwaltskammer zum RefE – dieser sah den jetzt in Nummer 1 vertorteten Tatbestand noch in einer Art „Obersatz“ vor – dahingehend Rechnung getragen, dass nunmehr die Systematik innerhalb von Absatz 2 deutlicher wird, jedoch verschärft die nunmehr vorgesehene Gleichwertigkeit der Tatbestände den Widerspruch zu Absatz 1, weil bereits das Vorliegen auch nur eines einzigen Tatbestandes den Missbrauch impliziert. Wie sollte etwa die Rechtsprechung mit dem Fall umgehen, dass ein Abmahrender, der nach den Gesamtumständen redlich handelt, mehr oder weniger versehentlich eine Vertragsstrafe fordert, die man unter Berücksichtigung der Rechtsprechung als „überhöht“ ansehen kann? Möglicherweise mahnt der Betroffene ohne anwaltliche Unterstützung ab und ihm ist die Rechtsprechung nicht im Einzelnen bekannt. Womöglich ist ihm auch nur ein Schreibfehler unterlaufen. Gerade der Verzicht auf die Einschaltung eines Rechtsanwalts und der damit verbundene Verzicht auf Geltendmachung von Auslagenersatz für Rechtsanwaltskosten schonen den Abgemahnten und sprechen deutlich gegen einen Rechtsmissbrauch. Es wäre nicht nachvollziehbar, warum die Gerichte in einem solchen Fall durch § 8b II Nummer 4 UWG-E gezwungen werden sollten, einen Rechtsmissbrauch anzunehmen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer rät zum einen aus grundsätzlichen Erwägungen, zum anderen aber auch aus praktischen Gründen davon ab, eine nachgelagerte Ausübungskontrolle der Anspruchsbefugnis gesetzlich zu regeln. Unter Missbrauch versteht man den – aus welchen Gründen auch immer – missbilligten Gebrauch einer Sache, eines Menschen, einer Person, eines Stoffes, einer Stellung bzw. Position oder auch eines Rechts. Es spricht zunächst einmal nichts dagegen, identifizierten Missbrauchsfällen mit dem gesamten Spektrum des rechtlichen Instrumentariums zu begegnen, bis hin zur Strafandrohung. Eine Einschränkung muss indes für die Fälle des Missbrauches von Rechten oder durch das Recht eingeräumter Positionen gelten. Ist es möglich, identifizierte Missbrauchsfälle in subsumtionsfähiger Weise zu definieren und von einer zu billigen Ausübung des Rechts bzw. der

Rechtsposition abzugrenzen, dann sollte das Recht in einer Weise angepasst werden, dass dieses seine Missbrauchseignung verliert. Übertragen auf das Lauterkeitsrecht würde dies bedeuten, dass nicht – wie in § 8b I UWG-E vorgesehen – die Geltendmachung von Ansprüchen für unzulässig erklärt werden muss, sondern entsprechende Ansprüche müssten bei Vorliegen der entsprechenden Merkmale ausgeschlossen werden. Dass der Entwurf diesen Schritt nicht geht, hängt wohl damit zusammen, dass erkannt wurde, dass auf den Verweis auf die „gesamten Umstände“ schlichtweg nicht verzichtet werden kann, mithin eine abschließende Definition des Missbrauches nicht möglich ist. In einem solchen Fall ist es besser, wenn der Gesetzgeber den Gerichten den Freiraum belässt, unter Ausschöpfung dieser „gesamten Umstände“ und unter freier Würdigung derselben die Frage des Missbrauches aufwerfen und beantworten zu können. Die in § 8b II Nummern 1 bis 5 UWG-E vorgesehenen Tatbestände erschweren ein solches Vorgehen und damit auch die Missbrauchsbekämpfung. Darüber hinaus können die Regelungen eine kaum mehr zu kontrollierende Dynamik bewirken und hierdurch weiteren Missbrauchsfällen Vorschub leisten. So könnte sich ein Gericht etwa dazu veranlasst sehen, einen eigentlich oberhalb der Angemessenheitsgrenze liegenden Betrag für den Streitwert oder die Vertragsstrafe als „noch gerade angemessen“ anzusehen, weil es anderenfalls begründen müsste, warum weitere Einzelfallumstände die Missbrauchsvermutung im konkreten Fall widerlegen. Hierdurch kann es zu einer schleichenden Steigerung von Gegenstandswerten und Vertragsstrafen kommen, was wohl gerade nicht intendiert ist.

Die in § 8b II Nummern 1 bis 4 UWG-E enthaltenen Tatbestände sind allesamt nichts Neues und sie werden – jedoch mit anderer Rechtsfolge – von den Gerichte bereits Tag für Tag angewendet. Der Tatbestand des § 8b II Nummer 1 UWG-E entspricht im Wesentlichen § 8 IV UWG-E. Die Tatbestände der § 8b II Nummern 2 bis 4 UWG-E entsprechen den von den Gerichten entwickelten und angewandten Indiztatsachen, die für einen Missbrauch sprechen ohne die Annahme eines solchen zwingend vorzuschreiben. Die Gerichte können die entsprechenden Umstände naturgemäß nur dann berücksichtigen, wenn sie hiervon Kenntnis haben, so dass es eines entsprechenden Parteivortrages bedarf (etwa zum Umfang der geschäftlichen Tätigkeit und zum Umfang der Abmahntätigkeit und dem sich daraus ergebenden Missverhältnis). An diesem Umstand vermag jedoch auch der Entwurf nichts ändern. Es wäre angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung völlig kontraproduktiv, den Gerichten jetzt die von ihnen selbst identifizierten Indiztatsachen im Rahmen zwingender gesetzlicher Regelungen („missbräuchliche Geltendmachung liegt [...] vor...“) zurückzuspielen und hierdurch nicht nur eine sachgerechte Bewertung von Einzelfällen zu erschweren, sondern auch die weitere Fortentwicklung der beschriebenen Kasuistik zu verhindern.

