



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 32/2018 Oktober 2018

Referentenentwurf 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 Christina Hofmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
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

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

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 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die BRAK bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs Stellung nehmen zu können.

1. Vorbemerkung

Die nachstehenden Anmerkungen nehmen jeweils Bezug auf die zu ändernden bzw. einzufügenden Vorschriften, nicht auf die Artikel des Änderungsgesetzes (Beispiel: § 8a UWG-E statt Art. 1 Nr. 2).

2. Zu § 8 III Nr. 1 UWG-E

Nach § 8 III Nr. 1 UWG-E sollen zukünftig nicht mehr alle Mitbewerber anspruchsbefugt sein, sondern nur noch diejenigen, die in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen. Der Mitbewerberbegriff wurde von der Rechtsprechung bislang weit ausgelegt, 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.

Die nunmehr vorgesehene Regelung würde die Anspruchsberechtigung zahlreicher Mitbewerber nach heutigem Verständnis in Frage stellen. Nur noch diejenigen, die (1) ähnliche Waren oder Dienstleistungen (gleiche, also identische Waren und Dienstleistungen werden – anders als in § 8a II Nr. 1 UWG-E – nicht erwähnt, was wohl ein Redaktionsversehen sein dürfte) vertreiben oder nachfragen und (2) dies auch in einem erheblichen Umfang tun, werden sich noch auf die Anspruchsbefugnis nach § 8 III Nr. 1 UWG berufen können. Nach der Entwurfsbegründung soll mit der Neuregelung auf Fälle reagiert werden, in denen der Abmahnende nur einige wenige Waren gleicher Art zu überbeurteilten 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 Übertragung von Geschäftsbereichen auf selbständige Tochterunternehmen in Konzernen – 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. Allerdings ist der Missbrauch damit weder abschließend erfasst noch gegen zu billigende Verhaltensweisen abgegrenzt, so dass der gewählte Ansatz zur Missbrauchsbekämpfung nicht geeignet ist. Hinzu kommt, dass die vorgeschlagene Regelung nicht einmal dazu geeignet wäre, die in der Begründung beschriebenen Fälle auch tatsächlich zu unterbinden, weil

weder eine erst kurz zurückliegende Gewerbeanmeldung noch ein eröffnetes Insolvenzverfahren ausschließen, dass das Unternehmen Waren oder Dienstleistungen in einem die vorgesehene Erheblichkeitsschwelle übersteigenden Ausmaß vertreibt oder nachfragt.

Die Bundesrechtsanwaltskammer rät daher grundsätzlich von einer entsprechenden Einschränkung der Anspruchsbefugnis der Mitbewerber und einer Änderung der gegenwärtigen Rechtslage ab.

3. Zu § 8 III Nr. 2 UWG-E

Die vorgesehene Verlagerung der Prüfung der Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung von den Zivilgerichten auf das Bundesamt der Justiz durch Einführung einer Liste qualifizierter Wirtschaftsverbände erscheint zwar durchaus erwägenswert, im Ergebnis spricht sich die Bundesrechtsanwaltskammer jedoch aufgrund der damit nachstehend noch darzustellenden erheblichen Nachteile gegen eine solche Maßnahme aus. Unter dem Gesichtspunkt der Missbrauchsbekämpfung erscheint eine solche jedenfalls nicht sonderlich geeignet. 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 wird. 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. Welchen Grund sollten die Gerichte zukünftig noch haben, sich mit den Eintragungsvoraussetzungen überhaupt zu befassen? Insgesamt erscheint es auch unter Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs zu bevorzugen, die Prüfung der Anspruchsberechtigung auch zukünftig den Gerichten zu überlassen, die hier 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 noch Verbände in der Rechtsform des eingetragenen Vereins eingetragen werden können. Mit der vorgesehenen Änderung von § 8 III UWG-E würden damit alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts – insbesondere die Kammern der freien Berufe – die aktuell nach § 8 III Nr. 2 UWG bestehende Anspruchsbefugnis verlieren. Dies kann kaum im Interesse des lautereren Wettbewerbs liegen. Insbesondere die Kammern der freien Berufe verfolgen aufgrund ihrer Sachkenntnis und Erfahrung Verstöße gegen spezifische Vorschriften mit Bezug zu der jeweiligen Berufsgruppe auch mit Mitteln des Wettbewerbsrechts. Als Beispiel sei die Verfolgung von Verstößen gegen das RDG durch die regionalen Rechtsanwaltskammern angeführt:

