

## Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Editorial: Prof. Dr. Carsten Becker

Entscheidungshilfe Nutzerbewertung: Lösungsvorschläge zum Schutz vor Fake-Bewertungen

### 1513 Dr. Mathias Kochendörfer

Die Neufassung des Rechtsmissbrauchs – Was ändert sich?

### 1519 Martin Rätze

Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs

### 1525 Frank Tyra

BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis

### 1533 Dr. Nils Rauer, MJI und Alexander Bibi

Die neue Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen – Wie passen die Teile ins Puzzle?

### 1541 Bertold Schmidt-Thomé, M.A.

Ist der Geburtstagszug schon abgefahren? – Der Werkbegriff im Urheberrecht und in den gewerblichen Schutzrechten

### 1547 Verbraucherzentrale Bundesverband/Telefónica Germany

EuGH, Urteil vom 03.09.2020 – C-539/19

### 1549 Belgische Staat u. a./Movic u. a.

EuGH, Urteil vom 16.07.2020 – C-73/19

### 1553 Recorded Artists Actors Performers/Phonographic Performance (Ireland) u. a.

EuGH, Urteil vom 08.09.2020 – C-265/19

### 1559 EU/PE Digital

EuGH, Urteil vom 08.10.2020 – C-641/19

### 1562 Möbel Kraft/ML

EuGH, Urteil vom 21.10.2020 – C-529/19

### 1564 Telenor Magyarország/Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke

EuGH, Urteil vom 15.09.2020 – C-807/18, C-39/19

### 1568 Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde: Äußerungsrechtliches einstweiliges Verfügungsverfahren ohne ausreichendes Feststellungsinteresse

BVerfG, Beschluss vom 23.09.2020 – 1 BvR 1617/20

### 1570 Knuspermüsli

BGH, Beschluss vom 23.07.2020 – I ZR 143/19

### 1573 Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen

BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 171/19

stattdessen andere Regelungen, namentlich die verschärften Anforderungen an die Klagebefugnis, die Deckelung von Vertragsstrafen und der Ausschluss von Kostenerstattungsansprüchen in bestimmten Fällen. Letztlich stehen diese Regelungen mit dem Missbrauchstatbestand in einer Art Wechselbeziehung. An-

spruchsstellern, die sich über die neuen Anforderungen hinwegsetzen, droht nicht nur der Verlust von Kostenerstattungsansprüchen oder Vertragsstrafen und die Entstehung von Gegenansprüchen; sie laufen auch Gefahr, dass die Abwehr des Wettbewerbsverstoßes wegen missbräuchlicher Rechtsverfolgung scheitert.

Dipl.-Wirtschaftsjurist Martin Rätze, Köln\*

## Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs

### INHALT

#### I. Zielsetzung

#### II. Überblick über die Änderungen

##### 1. Allgemein

##### 2. Anspruchsberechtigte

- Mitbewerber
- Wirtschaftsverbände
- Verbraucherverbände und Kammern

##### 3. Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen

##### 4. Abmahnung

##### 5. Vertragsstrafe

##### 6. Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes

##### 7. Sonstige Änderungen

#### III. Kritik am Gesetz

##### 1. Grundsätzliches

##### 2. Im Einzelnen

- Einschränkung der Anspruchsberechtigten
- Rechtsmissbräuchliche Abmahnungen und Vertragsstrafe
- Formale Anforderungen an die Abmahnung
- Einschränkung des Aufwendungsersatzes
- Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes

##### 3. Ein Beispiel aus der Praxis

#### IV. Fazit

- Der Bundesgesetzgeber hat umfangreiche Änderungen am UWG beschlossen. Der Bundestag hat am 10.09.2020 in dritter Beratung das „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ in der Ausschussfassung angenommen,<sup>1)</sup> am 08.10.2020 hat der Bundesrat entschieden, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen.<sup>2)</sup> Der folgende Beitrag beschäftigt sich insbesondere mit den Neuerungen zum Thema Abmahnung und Rechtsdurchsetzung im Verhältnis der Mitbewerber untereinander.

#### I. Zielsetzung

- Der Gesetzgeber verfolgt das Ziel, rechtsmissbräuchliche Abmahnungen zu verhindern. Zwar stehen ihm keine belastbaren Daten zur Verfügung, ob es tatsächlich ein großflächiges Problem

der massenhaft rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen gibt;<sup>3)</sup> gleichwohl kann man es als legitimes Ziel ansehen, bereits die Gefahr eines rechtsmissbräuchlichen Gebarens auch von wenigen Akteuren bereits im Keim zu ersticken.