Ein Blick über den Tellerrand des Lauterkeitsrechts hinaus zeigt zudem, dass der Gesetzgeber bislang – mit gutem Grund – Zurückhaltung bei der gesetzlichen Definition und Regelung von Rechtsmissbrauch gezeigt hat. Das bekannteste Beispiel stellt wohl das Schikaneverbot des § 226 BGB dar, welches aber nach ganz herrschender Meinung entbehrlich ist (BeckOK BGB/Dennhardt, 46. Ed. 1.5.2018, § 226 Rn. 1). Bei dem in § 42 AO geregelten steuerlichen Gestaltungsmissbrauch ist es – ebenfalls durch einen gesetzgeberischen Eingriff – vor etwa zehn Jahren zu einem gewissen Systemwechsel gekommen, weil der Gesetzgeber dort ebenfalls die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien teilweise in Gesetzesform überführt hat (dazu im Einzelnen: Geerling/Gorbauch, DStR 2007, 1703). Ob sich die Neufassung des § 42 AO nunmehr bewährt hat oder nicht, kann jedenfalls in dem hier interessierenden Zusammenhang dahingestellt bleiben, weil diese Regelung einen gänzlich anderen Ansatz verfolgt als § 8b UWG-E. § 42 AO erklärt steuerlichen Gestaltungsmissbrauch nicht für unzulässig, sondern unterwirft entsprechende Gestaltungen nur den gleichen Steuerfolgen, die bei einer angemessenen rechtlichen Gestaltung entstehen. Insgesamt bleibt es dabei, dass jeder Ansatz, Rechtsmissbrauch gesetzgeberisch zu definieren, statt das zu Grunde liegende Recht anzupassen, als verfehlt bezeichnet werden muss.



## 6. Zu § 13 II UWG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer vermag nicht die Notwendigkeit zu erkennen, den erforderlichen Inhalt der Abmahnung einer detaillierten gesetzlichen Regelung zuzuführen. Letztlich geht es um die Frage, ob eine Abmahnung ihren Zweck, dem Schuldner einen einfachen und kostengünstigen Weg zur Beilegung der Streitigkeit zu weisen, erfüllt oder nicht. Insbesondere in der Zusammenschau mit den in § 13 III und V UWG-E vorgesehenen Folgen erscheint die Regelung nicht unproblematisch. Man stelle sich die Auseinandersetzung eines kleineren Unternehmens gegen ein aggressiv – womöglich vorsätzlich – handelndes Großunternehmen vor, bei dem das kleinere Unternehmen eine Abmahnung ohne Hinzuziehung eines Rechtsanwalts verfasst. Selbst dann, wenn die solchermaßen verfasste Abmahnung ihren Zweck voll und ganz erfüllt, müssten die Gerichte dem kleineren Unternehmen nicht nur den – in dem konstruierten Fall wohl ohnehin eher geringen – Aufwendungsersatzanspruch absprechen, sondern – was gravierender ist – dem vorsätzlich handelnden Verletzer einen Aufwendungsersatzanspruch zusprechen, wenn die Abmahnung auch nur kleinste Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben aufweist. Unklar bleibt auch, ob Mängel der Abmahnung geheilt werden können und welche Folgen dies im Hinblick auf den Aufwendungsersatzanspruch hat. Soll dieser dann insgesamt oder für die Zukunft entfallen? Oder ist eine Heilung nicht möglich, mit der Folge, dass der Abgemahnte auch noch nach der Beseitigung eines Mangels einen Rechtsanwalt beauftragen und die Kosten für dessen Einschaltung ersetzt bekommen kann? Die Begründung zu § 13 V UWG-E geht davon aus, dass im Falle der Nachreichung der in Absatz 2 aufgezählten Informationen der Anspruch für die Rechtsverteidigung nur dann entfällt, wenn dem Abgemahnten zu diesem Zeitpunkt noch keine Aufwendungen entstanden sind, beantwortet aber nicht die Frage, ob hierdurch auch der Anspruch nach § 13 III UWG-E entsteht.

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt vor, hier noch einmal zu überprüfen, ob es der Regelung des § 13 II UWG-E überhaupt bedarf. Der Bundesrechtsanwaltskammer sind jedenfalls keine Missbrauchsfälle in nennenswertem Umfang bekannt, die dadurch gekennzeichnet wären, dass zu wenige Informationen in den Abmahnungen enthalten wären. Im Gegenteil: Es gibt unzählige Abmahnungen, die sich zumindest insofern auf der Grenze zum Missbrauch bewegen, als dort vermeintliche anwaltliche Kompetenz und Autorität eingesetzt und durch ausufernde Texte – überwiegend: Rechtsprechungszitate – zur Schau getragen werden.

## 7. Zu § 13 III - V UWG-E

§ 13 III UWG-E entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht, § 12 I 2 UWG. Zumindest folgerichtig ist die Beschränkung des Anspruches nicht nur auf solche Abmahnungen, die – insoweit bereits im aktuellen Recht vorgesehen – „berechtigt“ sind, sondern zusätzlich den Anforderungen von § 13 II UWG-E entsprechen. Allerdings wird auf vorstehende Bedenken gegen zu strenge inhaltliche Vorgaben für die Abmahnung verwiesen. Entscheidend muss sein, ob die Abmahnung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ihren Zweck erfüllt oder nicht. Wenn sich zwei unmittelbare Wettbewerber einen regelmäßigen wettbewerbsrechtlichen Schlagabtausch durch ständige Abmahnungen und Unterlassungsstreitigkeiten liefern, dann erscheint es weder erforderlich noch sinnvoll, diese zu zwingen, in jeder Abmahnung die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung darzulegen (so aber § 13 II Nummer 2 UWG-E). Es ist dann auch nicht gerechtfertigt, dem Abmahnenden nur deshalb den Aufwendungsersatzanspruch zu versagen, weil er es unterlassen hat, eine solchermaßen nicht erforderliche Angabe in die Abmahnung aufzunehmen. Erst recht ist es nicht einzusehen, warum der Abgemahnte, der unter Umständen vorsätzlich gehandelt hat, seinerseits in diesem Fall auch noch in den Genuss eines Gegenanspruches nach § 13 V UWG-E kommen sollte. Letztlich zeigt sich auch hier, dass es besser wäre, auf nähere inhaltliche Vorgaben zur Abmahnung zu verzichten und es dabei zu belassen, dass der Abmahnkostenersatzanspruch nur dann besteht, wenn die Abmahnung „berechtigt“ ist.