Aktuell können etwa die Rechtsanwaltskammern – ebenso wie die anderen Kammern der freien Berufe – als „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen“ nach § 8 III Ziff. 2 UWG wettbewerbsrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche außegerichtlich im Wege einer Abmahnung und auch gerichtlich geltend machen (Überblick über die Rechtsprechung: Köhler/Bornkamm UWG § 8 Rn. 3.33). Die regionalen Rechtsanwaltskammern nutzen dies insbesondere zur Unterbindung unzulässiger Rechtsdienstleistungen bei Verstößen gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) sowie – soweit dies im Einzelfall geboten und verhältnismäßig ist – zur Unterbindung irreführender oder aus sonstigen Gründen berufsrechtswidriger Anwaltswerbung. Die Kammern der freien Berufe sind auch anspruchsberechtigte Stellen i. S. d. § 3 I Ziff. 2 UKlaG (Köhler/Bornkamm UWG § 3 UKlaG Rn. 5 unter Verweis auf OLG Frankfurt, WRP 2015, 1246). Immer

wieder erhalten die Rechtsanwaltskammern Kenntnis von Verstößen gegen das RDG, mahnen in etlichen Fällen ab und erheben erforderlichenfalls auch Klage. Da Verstöße gegen das RDG nur in wenigen besonderen Konstellationen bußgeldbewehrt sind (§ 20 RDG), ist ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen regelmäßig die einzige effektive Möglichkeit, Verstöße zu unterbinden. Zu Recht wird allerdings erwartet, dass seitens der Kammern gegen derartige Verstöße wie auch gegen rechtswidrige Anwaltswerbung vorgegangen wird. Gerade, wenn es nicht um einzelne Übertretungen, sondern um unseriöse Geschäftsmodelle geht, erscheint es nicht angezeigt, den einzelnen Anwälten ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen gegen diese Unternehmen aufzubürden.

Sollte es dabei bleiben, dass nur Verbände in der Rechtsform des eingetragenen Vereins eintragungsfähig sein sollen, so wäre § 8 III UWG-E und § 3 I UKlaG-E um eine weitere Ziffer zu ergänzen, dass die Kammern der freien Berufe ebenfalls anspruchsberechtigt sind.

Unklar ist auch, warum zwar der Verband selbst in der Rechtsform des eingetragenen Verbandes organisiert sein muss, dies aber nicht in gleicher Weise für die in § 8a II Nr. 1 UWG-E erwähnten Mitgliedsverbände gelten soll. Der Bundesrechtsanwaltskammer sind Fälle bekannt, in denen sich Verbände auf die Mitgliedschaft nicht eingetragener Vereine berufen, deren Existenz mangels Registereintragung kaum nachvollziehbar ist. Insofern könne sich eine Regelung anbieten, wonach nur solche Mitglieder zu berücksichtigen sind, denen nach der Rechtsordnung uneingeschränkte Rechtsfähigkeit zukommt.

Problematisch erscheint insbesondere die in § 8a II Nr. 1 UWG-E vorgesehene Mindestmitgliederzahl. Zwar erscheint die Anzahl von 50 Mitgliedern ausgesprochen 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 ein Mitgliedsunternehmen so organisiert ist, dass jede Verkaufsstätte durch ein rechtlich selbständiges Tochterunternehmen betrieben wird und sämtliche Konzernunternehmen Mitglied des Verbandes werden. In derartigen Fällen wären nach aktuellem Recht die Voraussetzungen des § 8 III Nr. 2 UWG wohl trotz der – in bloßen Zahlen betrachtet – erheblichen Anzahl an Mitgliedsunternehmen nicht erfüllt. Auf der anderen Seite erscheint die vorgesehene Anzahl von 50 in anderen Fällen deutlich zu hoch, wenn es nämlich um Märkte geht, in denen nur einige wenige Unternehmen miteinander konkurrieren. Auch die Regelung, wonach an Stelle der 50 Mitgliedsunternehmen fünf Verbände treten können, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, erscheint problematisch. Es erscheint möglich, dass kleinere Verbände wechselseitig Mitglieder anderer kleinerer Verbände – auch „über Kreuz“ – werden, um sich gegenseitig wieder zur Anspruchsbefugnis nach UWG zu verhelfen.

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, Urt. v. 16.11.2006, I ZR 218/03 = GRUR 2007, 610 Rn. 18 – Sammelmitgliedschaft V; BGH, Urt. v. 01.03.2007, I ZR 51/04 = GRUR 2007, 809 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. Darüber hinaus ist keiner-

lei Sanktion für den Fall der Abgabe inhaltlich falscher Berichte vorgesehen. Hier sollte zumindest geregelt werden, dass die Abgabe falscher Berichte den Verlust der Anspruchsbefugnis nach sich ziehen kann.