Mindestens verwunderlich erscheint in diesem Zusammenhang 3 allerdings das Vorgehen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, das am 13.10.2020 (also nach der Verabschiedung des Gesetzes) per E-Mail eine Umfrage verschickte, um den Reformbedarf bezüglich rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen zu ermitteln.<sup>4)</sup>

#### II. Überblick über die Änderungen

##### 1. Allgemein

Die Änderungen am UWG betreffen die Kapitel 2, 3 und 4. Das 4 materielle Wettbewerbsrecht in Kapitel 1 blieb also unverändert. Vielmehr wurden die Vorschriften über die Rechtsfolgen von Wettbewerbsverstößen (Kapitel 2) und zu den Verfahrensvorschriften (Kapitel 3) geändert. Die Anpassungen in Kapitel 4 (Straf- und Bußgeldvorschriften) werden wohl nur geringe Auswirkungen haben, da das Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht in UWG-Sachen in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle spielt. Daher sollen die Änderungen an Kapitel 4 hier auch nicht thematisiert werden.

##### 2. Anspruchsberechtigte

###### a) Mitbewerber

In § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG n. F. wird die Anspruchsberechtigung 5 von Mitbewerbern im Vergleich zur alten Rechtslage eingeschränkt. In Zukunft ist nicht mehr jeder Mitbewerber i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG zur Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG genannten Ansprüche berechtigt, sondern nur noch diejenigen Mitbewerber, die Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreiben oder nachfragen.

Bisher war nur gefordert, dass ein Unternehmen zur Begründung 6 der Anspruchsberechtigung einer auf Dauer angelegten, selbstständigen wirtschaftlichen Betätigung nachgehen muss, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben.<sup>5)</sup> Ein bestimmter Tätigkeitsumfang wurde nicht gefordert.<sup>6)</sup>

Mit der Neuregelung kommt nun diese quantitative Komponente 7 hinzu. Ein Mitbewerber muss in nicht unerheblichem Maße tätig sein. Damit entfällt insbesondere die Anspruchsberechtigung

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1649.

1) Vgl. Plenarprotokoll BT 19/173, S. 21740 ff.

2) Vgl. Plenarprotokoll BR 994, S. 356.

3) So schon BT-Drs. 17/1585, S. 3; dazu auch *Fries*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundes-tag.de/resource/blob/664224/e8e7d098d5685c1206b9869d2eac7b66/fries-data.pdf>, S. 5f.

4) <https://twitter.com/spoenle/status/1315979023349092353>.

5) Vgl. BGH, 12.07.1995 – I ZR 85/93, GRUR 1995, 697, 699 = WRP 1995, 815 – FUNNY PAPER; BAG, 31.05.2005 – I AZR 141/04, GRUR 2006, 244, 245.

6) Vgl. *Köhler/Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 38. Aufl. 2020, § 8 Rn. 3.27.

## Rätze, Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs

von potentiellen Mitbewerbern.<sup>7)</sup> Ebenfalls nicht mehr anspruchsberechtigt sind Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit gerade erst aufgenommen haben, da diese noch nicht in „nicht unerheblichen Maße“ entsprechende Waren vertreiben können.<sup>8)</sup>

**b) Wirtschaftsverbände**

- 8 Für Wirtschaftsverbände wird nach § 8b UWG n. F. ein neues Register bei dem Bundesamt für Justiz geschaffen. Zur Eintragung genügen dem Verband 75 Unternehmen als Mitglieder, er muss mindestens ein Jahr am Markt tätig sein, er muss personell und finanziell ausreichend ausgestattet sein und der Verband darf seinen Mitgliedern keine Zuwendungen aus dem Vereinsvermögen zukommen lassen. Für die Anspruchsberechtigung im konkreten Fall muss gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG n. F. hinzutreten, dass dem Verband eine „erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, und die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt“.

**c) Verbraucherverbände und Kammern**

- 9 Bezüglich der Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG n. F. gibt es lediglich redaktionelle Änderungen.<sup>9)</sup>
- 10 Erweitert wird die Anspruchsberechtigung der IHK und Handwerkskammern um weitere berufsständische Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie um Gewerkschaften, wobei die beiden letztgenannten nur unter engen Voraussetzungen zu den Anspruchsberechtigten gehören sollen. Auf Einzelheiten hierzu soll im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen werden.