Auch auf den Ausschluss des Abmahnkostenersatzanspruches für bestimmte Gläubiger und bestimmte Rechtsverstöße nach § 13 IV UWG-E sollte verzichtet werden. Nach § 13 IV UWG-E sollen Mitbewerber keinen Abmahnkostenersatzanspruch geltend machen können, wenn ein im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangener Verstoß gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten oder ein Verstoß gegen die DS-GVO oder das BDSG durch Klein- und Kleinstunternehmen im Raume steht. Ein derart partieller Eingriff in das System der Abmahnkostenerstattung ist nicht erforderlich und gefährdet die Kohärenz und Rechtfertigung des Aufwendungsersatzanspruches im Übrigen. Dem Aufwendungsersatzanspruch des § 12 I 2 UWG (= § 13 III UWG-E) liegt bekanntlich die Vorstellung zu Grunde, dass die Abmahnung (auch) im Interesse des Abgemahnten erfolgt. Der Bundesfinanzhof hat der Vorstellung von der (auch) im Schuldnerinteresse liegenden Abmahnung mit seinen Urteilen vom 21.12.2016 – Aktenzeichen XI R 27/14 und vom 13.02.2019 – Aktenzeichen XI R 1/17 noch einmal Aktualität verliehen, indem er die Abmahnung als eine umsatzsteuerbare Leistung des Abmahnenden gegenüber dem Abgemahnten angesehen und diese der Umsatzsteuer unterworfen hat. Nicht im Schuldnerinteresse liegen indes diejenigen Abmahnungen, die rechtsmissbräuchlich sind. Der in § 13 IV UWG-E vorgesehene Ausschluss kann daher nur in den Fällen wirksam werden, in denen eine Abmahnung (auch) im Schuldnerinteresse ausgesprochen wird und insofern nicht rechtsmissbräuchlich ist. Es ist aber in systematischer Hinsicht nicht zu rechtfertigen, warum in einem solchen Fall bei ganz bestimmten Rechtsverletzungen für einige der Gläubiger der Aufwendungsersatzanspruch ausgeschlossen werden sollte. Hier dürfte auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegen, da weder eine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung der Rechtsverletzungen noch für die unterschiedliche Behandlung der Gläubiger ersichtlich ist. Soweit es in der Begründung zu § 13 IV UWG-E heißt, Wettbewerber seien weiterhin zur Abmahnung von Verstößen berechtigt, könnten hierfür jedoch keine Erstattung angefallener Kosten verlangen, so blendet dies die in § 13a II UWG-E vorgesehene Bestimmung aus, wonach die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu Gunsten von Mitbewerbern ausgeschlossen werden soll. Da die Abmahnung jedoch schon nach dem Wortlaut des § 12 I 1 UWG (= § 13 I UWG-E) darauf gerichtet ist, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen, kann hier keine Rede mehr davon sein, dass Mitbewerber weiterhin zur Abmahnung von Verstößen berechtigt wären. Völlig lebensfremd ist zudem die Annahme aus der Begründung zu § 13 IV UWG-E, wonach sich Wettbewerber alternativ an einen qualifizierten Wirtschaftsverband wenden könnten, damit dieser „für sie“ eine Abmahnung ausspricht. Ein qualifizierter Wirtschaftsverband spricht nicht für einzelne Mitglieder oder für andere Marktteilnehmer Abmahnungen aus, sondern verfolgt seine eigenen satzungsmäßigen Zwecke und entscheidet – wenn er seriös handelt – selbst, gegen welche Marktteilnehmer und gegen welche Wettbewerbsverstöße er vorgeht. Wäre dies im Übrigen anders, wäre die vorgesehene Regelung erst Recht nicht verständlich, da das abgemahnte Unternehmen dann ja ebenfalls mit den Kosten einer Abmahnung belastet wäre. Es wäre dann nicht nachvollziehbar, warum das betroffene Unternehmen nicht selbst abmahnen und zumindest einen Betrag in der Höhe geltend machen kann, den ein qualifizierter Wirtschaftsverband geltend machen könnte. Hinzu kommt, dass nicht nachvollziehbar wäre, warum einem Mitbewerber bei entsprechenden Rechtsverletzungen zwar Schadensersatz nach § 9 UWG, nicht hingegen Aufwendungsersatz zustehen soll. Der Logik der Entwurfsbegründung folgend müsste sich der Unternehmer dann hinsichtlich der Abmahnung an einen qualifizierten Wirtschaftsverband wenden und daneben Schadensersatzansprüche – solche stehen den Verbänden nicht zu – selbst geltend machen. Es ist auch nicht erkennbar, dass dies tatsächlich den Schuldner in irgendeiner Weise schützen würde.

Auch der Sache nach erscheint es wenig zweckmäßig, durch Systembrüche die durchaus guten Entwicklungen zu den adressierten Rechtsmaterien zu behindern:

- So hat sich in den letzten Monaten gerade zu den Informationspflichten eine Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gefestigt, wonach Unterlassungsansprüche bei der Verletzung unionsrechtlich determinierter Informationspflichten auch auf Grundlage von § 3a UWG nur dann bestehen,

wenn der Verbraucher die ihm vorenthaltene wesentliche Information je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen und das Vorenthalten geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2018, I ZR 73/17 – Jogginghosen; dazu Möller, NJW 2019, 1645 [1646]; ferner BGH, Urteil vom 28.03.2019, I ZR 85/18 – Kaffeekapseln und BGH, Urteil vom 07.03.2019, I ZR 184/17 – Energieeffizienzklasse III). Auf Grundlage dieser unionsrechtskonformen Auslegung hat der Bundesgerichtshof etwa die Spürbarkeit des Verstoßes gegen die Textilkennzeichnungsverordnung und damit auch den Unterlassungsanspruch für den Fall verneint, dass an Stelle des Begriffes „Baumwolle“ auf einem Etikett der Begriff „Cotton“ verwendet wird. Wenn eine Spürbarkeit in diesem Sinne nicht angenommen werden kann, dann wäre auch eine Abmahnung nicht berechtigt i.S.d. § 12 I 2 UWG (= § 13 III UWG-E) und es könnte ohnehin kein Aufwendungsersatz gefordert werden. Wenn die Spürbarkeit indes gegeben ist, dann besteht auch kein Grund zum Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruches, wenn die Abmahnung (auch) im Interesse des Schuldners erfolgt.