5. Zu § 8b UWG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich in aller Deutlichkeit gegen die Neuregelung in § 8b UWG-E aus. Die Regelungen in § 8b I UWG-E und § 8b II 1 UWG-E entsprechen im Wesentlichen dem geltenden Recht. Die Aufteilung der derzeit in § 8 IV 1 UWG zu findenden Regelung auf zwei (Ab-) Sätze offenbart bereits die Problematik. Während mit § 8b I UWG-E (nur) etwas Selbstverständliches und auch ohne diese Regelung Geltendes geregelt wird, dass nämlich eine unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen unzulässig ist, versucht § 8b II 1 UWG-E den Missbrauch zu definieren. Eine solche Definition anhand einer begrenzten Anzahl von Merkmalen muss indes scheitern, wenn zugleich angeordnet wird, dass der Missbrauch anhand der „gesamten Umstände“ zu bewerten ist. Letztlich müsste man die Frage beantworten, welche Regelung den Vorrang genießt. Was wäre, wenn zwar die Voraussetzung des § 8b II 1 UWG-E erfüllt wäre, gleichwohl besondere Umstände vorliegen, die – jedenfalls in ihrer Gesamtheit – einen Missbrauch ausschließen? Mit Blick auf die bisherige Rechtslage hat diese Problematik in der Praxis bislang keine größeren Schwierigkeiten bereitet, was damit zusammenhängen mag, dass es nur schwer vorstellbar ist, dass eine Abmahnung nicht rechtsmissbräuchlich ist, wenn diese doch vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen entstehen zu lassen. Gänzlich ausgeschlossen ist aber auch dies nicht. Die Problematik wird aber schlagartig auch die Rechtspraxis erreichen, wenn es tatsächlich zur Umsetzung der in § 8b II 2 Nr. 1 bis 4 UWG-E vorgesehenen Vermutungsregelungen kommen sollte. Bereits das Vorliegen auch nur eines einzigen Tatbestandes soll die Vermutung eines Rechtsmissbrauches begründen. Was aber soll gelten, wenn zahlreiche andere Umstände eindeutig gegen einen Missbrauch sprechen? Ohnehin erscheint das Verhältnis von § 8b II 1 und 2 UWG-E nicht klar geregelt zu sein. Die bisherige Formulierung impliziert, dass beide Regelungen unabhängig voneinander die Voraussetzungen eines Missbrauches oder zumindest einer Missbrauchsvermutung definieren. Tatsächlich ist aber wohl eher eine doppelstöckige Definition bzw. Vermutung intendiert: Während mit § 8b II 1 UWG-E der Missbrauch dadurch definiert werden soll, dass die Geltendmachung von Ansprüchen vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen, soll § 8b II 2 UWG-E wohl eine Vermutung dahingehend begründen, dass eine Abmahnung tatsächlich vorwiegend einem solchen Zweck dient.

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 (Arzneimittel, Drogen), 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 billigenden 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 schlicht und ergreifend 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 abschlie-

ßende 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 2 Nr. 1 bis Nr. 4 UWG-E vorgesehenen Vermutungstatbestände 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. Außerdem kann sich eine Rechtsprechung auch verselbständigen, wonach eine bestimmte Vermutung mit ganz bestimmten Umständen entkräftet werden kann.

Die in § 8b II 2 Nr. 1 bis Nr. 4 UWG-E enthaltenen Tatbestände sind allesamt solche, die seit Inkrafttreten des UWG 2004 von den Gerichten als mögliche Indizien – nicht mehr und auch nicht weniger – entwickelt worden sind. Sie finden sich bereits ausnahmslos (!) in einem Aufsatz des damaligen Vorsitzenden des 4. Zivilsenats des OLG Hamm aus dem Jahr 2011 (Knippenkötter, Indizien für rechtsmissbräuchliches Verhalten des Abmahnenden, GRUR-Prax 2011, 483). Dieser beim OLG Hamm unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige Senat hat sich – nach anfänglicher Zurückhaltung – geradezu als Vorreiter in der Missbrauchsbekämpfung entwickelt und zu der heute bestehenden ausdifferenzierten Kasuistik maßgeblich beigetragen. Die entsprechenden Kriterien sind also bekannt und werden von den Gerichten regelmäßig berücksichtigt, wobei dies – woran auch der Entwurf nichts ändern würde – einen substantiierten Vortrag der Parteien voraussetzt. Es wäre angesichts dieser Entwicklung völlig kontraproduktiv, den Gerichten jetzt die von ihnen selbst identifizierten Indizien mit bindenden Beweisregeln 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 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 gesetzlich zu regeln. Letztlich geht es um die Frage, ob eine Abmahnung ihren Zweck 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 aggressiv – womöglich vorsätzlich – handelnden Großunternehmens mit einem kleineren

Unternehmen vor, welches im Kosteninteresse selbst eine Abmahnung verfasst. Selbst wenn die Abmahnung in einem solchen Fall voll und ganz ihren Zweck erfüllt, müssten die Gerichte nicht nur dem Abmahnenden seinen – in dem konstruierten Fall wohl ohnehin eher geringen – Aufwendungsersatzanspruch aberkennen, sondern zu allem Überfluss auch noch dem aggressiven Wettbewerber seinerseits einen Abmahnkostenersatzanspruch zusprechen, wenn die Abmahnung auch nur kleinste Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben aufweist. Völlig 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 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 wird.

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 liefern, dann ist es nicht erforderlich, nach § 13 II Nr. 2 UWG-E in jeder Abmahnung die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung darzulegen. Es ist dann auch nicht gerechtfertigt, dem Abmahnenden nur deshalb den Aufwendungsersatzanspruch zu versagen, weil er es unterlassen hat, eine derart überflüssige 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.