**3. Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen**

- 11 Eine der zentralen Änderungen stellt die Einführung des neuen § 8c UWG dar. Damit wird das Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen neu und umfassend geregelt.<sup>10)</sup> Zunächst übernimmt der Gesetzgeber den bisherigen Wortlaut aus § 8 Abs. 4 UWG und legt fest, dass die missbräuchliche Geltendmachung der Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG unzulässig ist.
- 12 In § 8c Abs. 2 UWG n. F. findet sich dann eine Auflistung von sieben Indizien, bei deren Vorliegen eine Missbräuchlichkeit „im Zweifel“ anzunehmen ist.

**4. Abmahnung**

- 13 Die bisherige Obliegenheit zur Abmahnung findet sich nunmehr in § 13 Abs. 1 UWG n. F. Es besteht weiterhin keine Rechtspflicht zur Abmahnung. Die Abmahnung ist auch nach neuem Recht keine Zulässigkeitsvoraussetzung für ein sich anschließendes Verfügungs- oder Klageverfahren.<sup>11)</sup>
- 14 In § 13 Abs. 2 UWG n. F. werden inhaltliche Anforderungen an eine Abmahnung gestellt. Werden diese Anforderungen nicht erfüllt, hat der Abmahnende keinen Anspruch auf Ersatz der für die Abmahnung erforderlichen Aufwendungen, § 13 Abs. 3 UWG n. F. Der Abgemahnte hat in diesem Fall einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen für die Rechtsverteidigung, wo-

bei dieser auf die Höhe der vom Abmahnenden geltend gemachten Aufwendungsersatzansprüche beschränkt ist, § 13 Abs. 5 UWG n. F.

Inhaltlich muss der Abmahnende seinen Namen oder seine Firma sowie gegebenenfalls einen Vertreter benennen. Der Begriff des Vertreters meint dabei nicht den gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person, sondern den Fall einer anwaltlichen Vertretung.<sup>12)</sup> Außerdem muss er seine Anspruchsberechtigung gemäß § 8 Abs. 3 UWG klar und verständlich angeben. Als Mitbewerber müssen Abmahnende also insbesondere darlegen, dass sie gleiche Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich anbieten oder nachfragen. Der Gesetzgeber will, dass Abmahnende hierfür Größenkategorien der Zahl der getätigten Verkäufe angeben, allerdings sollen keine konkreten Umsatzzahlen oder eine Steuerberaterbescheinigung vorgelegt werden müssen.<sup>13)</sup> Weitere zwingende Bestandteile der Abmahnung sind:

- die Angabe, ob und in welcher Höhe ein Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht wird und wie sich dieser berechnet,
- die Angabe der Rechtsverletzung unter Angabe der tatsächlichen Umstände,
- die Angabe, dass ein Aufwendungsersatzanspruch ausgeschlossen ist, sofern das Gesetz in § 13 Abs. 4 UWG n. F. die Geltendmachung von Aufwendungsersatz ausschließt.

Ausgeschlossen ist ein Aufwendungsersatz bei Abmahnungen durch Mitbewerber im elektronischen Geschäftsverkehr und in Telemedien, sofern Verstöße gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten gerügt werden sowie bei Verstößen gegen die DSGVO, im letzteren Fall aber nur, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigt.

**5. Vertragsstrafe**

Mit dem neuen Gesetz werden detaillierte Vorschriften zur Vertragsstrafe eingeführt. Zur Höhe der Vertragsstrafe werden in § 13a Abs. 1 UWG n. F. zunächst die Kriterien, die die Rechtsprechung bereits verwendet, in Gesetzesform gegossen.<sup>14)</sup>

Gänzlich neu ist der in § 13a Abs. 2 UWG n. F. geregelte Ausschluss einer Vertragsstrafevereinbarung, wenn Mitbewerber erstmalig Verstöße gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien sowie gegen die DSGVO abmahnen, sofern der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt.

Bei anderen als in § 13 Abs. 4 UWG n. F. genannten Verstößen darf die Vertragsstrafe 1.000 Euro nicht übersteigen, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt (§ 13a Abs. 3 UWG n. F.).

Verspricht der Abgemahnte auf Verlangen des Abmahnenden eine höhere Vertragsstrafe, schuldet dieser gemäß § 13a Abs. 4 UWG n. F. lediglich eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe.

**6. Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes**

In § 14 UWG n. F. wird der bisher bei Verstößen im Internet geltende sog. fliegende Gerichtsstand eingeschränkt.