- Nach wie vor wird in der Literatur diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen Verstöße gegen die DS-GVO auch mit den Mitteln des UWG abgemahnt werden können. Es gibt einzelne, wenngleich gegenläufige, Entscheidungen der Instanzgerichte und mit einer weiteren Klärung durch die Rechtsmittelgerichte ist zu rechnen. Mit unterschiedlichem Ergebnis wird zudem diskutiert, welche Aussagekraft der Fashion ID-Entscheidung des EuGH im Hinblick auf diese Frage zukommt (einerseits Köhler, WRP 9/2019 [Editorial], andererseits Spittka/Mantz, NJW 2019, 2742 [2745]). In diese Entwicklung/Diskussion sollte nicht dadurch eingegriffen werden, indem hier ein partieller Ausschluss des Abmahnkostenersatzanspruches gesetzlich normiert wird. Es besteht hierzu auch kein Anlass, da allgemein festgestellt wird, dass die befürchtete „Abmahnwelle“ im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der DS-GVO ausgeblieben ist (vgl. Gola, NJW 2019, 639 [642]; Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555). Die vorgesehene Regelung kann sogar den umgekehrten Effekt haben, dass nämlich Aufwendungsersatzansprüche mit der Begründung zugesprochen werden, dass diese vom Gesetz ja nur bei Rechtsverletzungen durch Klein- und Kleinstunternehmen ausgeschlossen sind, für andere KMU oder Großunternehmen demzufolge begründet sein müssen. Hinzu kommt, dass es für den Verletzten nicht erkennbar sein wird, ob der Verletzer ein Klein- oder Kleinstunternehmen im Sinne des Art. 2 des Anhanges zur Empfehlung der Kommission K(2003) 1422 ist oder ob die dort vorgesehenen Schwellenwerte (50 Mitarbeiter oder Jahresumsatz/Jahresbilanz > 10 Mio. EUR) überschritten werden.

Auf den partiellen Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruches sollte daher aus den dargelegten Gründen verzichtet werden.

Als sehr problematisch erachtet die Bundesrechtsanwaltskammer auch den in § 13 V UWG-E vorgesehenen „Gegenanspruch“ des Abgemahnten. Dieser Anspruch soll bestehen, wenn die Abmahnung entweder (1) unberechtigt ist oder (2) nicht vollständig den Anforderungen des § 13 II UWG-E entspricht. Beides ist nicht sachgerecht: Soweit die Abmahnung unberechtigt ist, indiziert dies keineswegs per se einen Rechtsmissbrauch. Die Abmahnung dient vielmehr der schnellen und kostengünstigen außergerichtlichen Erledigung einer Streitigkeit. In vielen Fällen kann man trefflich darüber diskutieren, ob ein Anspruch besteht und wenn ja in welchem Umfang. Die Auseinandersetzung darüber kann gerichtlich geführt werden und nicht selten kommt es zu unterschiedlichen Entscheidungen der Gerichte auch innerhalb des Instanzenzuges. Die Abmahnung soll dem Schuldner aber gerade die Möglichkeit eröffnen, auf diese gerichtliche Klärung zu verzichten und dem Verlangen des Abmahnenden nachzukommen. Regelmäßig werden daher Unterlassungserklärungen mit der Einleitung „...ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, gleichwohl rechtsverbindlich...“ abgegeben. Es ist zwar durchaus sachgerecht, dem Abgemahnten für den Fall des Rechtsmissbrauches einen Anspruch auf Ersatz seiner Rechtsverteidigungskosten zuzugestehen, nicht hingegen für jeden Fall der (nur) unberechtigten Abmahnung. Noch weniger nachvollziehbar ist der Gegenanspruch für den Fall, dass die

Abmahnung zwar berechtigt ist, die Abmahnung indes nicht den Anforderungen des § 13 II UWG-E entspricht. Entscheidend muss sein, ob die Abmahnung ihren Zweck, dem Schuldner einen einfachen und kostengünstigen Weg zu weisen, die Streitigkeit beizulegen, erfüllt oder nicht. Vorstehend wurde bereits das Beispiel benannt, dass sich zwei marktstarke Wettbewerber in einer scharfen Wettbewerbssituation befinden und sich regelmäßig mit Abmahnungen überziehen. Warum sollte hier ein unter Umständen vorsätzlich handelnder Rechtsverletzer mit einem Kostenerstattungsanspruch „belohnt“ werden, nur weil der Abmahnende keine – überflüssigen – Ausführungen zum offensichtlichen Wettbewerbsverhältnis in die Abmahnung aufgenommen hat? Anzumerken ist noch zur Entwurfsbegründung zu § 13 V UWG-E, dass die vorgesehene Regelung keineswegs den finanziellen Anreiz für Abmahnungen reduziert, sondern – umgekehrt – ein zusätzliches finanzielles Risiko für den Abmahnenden schafft, was im Ergebnis dazu führen wird, dass Unterlassungsgläubiger unter Inkaufnahme des Risikos des § 93 ZPO unter Verzicht auf eine – dann nicht minder risikobehaftete – Abmahnung unmittelbar gerichtliche Verfahren einleiten werden. Die vorgesehene Regelung verhindert also nicht missbräuchliche Abmahnungen, sondern führt nur dazu, dass das Rechtsinstitut der Abmahnung insgesamt entwertet wird. Dem in der Entwurfsbegründung zu § 13 V UWG-E aufgeführten Umstand, dass ein Gegenanspruch des Abgemahnten in Vergleichsverhandlungen ein „wichtiger Posten zu Gunsten des Abgemahnten“ darstellen könne, kann schlechterdings kein zulässiges Motiv für die Schaffung oder Erweiterung einer Anspruchsgrundlage sein.

Alles in allem spricht sich die Bundesrechtsanwaltskammer aus den dargelegten Gründen gegen die vorgeschlagene Neuregelung in § 13 III bis V UWG-E aus.