Der Ausschluss des Abmahnkostenersatzanspruches nach § 13 IV UWG-E für Abmahnungen, die sich auf nur unerhebliche Beeinträchtigungen beziehen, ist zumindest diskussionswürdig. Dafür spricht, dass sich diese Maßnahme als verhältnismäßig mildes Mittel in der Bekämpfung missbräuchlicher Abmahnfälle darstellt: Diese Maßnahme schränkt – isoliert betrachtet – weder die materiellen Ansprüche ein, noch ordnet sie eine nachgelagerte Ausübungskontrolle an und erklärt die Geltendmachung derselben unter weiteren Voraussetzungen für unzulässig. Die Regelung wäre indes nicht mehr mit der Vorstellung vereinbar, dass die sachliche Rechtfertigung für den Aufwendungsersatzanspruch darin liegt, dass mit der Abmahnung ein – zumindest auch – im Schuldnerinteresse liegendes Geschäft betrieben wird. Vorbild der aktuellen Regelung des § 12 I 2 UWG sind bekanntlich die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Bundesfinanzhof hat der Doktrin von der im Schuldnerinteresse liegenden Abmahnung mit seinem Urteil vom 21.12.2016, XI R 27/14 noch einmal Aktualität verliehen, indem er die Abmahnung als eine umsatzsteuerbare Leistung des Abmahnenden gegenüber dem Abgemahnten angesehen und diese der Umsatzsteuer unterworfen hat. Bei lebensnaher Betrachtung wird man indes nicht (mehr) davon ausgehen können, dass eine Abmahnung im Interesse des Abgemahnten ausgesprochen wird. Vielmehr geht es dem Abmahnenden darum, selbst die Chance einer schnellen Erledigung ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zu nutzen und/oder die

drohende Kostenfolge des § 93 ZPO zu vermeiden, damit sich der Abgemahnte nicht darauf berufen kann, er habe keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben. Versteht man die Abmahnung in diesem Sinne, dann ist es auch nicht mehr per se systemfremd, dem Unterlassungsgläubiger bei der Durchsetzung seiner Ansprüche Sonderopfer abzuverlangen. Zwar ist insbesondere das deutsche Recht dadurch geprägt, dass den um Rechtsschutz Nachsuchenden sehr weitreichende Aufwendungsersatzansprüche zugestanden werden, soweit sich deren Begehren als begründet erweist und im Zusammenhang mit der Verfolgung desselben Aufwendungen, etwa Rechtsanwaltskosten, getätigt wurden. Für das gerichtliche Verfahren ist hier vor allem auf die §§ 91 ff. ZPO bzw. die vergleichbaren Regelungen der anderen Verfahrensordnungen hinzuweisen, im außergerichtlichen Bereich werden regelmäßig die allgemeinen materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen herangezogen. Gleichwohl lässt sich auch aus der Zusammenschau dieser Vorschriften kein allgemeiner Grundsatz ableiten, wonach stets und ausnahmslos ein entsprechender Ersatzanspruch bestehen muss. Dies zeigt sich auch an anderen ausdrücklich normierten Ausnahmen. Ein bekanntes Beispiel ist etwa § 12a I ArbGG, wonach die Erstattung von Rechtsanwaltskosten im erstinstanzlichen Verfahren vor den Arbeitsgerichten ausgeschlossen ist. Es wäre also weder ein Systembruch noch eine dem hiesigen Recht grundsätzlich fremde Ausnahme, Aufwendungsersatzansprüche für bestimmte Abmahnungen auszuschließen. Mag ein Verstoß auch bei objektiver Sichtweise Bagatelldarstellung aufweisen, so bliebe es dem Gläubiger unbenommen, diesen gleichwohl zu verfolgen, wobei er gegebenenfalls Aufwendungen tätigen muss, für die er keinen Ersatz verlangen kann.