Grundsätzlich gilt dieser im Falle eines Streits zwischen Mitbewerbern zwar weiter. Allerdings ist das Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte seinen Sitz hat, zuständig bei Rechtsstreitigkeiten wegen Zuwiderhandlungen im elektronischen Geschäftsverkehr

7) Vgl. zur bisherigen Anspruchsberechtigung OLG Hamburg, 11.08.2011 – 3 U 145/09, GRUR-RR 2012, 21, 23 = WRP 2011, 1663, Ls.

8) Vgl. BT-Drs. 232/19, S. 24.

9) Im Einzelnen *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1370.

10) Ausführlich zur Neufassung des § 8c UWG *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 ff. (in diesem Heft).

11) Vgl. zur bisherigen Anspruchsberechtigung *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 6), § 12 Rn. 1.7.

12) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 31.

13) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 31.

14) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 33; zu den bisher schon angewandten Kriterien der Festsetzung einer Vertragsstrafe *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 6), § 12 Rn. 1.207.

oder in Telemedien (§ 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG n. F.) sowie bei Verbandsabmahnungen, es sei denn, der Beklagte hat im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand.

## 7. Sonstige Änderungen

- 23 In § 15 UWG n. F. werden letztlich die Vorschriften für Verfahren vor den Einigungsstellen neu geregelt. Da die Einigungsstellen im Bereich der Mitbewerber-Abmahnungen nur eine geringe praktische Relevanz haben, soll auf eine Darstellung hier verzichtet werden.

## III. Kritik am Gesetz

### 1. Grundsätzliches

- 24 Die Zielsetzung des Gesetzgebers ist grundsätzlich zu begrüßen. Rechtsmissbräuchliche Abmahnungen schaden dem gesamten Wettbewerbsrecht. Bereits die Gefahr, dass das Instrument der Abmahnung missbräuchlich genutzt wird, schadet dem Wettbewerbsrecht. Die nun verabschiedeten Änderungen werden das verfolgte Ziel aber nicht erreichen. Bereits im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens stießen die Neuregelungen auf breite Ablehnung der im Rechtsausschuss angehörten Sachverständigen.<sup>15)</sup>
- 25 Das Gesetz läuft seinem eigentlichen Ziel der Bekämpfung von unseriösen Abmahnern unter anderem dadurch entgegen, dass zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe in den Gesetzestext aufgenommen wurden, die erst einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden müssen. Was genau soll eine „unangemessen hohe“ Vertragsstrafe sein oder wann ist der zugrunde gelegte Streitwert „erheblich überhöht“?<sup>16)</sup> Zahlreiche Abmahnungen und daran anschließende gerichtliche Verfahren werden notwendig sein, um diese Begriffe höchstrichterlich klären zu lassen. Dabei wollte der Gesetzgeber Abmahnungen eigentlich vermeiden.

### 2. Im Einzelnen

#### a) Einschränkung der Anspruchsberechtigten

- 26 Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG n. F. i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind nur noch Unternehmer, die mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen, die Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreiben oder nachfragen, berechtigt, die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG geltend zu machen. Der Gesetzgeber definiert also in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG den Begriff des Mitbewerbers, um die Anspruchsberechtigung dieser Mitbewerber dann in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG n. F. einzuschränken.
- 27 Das führt dazu, dass alle Mitbewerber gemäß § 4 UWG – der passenderweise auch mit dem Begriff „Mitbewerberschutz“ überschrieben ist – insbesondere von Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG), Nachahmung (§ 4 Nr. 3 UWG), Verunglimpfung (§ 4 Nr. 1 UWG) oder Ähnlichem betroffen sein können, sich aber aufgrund der Einschränkung im neuen § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nicht mehr gegen eben diese Verstöße wehren können. Das stellt eine massive Verschlechterung des Wettbewerbsrechts dar. Denn in § 4 UWG sind alle Mitbewerber angesprochen. Anspruchsberechtigt ist aber nur noch ein Teil dieser Mitbewerber.

Die Einschränkung der anspruchsberechtigten Mitbewerber stellt eine massive Verschlechterung für „Jung-Unternehmen“ – sog. StartUps – dar.<sup>17)</sup>

Etablierte Anbieter können nach dem neuen Gesetz StartUps insbesondere gezielt behindern (§ 4 Nr. 4 UWG). Diese StartUps können sich gegen solche Maßnahmen in Zukunft aber nicht mehr mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts wehren, weil ihnen die Anspruchsberechtigung genommen wurde, da sie noch nicht Waren oder Dienstleistungen in erheblichem Maße absetzen. Dies ist ein unhaltbarer Zustand.