## 8. Zu § 13a UWG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt vor, an Stelle der vorgesehenen Regelung des § 13a UWG-E eine Einschränkung oder Aufhebung von § 348 HGB vorzunehmen, damit eine gerichtliche Kontrolle versprochener und verwirkter Vertragsstrafen über § 343 BGB ermöglicht wird.

Die Bestimmung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe gehört zu den schwierigsten Themen des Lauterkeitsrechts. Das Vertragsstrafversprechen soll bekanntlich eine bestehende Begehungsgefahr – in der Regel in Form einer Wiederholungsgefahr – ausräumen. Insofern muss die (drohende) Vertragsstrafe dazu geeignet sein, den Zuwiderhandelnden von weiteren Rechtsverstößen abzuhalten. Insoweit besteht das Bedürfnis, Vertragsstrafversprechen einer (gerichtlichen) Kontrolle unterziehen zu können. Es ist zwar an und für sich zutreffend, dass ein Streit um die Angemessenheit verwirkter Vertragsstrafen eigentlich nur denkbar ist, wenn sich bereits herausgestellt hat, dass nicht einmal diese Vertragsstrafe dazu geeignet war, den Schuldner von weiteren, zumindest fahrlässig begangenen Zuwiderhandlungen abzuhalten. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass die Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche nicht um jeden Preis erfolgen darf. Dies ergibt sich aus dem zumindest die Gerichte bindenden und mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu ausführlich: Köhler, „Die Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“, GRUR 1996, 82 ff.). Nach den Erkenntnissen der Bundesrechtsanwaltskammer machen die Gerichte von den Möglichkeiten des § 343 BGB durchaus Gebrauch. Selbst dort, wo § 348 HGB einer Anwendung von § 343 BGB entgegenstehen, setzen die Gerichte bei exorbitant hohen Vertragsstrafen diese auf Grundlage der allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben herab (zuletzt: BGH, Urteil vom 17.07.2008, I ZR 168/05 – Kinderwärmekissen). In den zuletzt genannten Fällen würde es die nachgelagerte Angemessenheitskontrolle deutlich erleichtern, wenn die Sperrwirkung des § 348 HGB nicht dazu zwingen würde, die Herabsetzung auf allgemeine Vorschriften stützen und hierzu jeweils den Ausnahmecharakter des Falles deutlich machen zu müssen. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, § 348 HGB dahingehend einzuschränken, dass der Ausschluss nicht gilt, wenn die Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine vertraglich übernommene Unterlassungsverpflichtung versprochen wird. In diesem Zusammenhang wäre auch zu prüfen, ob es der Regelung des § 348 HGB überhaupt noch bedarf oder ob diese nicht

insgesamt aufgehoben werden kann, um auch in anderen Fällen eine Angemessenheitskontrolle von Vertragsstrafen über § 343 BGB zu ermöglichen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer rät hingegen von den in dem Entwurf vorgesehenen Regelungen ab. Die in § 13a I UWG-E genannten Kriterien sind kaum dazu geeignet, einen konkreten Betrag als „angemessene Vertragsstrafe“ zu ermitteln. Es ist auch nicht erkennbar, dass Gerichte im Rahmen der Angemessenheitskontrolle in der Vergangenheit eines oder mehrere der dort genannten Kriterien nicht in ihre Betrachtungen einbezogen hätten. Die enumerative Auflistung ist vielmehr dazu geeignet, den Blick auf weitere, im Einzelfall relevante weitere Umstände zu versperren.

Die Regelung in § 13a II UWG-E, wonach die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nach Absatz 1 für Anspruchsberechtigte nach § 8 Abs. 3 Nummer 1 UWG-E (Mitbewerber) für „Verstöße nach § 13 Absatz 4“ ausgeschlossen sein soll, ist ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Vertragsfreiheit. Hierbei wird völlig außer Betracht gelassen, dass erst die Vereinbarung einer angemessenen Vertragsstrafe dazu führt, dass eine durch eine erstmalige Verletzung begründete Wiederholungsgefahr entfällt und zwar nicht nur im Verhältnis zum Vertragspartner, sondern inter omnes. Anders als im Recht der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts, ist es im Lauterkeitsrecht nicht die Ausnahme, sondern die Regel, dass es zahlreiche Gläubiger geben kann, die ein und denselben Anspruch durchsetzen können. Gerade dann, wenn ein Schuldner mehreren Abmahnungen ausgesetzt ist, kann dieser ein erhebliches Eigeninteresse daran haben, gegenüber dem Erstabmahner eine Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafeversprechen abzugeben. Die vorgesehene Regelung würde hier in Verbindung mit § 13 IV UWG-E gerade diejenigen benachteiligen, die nach der Intention des Entwurfes eigentlich geschützt werden sollten, nämlich die Klein- und Kleinstunternehmen. Warum sollte etwa ein Großunternehmen für sich entscheiden dürfen, dem Streit um die Durchsetzbarkeit der DS-GVO mit Mitteln des Lauterkeitsrechts durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber einem Mitbewerber aus dem Weg gehen zu wollen, wohingegen es ein kleines Unternehmen oder ein Kleinstunternehmen auf ein gerichtliches Verfahren ankommen lassen müsste. Diese Beschränkung der Vertragsautonomie ist zum Schutze schwächerer Marktteilnehmer weder geeignet noch erforderlich, und kann sich sogar zu deren Nachteil auswirken.