Auch wenn es insofern keine durchgreifenden dogmatischen Bedenken gegen die vorgeschlagene Regelung gibt, sollte jedoch aus praktischen Erwägungen darauf verzichtet werden. Die Regelung eröffnet nämlich gleich an mehreren Schnittstellen eine Vielzahl von Abgrenzungsproblemen. Hierbei geht es zum einen um die Frage, wann die in Ziff. 1 vorgesehenen Merkmale erfüllt sind, zum anderen aber auch um das Verhältnis zu anderen Normen bzw. Rechtsinstituten: Zum einen ist in Erinnerung zu rufen, dass das geltende Recht in § 3 II und § 3a UWG bereits eine Spürbarkeits- bzw. Erheblichkeitsschwelle vorsieht. Es gibt nur wenig gerichtliche Entscheidungen, in denen die Spürbarkeit bzw. Erheblichkeit verneint wurde. Ist dies aber der Fall, entfällt der Anspruch insgesamt und eine Abmahnung wäre ohnehin nicht berechtigt und es könnte kein Aufwendungsersatz nach § 12 I 2 UWG verlangt werden. Wird der Verstoß hingegen als „erheblich“ bzw. „spürbar“ im materiell-rechtlichen Sinne angesehen, so erscheint es unwahrscheinlich, dass ein Gericht gleichwohl von einer „nur unerheblichen“ Beeinträchtigung i.S.d. § 13 IV Nr. 1 UWG-E ausgehen wird und den Aufwendungsersatzanspruch nach § 13 IV UWG-E ausschließt. Im günstigsten Fall würde diese Regelung damit leerlaufen. Im ungünstigsten Fall würden sich die Gerichte bemühen, der Regelung noch „gewaltsam“ einen Anwendungsbereich zukommen zu lassen, indem sie die vorhandene Erheblichkeitsschwelle noch restriktiver anwenden, mit der – gewiss nicht erwünschten – Folge, dass auf einmal Ansprüche zugesprochen werden, die nach aktuellem Recht überhaupt nicht zugesprochen werden würden.

Ähnlich gestaltet sich auch die Abgrenzung zu den Grundsätzen des Rechtsmissbrauches. Insbesondere – aber nicht nur dann –, wenn es hier zu der vorgesehenen Kodifikation der Vermutungstatbestände des § 8b II 2 UWG-E kommen sollte. Bereits nach geltendem Recht kann das Gericht die Geringfügigkeit eines abgemahnten Verstoßes als Indiz für eine missbräuchliche Geltendmachung ansehen. Liegen weitere Indizien vor, etwa die Verfolgung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle, kann das Gericht den Rechtsmissbrauch bejahen, was zur Zurückweisung der Klage bzw. des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung im Ganzen führen wird. Wird das Gericht nunmehr gezwungen, die Geringfügigkeit des Verstoßes bereits im Rahmen des § 13 IV UWG-E zu berücksichtigen, ergibt sich im besten Fall keine Änderung zur bestehenden Rechtslage, weil das Gericht die Geringfügigkeit weiterhin auch im Rahmen der für den Rechtsmissbrauch sprechenden Indizienkette berücksichtigen würde, oder es ergibt sich schlimmstenfalls eine Verschärfung, weil das Gericht der gesetzlichen Regelung des § 13 IV UWG-E den Vorrang einräumt und im Ergebnis einen Rechtsmissbrauch verneint, wo es ihn nach geltendem Recht bejahen würde.

Im Ergebnis kann § 13 IV UWG-E in Sachen Missbrauchsbekämpfung keine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht herbeiführen. Es würden vielmehr weitere Nachteile eintreten, die ihren Ausgangspunkt bei der Auslegung der sehr allgemein gefassten Merkmale des § 13 IV Nr. 1 UWG-E haben. Wann liegt „angesichts der Art, Schwere, Ausmaßes und Folgen“ einer Zuwiderhandlung eine nur unerhebliche Beeinträchtigung vor und wann nicht? Die Begründung des Entwurfes benennt einige Beispiele: Die Abkürzung des Vornamens im Impressum einer Internet-Seite, die Verwendung der Angabe „2 Wochen“ statt „14 Tage“ in der Widerrufsbelehrung, eine fehlende Platzierung eines Links zur Europäischen Plattform zur Online-Streitbeilegung oder ein fehlender Hinweis auf diese auf der Webseite eines Online-Händlers. Es ist absehbar, dass in der Praxis die Begründung an die Stelle des – insofern völlig unbestimmten – Gesetzestextes treten wird. Nach der Begründung des Gesetzestextes werden unzählige Folgefragen zu klären sein: Was ist, wenn der Vorname im Impressum nicht einmal abgekürzt ist? Kommt es dann möglicherweise auf die Häufigkeit des Nachnamens in der entsprechenden Ortschaft an? Was ist, wenn in der Widerrufsbelehrung nicht „2 Wochen“ steht, sondern – abgekürzt – „2 W.“? Was ist, wenn es zwar einen Link zur OS-Plattform gibt, dieser aber nicht funktioniert? Die Fragen ließen sich beliebig fortsetzen und es ist auch sicher damit zu rechnen, dass die Gerichte sich mit diesen werden befassen müssen. Insbesondere aufgrund der allgemein formulierten Merkmale des § 13 IV Nr. 1 UWG-E wird sich praktisch jeder, der in einem gerichtlichen Verfahren in Anspruch genommen wird, zumindest hilfsweise darauf berufen, dass allenfalls eine nur unerhebliche Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern i.S.d. § 13 IV UWG-E vorliegt. Die Gerichte werden dadurch gezwungen, nach der Prüfung, ob überhaupt ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, eine Prüfung anzuschließen, ob ein „Wettbewerbsverstoß 1. Klasse“ oder nur ein „Wettbewerbsverstoß 2. Klasse“ vorliegt. Dieser Mehraufwand sollte den Gerichten erspart werden, zumal nicht zu erwarten ist, dass die vorgeschlagene Regelung Missbrauchsfälle verhindern kann (dazu bereits vorstehend).