Diese Änderung lässt sich auch nicht mit einem Schutz vor rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen begründen.

Der Gesetzgeber ist daher gehalten, diese Änderung wieder rückgängig zu machen. Das materielle Wettbewerbsrecht will alle Mitbewerber vor Nachahmung, Behinderung und Ähnlichem schützen, die neu gefasste korrespondierende Norm für die Anspruchsberechtigung verhindert aber die Durchsetzung dieses Schutzes.

StartUps trifft die Beschränkung der Anspruchsberechtigung zusätzlich auch deswegen besonders hart, weil sie jetzt zwar noch für Verstöße, die sie begehen, abgemahnt werden können, sich aber nicht mit einer sog. Gegenabmahnung wehren dürfen, wenn ihr Abmahner den gleichen oder andere wettbewerbsrechtliche Fehler begeht. Da diese „Jung-Unternehmen“ zwar weiterhin passivlegitimiert, jedoch nicht mehr aktivlegitimiert sind, wurde ihnen diese wirksame Verteidigungswaffe entzogen.

Dies ist bedauerlich, da über das Mittel der Gegenabmahnung wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten in der Praxis häufig ohne Unterlassungserklärungen oder Gerichtsprozessen aus der Welt geschaffen werden können.

Unklar bleibt bei der Änderung der Anspruchsberechtigung, was der Gesetzgeber mit der Qualifizierung der geschäftlichen Tätigkeit „nicht in unerheblichem Maße“ konkret meint. Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass die Hürden nicht zu hoch sein sollen.<sup>18)</sup> Dem widerspricht aber der Wortlaut: „Nicht in unerheblichem Maße“ stellt gerade eine sehr hohe Hürde auf. Nicht ausreichen soll nach der Gesetzesbegründung, wenn der Mitbewerber Waren oder Dienstleistungen lediglich anbietet.<sup>19)</sup> Damit soll wohl gemeint sein, dass Mitbewerber Waren zwar anbieten, aber tatsächlich keine Verkäufe tätigen, also Unternehmen, die z. B. einen Online-Shop eröffnen und darin lediglich Produkte zu völlig überhöhten Mondpreisen anbieten. Derartiges Gebaren führte aber schon nach bisheriger Rechtslage dazu, dass diese Anbieter keine Mitbewerber i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind.<sup>20)</sup>

Welche Größenkategorie an Verkäufen muss ein Abmahrender erreicht haben, um die Hürde des „nicht in unerheblichem Maße“ zu erklimmen? Erreicht ein Kleinunternehmer mit einem Umsatz von 17.000 Euro im Jahr diese Hürde, wenn er Kerzen im niedrigen Preissegment von einem Euro verkauft, der gleiche Kleinunternehmer aber nicht, wenn er Kühlschränke für jeweils 1.000 Euro verkauft? Auch dies wird erst durch die Rechtsprechung geklärt werden müssen.

Will ein Mitbewerber mehrere Abmahnungen aussprechen, muss nach der Gesetzesbegründung auch der Umfang seiner geschäftlichen Tätigkeit größer sein.<sup>21)</sup> Dieses Kriterium ist in

15) Vgl. z. B. *Diercks*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084), <https://www.bundestag.de/resource/blob/664222/617a3c883b5ca1d971f62c8d04acc129/diercks-data.pdf>; *Köhler*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/663372/53b0f05305311f2d87af6e5cdd887fbf/koehler-data.pdf>.

16) So auch *Müller-Böhm*, Plenarprotokoll BT 19/173, S. 21744.

17) So auch *Köhler*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/663372/53b0f05305311f2d87af6e5cdd887fbf/koehler-data.pdf>, S. 14.

18) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 26.

19) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 26.

20) Zum Begriff des Mitbewerbers ausführlich *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 6), § 2 Rn. 90 ff.

21) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 26.

## Rätze, Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs

der Praxis untauglich. Der einzelne Abgemahnte hat keine Kenntnis vom weiteren Abmahnverhalten des Anspruchstellers. Diese Änderung wird dem Abgemahnten also nicht helfen.