Auch die Vorgabe eines im Gesetz bereits ziffernmäßig festgelegten Betrages für die Vertragsstrafe, wie es in § 13a III UWG-E vorgesehen ist, stellt ebenfalls eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Vertragsfreiheit dar. Die vorgesehenen Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen weitgehend der Formulierung aus § 13 IV Nummer 1 UWG-E des RefE, wonach der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen ausgeschlossen sein sollte, wenn die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihrer Schwere, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt. Auf die mit dieser Formulierung verbundenen mehrschichtigen Abgrenzungsprobleme hat die Bundesrechtsanwaltskammer bereits in ihrer Stellungnahme Nummer 32/2018 zum RefE hingewiesen. Mit Blick auf die in § 13a III UWG-E kommt jedoch ein weiteres hinzu: Da das Vertragsstrafeversprechen ausschließlich dazu dient, die durch die erstmalige Verletzung begründete Wiederholungsgefahr auszuräumen, muss die Angemessenheit aus der Perspektive des Unterlassungsschuldners beurteilt werden. Nur dann, wenn die Vertragsstrafe so bemessen ist, dass sie tatsächlich dazu geeignet ist, den Schuldner von weiteren Verstößen abzuhalten, kann sie ihren Zweck erfüllen. Es ist insofern widersinnig, hier nicht – wie etwa in § 13a I Nummer 4 UWG-E vorgesehen – auf das wirtschaftliche Interesse des Abgemahnten an den zurückliegenden und zukünftigen Verstößen abzustellen, sondern auf die Beeinträchtigung der Interessen der anderen Marktteilnehmer. Im ungünstigsten Fall gibt der Abgemahnte eine Unterlassungserklärung mit einem auf 1 000 Euro begrenzten Vertragsstrafeversprechen ab und muss dann – etwa gegenüber einer qualifizierten Einrichtung zum Schutz von Verbraucherinteressen oder einem qualifizierten Wirtschaftsverband – eine weitere Unterlassungserklärung mit erhöhtem Vertragsstrafeversprechen abgeben, weil der versprochene Betrag von 1 000 Euro nicht dazu geeignet ist, die bestehende Wiederholungsgefahr auszuräumen. Warum sollte hier vor allem dem Schuldner die Mög-

lichkeit genommen werden, durch Versprechen einer angemessenen Vertragsstrafe eine etwaig bestehende Wiederholungsgefahr wirksam zu beseitigen, statt sich hier in ein gerichtliches Verfahren zu begeben, an dessen Ende neben der Unterlassungsverurteilung auch die Androhung von Ordnungsgeld bis zu einer Höhe von 250 000 Euro (§ 890 II ZPO) und sogar Ordnungshaft steht? Die Diskrepanz zwischen dem in § 890 II ZPO vorgesehenen Höchstbetrag eines Ordnungsgeldes und dem in § 13a III UWG-E vorgesehenen Betrag ist offensichtlich.

Die in § 13a IV UWG-E vorgesehene Regelung schließt schließlich nicht nur die Anwendung von § 348 HGB für den Bereich des Lauterkeitsrechts aus, sondern ordnet in Abweichung von § 343 BGB sogar eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ipso iure an. Dies erscheint nicht erforderlich, da sich die gerichtliche Kontrolle nach § 343 BGB bewährt hat und insofern eine Einschränkung § 348 HGB ausreichend wäre, den intendierten Zweck zu erreichen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer vermag auch nicht den Sinn und Zweck der vorgesehenen Regelung des § 13a V UWG-E zu erkennen, wonach die Einigungsstellen nach § 15 UWG auch ohne Zustimmung des Abmahnenden angerufen werden können, wenn eine nicht bezifferte Vertragsstrafe versprochen wurde. Soweit in der Begründung zu § 13a V UWG-E ausgeführt wird, dass dies der Entlastung der Gerichte diene, zugleich aber darauf hingewiesen wird, dass nach Durchführung des Einigungsstellenverfahrens von beiden Seiten ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden könne, wäre dies widersprüchlich, wenn man nicht zugleich davon ausgehen würde, dass es in der Mehrzahl der Einigungsstellenverfahren zu abschließenden Erledigungen der Streitigkeiten über die Höhe der Vertragsstrafe kommen wird. Irgendwelche tatsächlichen Anhaltspunkte für diese Annahme werden jedoch in der Entwurfsbegründung nicht aufgezeigt und die Bundesrechtsanwaltskammer vermag diese auch sonst nicht zu erkennen. Es gibt insgesamt nur verhältnismäßig wenig statistisches Material zu den Verfahren vor den Einigungsstellen (Nachweise etwa bei Ottofülling, WRP 2006, 410 [425]). Hinweise auf überragende Erledigungsquoten finden sich darunter nicht. Zu berücksichtigen ist zudem, dass auch das Verfahren vor den Einigungsstellen mit Kosten und Aufwand – für die Parteien und für die jeweilige Industrie- und Handelskammer – verbunden ist und eine etwaige Entlastung der Gerichte mit einer entsprechenden Belastung der Parteien und der Industrie- und Handelskammer einhergehen würde. Formulierungstechnisch „unsauber“ ist zudem die in § 13a V 2 UWG-E vorgesehene Regelung, wonach der Abgemahnte auch dann ohne Zustimmung des Abmahnenden die Einigungsstelle anrufen können soll, wenn er „nach Absatz 4 nur eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe schuldet“. Ob die Regelung des § 13a IV UWG-E einschlägig ist oder nicht, wird häufig gerade Gegenstand der Auseinandersetzung sein, weshalb diese Regelung wohl so zu lesen wäre. „... wenn Streit über die Herabsetzung des Vertragsstrafeanspruches nach Absatz 4 besteht.“ Die Bundesrechtsanwaltskammer vermag aber aus den aufgezeigten Gründen die Erforderlichkeit der Regelung insgesamt nicht zu erkennen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt indes ausdrücklich, dass der Hinweis aus ihrer Stellungnahme zum RefE aufgegriffen wurde und mehr als zehn Jahre nach Ersetzung des Begriffes der Wettbewerbshandlung durch den zentralen Begriff der geschäftlichen Handlung auch § 15 III 2 UWG entsprechend angepasst werden soll. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt auch, dass die noch im RefE vorgesehene Regelung, wonach sich der Abmahnende nicht darauf berufen können soll, der Abgemahnte habe durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben, wenn er zuvor eine unangemessen hohe Vertragsstrafe gefordert hat und der Abgemahnte den Anspruch sofort anerkennt, nicht Gegenstand des Entwurfes geworden ist. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat im Rahmen ihrer Stellungnahme Nummer 32/2018 zum RefE aufgezeigt, dass und warum auf diese Regelung verzichtet werden sollte.

Wie einleitend bereits ausgeführt, schlägt die Bundesrechtsanwaltskammer aus den dargelegten Gründen vor, auf die Regelung des § 13a UWG-E insgesamt zu verzichten und stattdessen auf die bewährte Regelung des § 343 BGB zurückzugreifen und deren Anwendung auch im Lauterkeitsrecht

durch eine Einschränkung oder Aufhebung von § 348 HGB zu ermöglichen.