Unverständlich ist im Übrigen die Rückausnahme in § 13 IV Nr. 2 UWG-E, wonach der Abmahnkostenersatzanspruch dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Abgemahnte gegenüber dem Abmahnenden bereits aufgrund einer gleichartigen Zuwiderhandlung durch Vertrag, aufgrund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verpflichtet ist. Mag es zuweilen noch vorkommen, dass nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung im Falle eines späteren Verstoßes eine weitere Unterlassungserklärung mit erhöhtem Vertragsstrafeversprechen gefordert wird (erforderlich ist eine solche Abmahnung nach ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur jedoch nicht), so dürfte es schlechterdings keine Abmahnung mehr geben, wenn der Abgemahnte bereits aufgrund einer gleichartigen Zuwiderhandlung, aufgrund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer einstweiligen Verfügung verpflichtet ist. Die Abmahnung ist darauf gerichtet, den Abgemahnten zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu veranlassen. Diese wiederum soll an die Stelle eines – sonst erforderlichen – gerichtlichen Titels treten. Liegt ein solcher Titel bereits vor, macht eine Abmahnung keinen Sinn mehr. Im Übrigen wird es irritierend, wenn die rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auf eine Stufe mit der – ihrer Natur nach nur vorläufigen – einstweiligen Verfügung gestellt wird. Wenn schon eine einstweilige Verfügung ausreicht, den Anwendungsbereich der Rückausnahme zu eröffnen, warum sollte dasselbe dann nicht auch für eine nicht rechtskräftige Hauptsacheentscheidung gelten?

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 Vertragsstrafeversprechen 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. Etwas plakativ von einer bestimmten Perspektive aus kann man sagen, dass die Vertragsstrafe „unangemessen“ sein muss, um ihrer Funktion gerecht zu werden. Von dieser Perspektive aus gesehen ist ein Streit um die Angemessenheit einer verwirkten Vertragsstrafe praktisch nicht vorstellbar, weil allein der Umstand, dass es zu (weiteren) Verletzungshandlungen gekommen ist, belegt, dass die Vertragsstrafe nicht ausreichend war, den Schuldner von (weiteren) Verletzungshandlungen abzuhalten.

Erweitert man die Sicht, ergibt sich gleichwohl das Erfordernis, Vertragsstrafeversprechen 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 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, Urt. v. 17.07.2008, I ZR 168/05 = GRUR 2009, 181 – 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 eines oder mehrere der dort genannten Kriterien nicht in ihre Betrachtungen einbezogen hätten. Die enumerative Auflistung ist vielmehr dazu geeignet, den Blick für weitere, im Einzelfall relevante weitere Umstände zu verschließen. Hinzu kommt, dass die Merkmale nicht einmal untereinander vernünftig abzugrenzen sind. So erschließt sich nicht, was der Unterschied zwischen „Schwere“ und „Ausmaß der Zuwiderhandlung“ in § 13a I Nr.1 UWG-E sein soll. Man könnte hier auf die Idee kommen, dass „Ausmaß“ etwas Objektives, „Schwere“ hingegen etwas Subjektives – mit Blick auf die Person des Zuwiderhandelnden – sein könnte. Dann allerdings fragt sich, in welchem Verhältnis dieses Merkmal zu dem in § 13a I Nr. 2 UWG-E („Schwere des Verschuldens“) stehen soll. Überhaupt ist das Merkmal des § 13a I Nr. 2 UWG-E irreführend, weil es den Eindruck erweckt, Unterlassungsansprüche würden stets eine Form des Verschuldens voraussetzen. Hier sollte zumindest eine Klarstellung erfolgen, etwa indem § 13a I Nr. 2 wie folgt formuliert wird: 2. bei schuldhafter Zuwiderhandlung: Schwere des Verschuldens.

Die Vorgabe eines im Gesetz bereits ziffernmäßig festgelegten Betrages für die Vertragsstrafe wie es in § 13a II UWG-E vorgesehen ist, erscheint wenig zweckmäßig. Da hier auf § 13 IV Nr. 1 UWG-E

verwiesen wird, gelten letztlich dieselben Bedenken, die auch schon gegen diese Bestimmung vorgebracht wurden. Es wird sich immer die Frage stellen, wie die Rechtsprechung mit Widersprüchen umgehen soll, die sich daraus ergeben, dass die Berücksichtigung der Gesamtumstände ein anderes Ergebnis nahe legen als die Anwendung des – nur auf eine bestimmte Anzahl von Merkmalen – abstellenden Gesetzes. Was ist, wenn eine Vertragsstrafe von 1.000 Euro unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht als ausreichend erscheint, um den Schuldner von weiteren Zuwiderhandlungen abzuhalten? Warum sollte hier vor allem dem Schuldner die Möglichkeit genommen werden, durch Versprechen einer angemessenen Vertragsstrafe eine etwaig bestehende Wiederholungsgefahr wirksam zu beseitigen, anstatt 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 in § 13a III UWG-E vorgesehene Regelung schließt 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 ist, den gewünschten Zweck zu erreichen.