- 37 Das neu kodifizierte Kriterium „nicht nur gelegentlich“ ist überflüssig. Denn wer dieses nicht erfüllt, ist schon kein Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG – und damit niemals Mitbewerber.<sup>22)</sup>
- 38 In Bezug auf die Anspruchsberechtigung der Wirtschaftsverbände bleibt unklar, was eine „erhebliche Zahl“ der beeinträchtigten Mitglieder sein soll.<sup>23)</sup> Da der Verband für die Eintragung in die Liste nach § 8b UWG n. F. insgesamt nur 75 Unternehmen benötigt, ist also davon auszugehen, dass die für die Anspruchsberechtigung erforderliche erhebliche Anzahl weit darunter liegt. Der Gesetzgeber hat es leider versäumt, hierzu in der Gesetzesbegründung eine nähere Konkretisierung vorzunehmen.<sup>24)</sup> Diese Frage wird also letztlich die Rechtsprechung klären müssen. Dies ist für Abgemahnte unerfreulich, da diese im Zweifel einen teuren Prozess bis zum BGH führen müssen, um diese bedeutende Frage zu klären.

#### b) Rechtsmissbräuchliche Abmahnungen und Vertragsstrafe

- 39 Ein Rechtsmissbrauch ist gemäß § 8c Abs. 2 UWG n. F. „im Zweifel anzunehmen“, wenn die nachfolgend aufgeführten Indizien erfüllt werden.
- 40 In dem eingebrachten Regierungsentwurf war diese Wendung noch nicht enthalten. Vielmehr legte der Regierungsentwurf in § 8b UWG-RegE fest, dass eine missbräuchliche Geltendmachung *insbesondere* vorläge, wenn die dann nachfolgenden Punkte alternativ erfüllt waren.<sup>25)</sup>
- 41 Der Rechtausschuss des Bundestages führte die Wendung „ist im Zweifel anzunehmen“ ein und begründet dies damit, dass die Vorschrift mit dieser Formulierung für die Praxis besser handhabbar wäre.<sup>26)</sup> Damit sollte klargestellt werden, dass eine umfassende Würdigung der Gesamtumstände vorzunehmen sei.<sup>27)</sup>
- 42 Dass eine Würdigung der Gesamtumstände vorzunehmen ist, ergibt sich allerdings bereits unmittelbar aus dem Wortlaut des § 8c Abs. 1 UWG n. F. Die Wendung „ist im Zweifel anzunehmen“ widerspricht gerade einer besseren Handhabbarkeit in der Praxis, da unklar bleibt, wann genau Zweifel bestehen sollen. Die ursprünglich vorgesehene Formulierung „insbesondere“ mit einer sich daran anschließenden Liste wäre in der Praxis wesentlich besser anzuwenden als die nun gewählte Formulierung.
- 43 Die Regelung im Regierungsentwurf war durch den Zusatz „insbesondere“ deutlich strenger formuliert, da hier wohl keine Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände mehr hätte durchgeführt werden müssen.<sup>28)</sup>
- 44 Mit den darauffolgend genannten Indizien wird lediglich die Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch in Gesetzesform gegossen.<sup>29)</sup> Eine echte Rechtsänderung ist damit also nicht verbunden. Hier kann es allerdings insbesondere i. V. m. §§ 13 ff. UWG n. F. zu erheblichen Problemen auch für seriöse Abmahner kommen, auf die im weiteren Verlauf noch einzugehen sein wird.

22) So auch Köhler, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/663372/53b0f05305311f2d87af6e5cdd887fbf/koehler-data.pdf>, S. 13 ff; Fritzsche, WRP 2020, 1367, 1368.

23) Offengelassen Fritzsche, WRP 2020, 1367, 1369 f.

24) Vgl. BT-Drs. 19/22238, S. 17.

25) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 8.

26) Vgl. BT-Drs. 19/22238, S. 17.

27) Vgl. BT-Drs. 19/22238, S. 17; Fritzsche, WRP 2020, 1367, 1372.

28) So auch Köhler, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/663372/53b0f05305311f2d87af6e5cdd887fbf/koehler-data.pdf>, S. 17.

29) So auch Kochendörfer, WRP 2020, 1513 Rn. 4 (in diesem Heft).

Gemäß § 8c Abs. 2 Nr. 4 und 5 UWG n. F. gelten die überhöhte Forderung von Vertragsstrafen sowie das Verlangen einer Unterlassungserklärung mit zu weitgehender Unterlassungsforderung im Zweifel als Indiz für den Rechtsmissbrauch.<sup>30)</sup> Was aber ist eine überhöhte Vertragsstrafeforderung? Ob eine Vertragsstrafe für den Verstoß angemessen ist, ist letztlich eine Frage des Einzelfalls.<sup>31)</sup> Sofern der Abmahner die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in Höhe der üblichen 5.000 Euro verlangt, er aber nicht weiß, dass der Abgemahnte weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt (§ 13a Abs. 3 UWG n. F.) und somit die Vereinbarung einer Vertragsstrafe auf 1.000 Euro begrenzt ist, dann ist das Verlangen überhöht und somit die Geltendmachung der Unterlassungsansprüche insgesamt als rechtsmissbräuchlich anzusehen.