## 9. Zu § 14 UWG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat mit der Stellungnahme Nummer 32/2018 ihre ursprünglich ablehnende Haltung zur Abschaffung des sog. „fliegenden Gerichtsstandes“ aufgegeben, zugleich jedoch angeregt, den Deliktsgerichtsstand zumindest für ausgewählte Fälle beizubehalten. Der Regierungsentwurf berücksichtigt diese Anregung insofern, als dass hier nunmehr ein ausschließlicher Gerichtsstand des Beklagten sitzes vorgesehen wird und nur für den Fall, dass sich die geschäftliche Handlung an einen örtlich begrenzten Kreis von Marktteilnehmern wendet, zusätzlich das Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen wurde. Die Bundesrechtsanwaltskammer empfiehlt hier nach wie vor, nicht den Deliktsgerichtsstand als solchen abzuschaffen, sondern dort anzusetzen, wo die Problematik des „fliegenden Gerichtsstandes“ ihre Ursache hat, nämlich bei der ausufernden Bejahung des Ortes der unerlaubten Handlung bei Verstößen im Internet oder Telemedien. Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte insofern folgende Ergänzung von § 14 II UWG vorgeschlagen:

*„Mit der Wahrnehmbarkeit von Rundfunkinhalten oder der Abrufbarkeit von Telemedieninhalten allein kann die Annahme eines Begehungsortes im Sinne des Satzes 1 nicht gerechtfertigt werden.“*

Die Bundesrechtsanwaltskammer erachtet diese Formulierung nach wie vor für vorzugswürdig, weil sich damit Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 32 ZPO und anderen spezialgesetzlichen Regelungen abmildern lassen. Wenn etwa neben lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen auch kennzeichenrechtliche Ansprüche aus dem Markengesetz geltend gemacht werden, dann würde sich nämlich nicht mehr die Frage stellen, ob der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung überhaupt eröffnet ist, sondern nur noch die Frage, wo im Einzelfall der Ort der unerlaubten Handlung liegt. Die von der Bundesrechtsanwaltskammer vorgeschlagene Formulierung könnte sogar dazu führen, dass die Gerichte ihre Rechtsprechung zum Ort der unerlaubten Handlung insgesamt auf den Prüfstand stellen und – rechtsgebietsübergreifend – neu justieren und dabei ein schlüssiges Konzept entwickeln, welches auch dem Anliegen des Bundesrates in Ziff. 4 seiner Stellungnahme zum RegE Rechnung tragen könnte.

## 10. Zu § 51 III GKG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer steht der vorgesehenen Ausweitung des Auffangwertes sehr kritisch gegenüber. Diese Regelung bewirkt eine Subventionierung ausgerechnet solcher Verfahren, die besonders anfällig für Rechtsmissbrauch sind. Wenn die Interessen der Marktteilnehmer durch die Zuwiderhandlung tatsächlich nur unerheblich beeinträchtigt werden, dann kann dies zumindest in Verbindung mit weiteren Indizien – beispielsweise einer ausufernden Abmahn­tätigkeit hinsichtlich derartiger Verletzungen – dafür sprechen, dass der Abmahnung bzw. der Klage ein Rechtsmissbrauch zu Grunde liegt. Warum aber sollte ausgerechnet in einem solchen Fall die gerichtliche Klärung zu Lasten sowohl der Staatskasse als auch zu Lasten der beteiligten Rechtsanwälte ermöglicht werden? Im Ergebnis wird die Regelung nur dazu führen, dass die Vertretung kleinerer Unternehmen, die Opfer zweifelhafter „Abmahnmaschen“ geworden sind, für qualifizierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte wirtschaftlich uninteressant wird und diese nicht mehr dazu bereit sind, entsprechende Mandate zu den gesetzlichen Gebühren zu übernehmen. Gerade die solchermaßen spezialisierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte stellen aber einen wichtigen Bestandteil bei der Bekämpfung rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen dar.

## 11. Fazit

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits in ihrer Stellungnahme Nummer 32/2018 zum RefE dargelegt, dass die Rechtsprechung in den zurückliegenden Jahren gezeigt hat, dass sie durchaus dazu in der Lage ist, mit den vorhandenen rechtlichen Mitteln Abmahnmissbrauch wirksam zu bekämpfen. Es wurde bereits auf die zwischenzeitlich recht ausdifferenzierte Kasuistik zu den Indizien rechtsmissbräuchlichen Handelns hingewiesen. Viele „unseriöse“ Abmahnungen stellen sich auch als strafbarer Betrug dar und auch hier haben die Gerichte gezeigt, dass man darauf mit den Mitteln des Strafrechts und dem allgemeinen Zivilrecht reagieren kann. Der erste Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat erst vor rund zweieinhalb Jahren die Revision eines Rechtsanwalts verworfen und damit dessen Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe von einem Jahr und drei Monaten bestätigt (BGH, Beschluss vom 08.02.2017, 1 StR 483/16 = NJW 2017, 2425). Der Verurteilung lagen unzählige Fälle des vollendeten und versuchten Betrugs sowie der Beihilfe zum Betrug zugrunde. Der Rechtsanwalt hatte sich mit dem Inhaber eines Sportgeschäfts zusammengetan und den Ausspruch zahlreicher Abmahnungen vereinbart, wobei von vornherein klar war, dass der Rechtsanwalt gegen seinen „Auftraggeber“ keine Honoraransprüche geltend macht, sondern eingehende Gelder der Abgemahnten hälftig geteilt werden. Auch wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Kammergericht – an die Entscheidung des Bundesgerichtshofes anknüpfend – auch zivilrechtlich Ansprüche gegen die (mit-) verklagten Rechtsanwälte auf Grundlage von § 826 BGB zugesprochen hat (KG, Urteil vom 02.02. 2018, 5 U 110/16). Eine Abrede zwischen Rechtsanwalt und Mandant sei sittenwidrig, wenn diese darauf abziele, dem Rechtsanwalt eine Gebühreneinnahmequelle zu verschaffen, indem im Namen des Mandanten in einer Vielzahl von Fällen wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, obwohl eine Anspruchsberechtigung im Hinblick auf § 4 IV 1 UWG nicht besteht und die Vermögensverhältnisse des Mandanten so gestaltet sind, dass er tatsächlich kein Kostenrisiko trägt.