Soweit der Entwurf in § 13a IV UWG-E vorsieht, dass bei Streit über die Höhe einer Vertragsstrafe der Unterlassungsschuldner die Einigungsstellen nach § 15 UWG auch ohne Zustimmung des Abmahnenden anrufen kann (§ 13a IV UWG-E) ist es bemerkenswert, dass trotz dieser Aufwertung der Einigungsstellen wieder einmal übersehen wurde, dass in Art. 15 III UWG noch immer von Wettbewerbs-handlungen die Rede ist, obgleich dieser Begriff bereits 2008 durch den Begriff der geschäftlichen Handlung ersetzt wurde. Eine Korrektur ist längst überfällig und sollte – völlig unabhängig von den anderen Regelungen – endlich vorgenommen werden.

Was die in § 13a V UWG-E vorgesehene Regelung betrifft, wonach sich der Abmahnende nicht auf die Abmahnung berufen kann, wenn er eine unangemessen hohe Vertragsstrafe gefordert hat und der Abgemahnte bei Klageerhebung den Anspruch sofort anerkennt, so scheint hier innerhalb des Entwurfes eine Redundanz vorzuliegen: Wird eine unangemessene Vertragsstrafe gefordert, so würde die Vermutung des Missbrauches nach § 8b II 2 Nr. 3 UWG-E eingreifen. Der Missbrauchsvorwurf dürfte sich auch auf die gerichtliche Geltendmachung erstrecken, so dass hier überhaupt nur im Ausnahmefall mit einem sofortigen Anerkenntnis gerechnet werden kann. Sollte es gleichwohl zu einem solchen kommen, könnte sich der Abmahnende nicht auf die als missbräuchlich geltende Abmahnung berufen, so dass § 13a V UWG-E in jedem Fall überflüssig ist.

Insgesamt erscheint es besser, bei der Angemessenheitskontrolle von Vertragsstrafen auf die bewährte Regelung des § 343 BGB zurückzugreifen und deren Anwendungsbereich durch eine Einschränkung oder Aufhebung von § 348 HGB zu erweitern.

9. Zu § 14 UWG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat sich in der Vergangenheit wiederholt für die Beibehaltung des Deliktsgerichtsstandes in § 14 II UWG ausgesprochen (vgl. etwa die Stellungnahmen Nr. 27/2012 und Nr. 5/2013). Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt jedoch zur Kenntnis, dass sich die den seinerzeitigen Stellungnahmen zu Grunde liegenden Prämissen nicht uneingeschränkt aufrechterhalten lassen. Insbesondere sind durchaus Fälle bekannt geworden, in denen in missbräuchlicher Weise von dem fliegenden Gerichtsstand Gebrauch gemacht wurde. Außerdem können auch die negativen Auswirkungen des fliegenden Gerichtsstandes nicht schlechthin geleugnet werden. Wenn die Wahl des Gerichts dem Kläger bzw. Antragsteller überlassen wird, dann mag es die unterschiedlichsten Gründe geben, warum dieser auf die eine oder andere Weise sein Wahlrecht ausübt. Auch wenn die Auffassung, dass an unterschiedlichen Gerichtsständen unterschiedliche Rechtsprechung zu bestimmten

Fragen zu erwarten ist, sich nicht von der Hand weisen lässt, so ist der fliegende Gerichtsstand strukturell eher nicht dazu geeignet, eine ausgewogene Rechtsprechung mit gleichmäßiger Verteilung der Risiken für Kläger- und Beklagenseite zu fördern. Die Bundesrechtsanwaltskammer steht der Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes daher nicht mehr so ablehnend gegenüber wie seinerzeit. Die Bundesrechtsanwaltskammer meint aber, dass der Deliktsgerichtsstand durchaus in bestimmten Konstellationen sinnvoll ist und zumindest teilweise beibehalten werden sollte. Dies gilt etwa dann, wenn es um Rechtsverstöße geht, die auf einer Messe begangen werden. Hier kann regelmäßig – schon aus logistischen Gründen – nur eine Entscheidung vom ortsnahen Gericht eine Fortsetzung der Zuwiderhandlung während der gesamten Messezeit verhindern (die einstweilige Verfügung muss bekanntlich im Parteibetrieb zugestellt werden). Ferner kann die Ortsnähe auch mit Blick auf die beschränkten Glaubhaftmachungsmittel im einstweiligen Verfügungsverfahren zweckmäßig sein. So können im einstweiligen Verfügungsverfahren nur solche Zeugen vernommen werden, die die Parteien zum Termin stellen (sog. „präsenze Zeugen“). Unabhängige Zeugen, die nicht dazu verpflichtet sind, im einstweiligen Verfügungsverfahren bei Gericht zu erscheinen, sind regelmäßig nicht dazu bereit, eine weite Reise auf sich zu nehmen. Auch andere Glaubhaftmachungsmittel können sehr viel einfacher zu einem ortsnahen Gericht gebracht werden. In Einzelfällen kann selbst in UWG-Fällen die Ortskenntnis eine gewisse Bedeutung haben.