Dies wird letztlich dazu führen, dass Abmahrende ihrer Abmahnung keine vorformulierte Unterlassungserklärung mehr beifügen, um die Rechtsmissbrauchsindizien des § 8c Abs. 2 Nr. 4 und 5 UWG n. F. zu vermeiden.

Gemäß § 13 Abs. 2 UWG n. F., der die inhaltlichen Vorgaben an eine Abmahnung normiert, ist das Beifügen einer vorformulierten Unterlassungserklärung kein Kriterium für die Geltendmachung von Aufwandsersatzansprüchen. Vielmehr liegt es beim Unterlassungsschuldner, eine die Wiederholungsgefahr ausräumende Unterlassungserklärung abzugeben.

Die fehlende Beifügung einer Unterlassungserklärung hat zudem den Vorteil für den Abmahrenden, dass § 13a Abs. 4 UWG n. F. dann nicht zum Zuge kommt. Denn der Abgemahnte schuldet eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe nur dann, wenn er ein Vertragsstraferversprechen auf Verlangen des Abmahrenden abgibt.

Dies muss so verstanden werden, dass nicht das abstrakte Verlangen zur Abgabe einer Unterlassungserklärung inklusive Vertragsstraferversprechen gemeint ist, sondern lediglich die Fälle, in denen der Abmahrende die Vereinbarung einer konkret bezifferten Vertragsstrafe verlangt. Wird in der Abmahnung aber lediglich die Abgabe einer Unterlassungserklärung, die eine die Wiederholungsgefahr ausräumende Vertragsstrafe enthält, gefordert, liegt es in der Hand des Unterlassungsschuldner, ob er eine zu geringe, eine ausreichende oder eine zu hohe Vertragsstrafe verspricht.

Das Fehlen von beigelegten Unterlassungserklärungen wird aber dazu führen, dass insbesondere kleinere Unternehmen noch mehr verunsichert sind als bisher und dann unzureichende Unterlassungserklärungen abgeben werden. Dies wiederum führt dazu, dass der Streitfall gerichtlich ausgetragen wird. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht wird der Abgemahnte regelmäßig unterliegen. Damit wird das Ziel der Abmahnung, einen Rechtsstreit schnell und vor allem kostengünstig zu beenden, konterkariert, weil dann neben den Abmahnkosten zusätzlich noch die Gerichtskosten anfallen. Ein Schwächerenschutz wird mit dieser Regelung gerade nicht geschaffen.<sup>32)</sup>

Problematisch bleibt dann noch § 13a Abs. 2 UWG n. F., der die Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei einer erstmaligen Mitbewerber-Abmahnung im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien ausschließt, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt.

30) Zu den einzelnen Indizien vgl. Kochendörfer, WRP 2020, 1513 Rn. 5 ff. (in diesem Heft).

31) Vgl. LG Köln, 22.08.2012 – 84 O 104/12, WRP 2013, 123 – Vertragsstrafenbewehrung zugunsten der SOS Kinderdörfer; zu den Kriterien der Festsetzung einer Vertragsstrafe Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 6), § 12 Rn. 1.207.

32) A. A. Fries, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, S. 5.