In der Zwischenzeit sind weitere Entscheidungen ergangen, die deutlich machen, dass sich der Abmahnmissbrauch gut mit den vorhandenen Mitteln eindämmen lässt. Einen hier nicht zu vertiefenden Sonderfall stellt dabei die Bejahung des Rechtsmissbrauches bei der Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruches nach § 10 UWG unter Einschaltung eines Prozessfinanzierers dar (BGH, Urteil vom 13.09.2018, I ZR 26/17 Prozessfinanzierer und BGH, Urteil vom 09.05.2019, I ZR 205/17 – Prozessfinanzierer II). Größere Bedeutung im Zusammenhang mit der Bekämpfung missbräuchlicher Abmahnungen kommt hingegen der Entscheidung Abmahnaktion II zu, in welcher der Bundesgerichtshof nicht nur drauf hingewiesen hat, dass ein im Verhältnis zum eigenen Jahresgewinn unangemessener Verfolgungsaufwand ein auf Missbrauch hindeutendes Indiz sein kann, sondern sich auch sehr umfassend mit speziellen Umständen des Einzelfalles befasst und in der Gesamtbetrachtung einen Missbrauch bejaht hat (BGH, Urteil vom 26.04.2018, I ZR 248/16 – Abmahnaktion II). Zu den berücksichtigten Umständen des Einzelfalles gehörten nicht etwa nur die Anzahl der ausgesprochenen Abmahnungen, sondern auch der Umstand, dass der Abmahnende mit gleich gelagerten Abmahnungen gegen eine Vielzahl von Franchisenehmern vorgegangen ist, obgleich er bereits eine einstweilige Verfügung gegen den Hersteller erwirkt hatte. Ferner hat der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, dass der Kläger nur gegen Werbeaussagen auf den bereits in den Verkaufsstätten befindlichen Produktverpackungen, nicht hingegen gegen entsprechende Print- und Onlinewerbung vorgegangen ist. Gleich, ob man dem Bundesgerichtshof im konkreten Fall zustimmt oder nicht – das Oberlandesgericht München hatte als Vorinstanz noch anders entschieden –, zeigt die Entscheidung doch, dass die Rechtsprechung dazu bereit und in der Lage ist, sich ausführlich mit den Umständen des jeweiligen Sachverhaltes auseinanderzusetzen, um die Frage des Rechtsmissbrauches im Einzelfall zu beantworten. Es ist angesichts dieses Befundes wenig zweckmäßig, hier bestimmten Umständen eine Sonderstellung zuzuweisen, indem diese zum Gegenstand gesetzlich normierter Indiztatsachen gemacht werden.



In einem weiteren Urteil hat sich der Bundesgerichtshof mit der Frage des Schicksals einer auf eine missbräuchliche Abmahnung hin abgegebenen Unterlassungserklärung befasst und entschieden, dass eine solche gekündigt werden kann (BGH, Urteil vom 14.02.2019, I ZR 6/17 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung). In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof auch entschieden, dass der Einwand des Rechtsmissbrauches auch der Geltendmachung von Vertragsstrafen entgegengehalten werden kann, die vor dem Wirksamwerden der Kündigung begangen wurden. Ferner hat sich der Bundesgerichtshof mit der für die Kündigung maßgeblichen Frist befasst und einmal mehr betont, dass es einen Anhaltspunkt für den Missbrauch darstellen kann, wenn die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zu der gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht. Ebenso stelle es ein Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen dar, wenn der Abmahnende an der Verfolgung des Wettbewerbsverstoßes kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse haben könne, was etwa dann der Fall sei, wenn der Prozessbevollmächtigte das Abmahngeschäft „in eigener Regie“ betreibe, um Gebühreneinnahmen zu erzielen.

Der Bundesgerichtshof hat aber auch in weiteren Entscheidungen – mit entsprechender Begründung und ebenfalls unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände – rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen verneint. Größere mediale Aufmerksamkeit wurde der Entscheidung zur Deutschen Umwelthilfe zuteil (BGH, Urteil vom 04.07.2019, I ZR 149/18 – Umwelthilfe). Hier hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Frage des Rechtsmissbrauches entschieden, dass es zulässig sein kann, eine Tatsache, die bereits unter dem Gesichtspunkt der Klagebefugnis nach § 8 III Nummer 3 UWG zu berücksichtigen ist, zugleich als sogenannte „doppelrelevante Tatsache“ auch als mögliches Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen zu prüfen. Der Umstand einer verbandsinternen Quersubventionierung unter Einsatz hoher sechsstelliger Überschüsse aus der Marktverfolgungstätigkeit rechtfertigt indes – so der Bundesgerichtshof – nicht die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Vorgehens. In einer weiteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof den Rechtsmissbrauch verneint, obwohl der Unterlassungsgläubiger mehrere wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen ein und denselben Schuldner in getrennten Verfahren vor verschiedenen Gerichten geltend gemacht hat (BGH, Urteil vom 24.01.2019, I ZR 200/17 – Das beste Netz). Der Bundesgerichtshof hat hier auf die Veränderungen der Werbemaßnahmen abgestellt, die es – auch im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit – ausgeschlossen hätten, den Angriff auf sämtliche Verletzungsformen in einem einstweiligen Verfügungsverfahren zusammenzufassen.

Die bereits in der Stellungnahme Nummer 32/2018 zum RefE aufgeführten und die vorstehend ergänzten Entscheidungen machen eindrucksvoll deutlich, dass (1.) die Problematik des Abmahnmissbrauches bei den Gerichten „angekommen“ ist und dass (2.) die Gerichte auf Grundlage des geltenden Rechts angemessene Mittel finden, derartigen Missbräuchen wirkungsvoll zu begegnen. Die Bundesrechtsanwaltskammer ist der Überzeugung, dass der Gesetzgeber gut beraten wäre, hier aktuell keine weiteren Eingriffe vorzunehmen bzw. diese allenfalls auf begrenzte Einzelregelungen, etwa die Einschränkung des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung, zu beschränken.

\* \* \*