Das eigentliche Problem des fliegenden Gerichtsstandes ist nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer dabei weniger in dem Wortlaut des § 14 II 1 UWG begründet, sondern ergibt sich erst aus der „ausufernden“ Rechtsprechung, die als „Ort, in dem die Handlung begangen ist“ auch den Erfolgsort ansieht, mit der Folge, dass bei Wettbewerbsverstößen, die (auch) im Internet begangen werden, praktisch jeder Ort, an dem Internet verfügbar ist, als Begehungsort angesehen wird. Die Bundesrechtsanwaltskammer empfiehlt statt der Abschaffung des Deliktsgerichtsstandes eine Ergänzung von § 14 II UWG um folgenden Satz: *„Mit der Wahrnehmbarkeit von Rundfunkinhalten oder der Abrufbarkeit von Telemedieninhalten allein kann die Annahme eines Begehungsortes im Sinne des Satzes 1 nicht gerechtfertigt werden.“*

10. Zu § 51 III GKG-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer steht der vorgesehenen Ausweitung des Auffangwertes sehr kritisch gegenüber. An dieser Stelle sollen nicht noch einmal die bereits vorstehend im Zusammenhang mit § 13 IV UWG-E und § 13a II UWG-E dargelegten Abgrenzungsschwierigkeiten wiederholt dargestellt werden. Es soll vielmehr herausgestellt werden, dass hier eine Subventionierung von Streitverfahren zu Lasten sowohl der Rechtsanwälte als auch der Staatskasse erfolgt und zwar für genau solche Verfahren, die sich zumindest in der Nähe des Rechtsmissbrauches bewegen. Beeinträchtigt die in einem Rechtsstreit geltend gemachte Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihrer Schwere, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße, so kann die Geltendmachung derartiger Ansprüche als eines – von mehreren – Indizien für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen gewertet werden. Bejaht das Gericht den Rechtsmissbrauch und weist die Klage bzw. den Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ab bzw. zurück, so müsste es konsequenterweise den Streitwert auf 1.000 Euro festsetzen. Aber auch dann, wenn das Gericht den Rechtsmissbrauch verneint, könnten doch die Voraussetzungen des § 13 IV UWG-E vorliegen, was dazu führt, dass der Abmahnende seine außergerichtlichen Kosten nicht geltend machen kann. Warum sollte er aber gerade in einem solchen Fall im gerichtlichen Verfahren privilegiert werden? Im Ergebnis wird die Regelung nur dazu führen, dass die Vertretung kleinerer Unternehmen, die Opfer zweifelhafter „Abmahnmaschinen“ 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 indes ein wichtiges Element bei der Bekämpfung rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen dar.

11. Sonderregelung für die Abmahnung datenschutzrechtlicher Verstöße

Speziellen Regelungsbedarf im Hinblick auf die am 25. Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung sieht die Bundesrechtsanwaltskammer nicht. Die in den Medien vielfach befürchtete „Abmahnwelle“ ist ausgeblieben. Im Übrigen erscheinen die vorhandenen Vorschriften ausreichend. In der Literatur wird allgemein vertreten, dass ohnehin die ganz überwiegende Zahl der Bestimmungen der Datenschutzgrundverordnung und des angepassten Bundesdatenschutzgesetzes keinen Marktbezug im Sinne des § 3a UWG aufweisen (Köhler, ZD 2018, 337). Soweit einzelne Bestimmungen einen Marktbezug aufweisen, wäre es systemwidrig, diese auszuklammern.

12. Fazit

Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren gezeigt, 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 schlicht und ergreifend 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 1. Strafsenat des BGH hat erst vor rund eineinhalb Jahren die Revision eines Rechtsanwalts verworfen und damit dessen Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe von einem Jahr und drei Monaten bestätigt (BGH, Beschl. v. 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 machen wird, sondern eingehende Gelder der Abgemahnten hälftig geteilt werden. An diese Entscheidung anknüpfend hat das Kammergericht nunmehr auch zivilrechtlich Ansprüche gegen die (mit-) verklagten Rechtsanwälte auf Grundlage von § 826 BGB zugesprochen (KG, Ur. v. 02.02. 2018 – 5 U 110/16 = BeckRS 2018, 2442 = MMR 2018, 394). 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. Bereits diese Entscheidungen machen deutlich: Die Problematik des Abmahnmissbrauches ist auch bei den Oberen Gerichten angekommen und diese finden nach und nach angemessene Mittel, derartigen Missbräuchen wirkungsvoll zu begegnen. Auch wenn einige Maßnahmen des Entwurfes durchaus erwägenswert sind, sollte hier doch im Zweifel eher Zurückhaltung geübt werden.

* * *