- 52 Die Gesetzesbegründung stellt hier klar, dass sich das Wort „erstmalig“ auf das Verhältnis zwischen den jeweils Abgemahnten und den Abmahner bezieht und nicht allein darauf, dass der Abgemahnte überhaupt erstmalig wegen eines Verstoßes abgemahnt wurde.
- 53 Der Rechtsausschuss, der die zusätzliche Grenze von 100 Mitarbeitern eingefügt, hat für diese Grenze keine taugliche Begründung geliefert.<sup>33)</sup> Er sieht diese Unternehmen wohl als besonders klein an.
- 54 Das Kriterium der Mitarbeiteranzahl ist nicht geeignet. Insbesondere kann der Abmahner nie wissen, ob der Abgemahnte gerade noch 99 oder schon 100 Mitarbeiter angestellt hat, wenn er eine Vertragsstrafe vereinbaren möchte.
- c) Formale Anforderungen an die Abmahnung**
- 55 In § 13 Abs. 2 UWG n. F. werden formale Kriterien an eine Abmahnung gestellt. Werden diese nicht erfüllt, entfällt der Anspruch auf Ersatz der notwendigen Auslagen des Abmahners.
- 56 Dieser Ansatz ist begrüßenswert.<sup>34)</sup> In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, dass unseriöse Abmahner, die gerade nicht die Herstellung des fairen Wettbewerbs verfolgen, ihre Abmahnungen mit Hilfe von teilweise völlig unpassenden Textbausteinen erstellen.
- 57 Abgemahnte werden mitunter schon dadurch abgeschreckt, dass eine Abmahnung zu einem einfachen Verstoß einen Umfang von mehreren dutzenden Seiten aufweist. Durch die klaren Vorgaben in § 13 Abs. 2 UWG wird dem Einhalt geboten. Zwar normiert diese Vorschrift einleitend, dass die Informationen „klar und verständlich“ erteilt werden müssen, dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist dank der Rechtsprechung zu den Informationspflichten im Verbraucherrecht aber bereits gut ausgefüllt.<sup>35)</sup> In Bezug auf eine Abmahnung im unternehmerischen Verkehr wird man nicht die gleichen strengen Maßstäbe anlegen können, die bisherige Rechtsprechung dazu bietet allerdings einige Anhaltspunkte, die sich auf die Transparenzanforderungen bei Abmahnungen übertragen lassen.
- d) Einschränkung des Aufwendungsersatzes**
- 58 Der Abgemahnte muss in bestimmten Fällen für eine erhaltene Abmahnung keinen Aufwendungsersatz mehr zahlen. Dies gilt für Verstöße gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr und in Telemedien. Da der Gesetzgeber hier keine Einschränkungen vorgenommen hat, gilt diese Einschränkung also für sämtliche Verstöße, einschließlich der Irreführung durch Unterlassen i. S. d. § 5a UWG.<sup>36)</sup>
- 59 Damit wird letztlich für das komplette Verbraucherschutzrecht im Internet die Erstattung von Abmahnkosten abgeschafft.<sup>37)</sup> Dem Verbraucherschutz wird damit ein Bärendienst erwiesen. Es sind gerade die Mitbewerber-Abmahnungen, die dafür sorgen, dass das Verbraucherschutzrecht in Deutschland auch konsequent eingehalten wird.
- Darunter fallen beispielsweise auch Vorschriften aus dem Lebensmittelrecht, die letztlich der Gesundheit der Verbraucherinnen und Verbraucher dienen und für die häufig kein Widerrufsrecht aufgrund von § 312g Abs. 2 Nr. 2 BGB (schnelle Verderblichkeit) besteht. Der Verbraucher ist in Zukunft schutzlos, wenn er beispielsweise ein Lebensmittel online bestellt, gegen das er allergisch ist und er nicht darauf hingewiesen wurde.
- Europarechtlich problematisch ist die Begrenzung des Aufwendungsersatzes nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG n. F. bei Verstößen gegen die DSGVO, sofern der Abgemahnte regelmäßig weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigt. Damit legt der Gesetzgeber inzident fest, dass Verstöße gegen die DSGVO immer abgemahnt werden können.<sup>38)</sup>
- Die Beurteilung, ob Verstöße gegen die DSGVO wettbewerbswidrig sind oder nicht, liegt allerdings letztlich allein beim EuGH. Der deutsche Gesetzgeber hat hierzu nicht die Gesetzgebungskompetenz.<sup>39)</sup> Diese Frage wird demnächst vom EuGH beantwortet werden.<sup>40)</sup>
- Für die Praxis ebenfalls problematisch ist auch hier die Bezugnahme auf die 250 Angestellten beim Abgemahnten. Dem Abmahner wird die Anzahl der Mitarbeitenden des Abgemahnten in aller Regel unbekannt sein. Es gibt auch nur wenige Möglichkeiten, diese Zahl herauszufinden. Bei veröffentlichungspflichtigen Unternehmen findet man die Anzahl der Mitarbeitenden im Bundesanzeiger. Allerdings sind diese Zahlen oftmals veraltet, weil zwischen der Erstellung einer Bilanz und deren Anhängen sowie der Veröffentlichung und der danach folgenden Abmahnung sehr viel Zeit vergehen kann. Auf welchen Zeitpunkt der Gesetzgeber allerdings abstellt, ist unklar. Diese Frage lässt auch die Gesetzesbegründung offen; sie beschreibt nur, welche Mitarbeiter wie zu zählen sind.<sup>41)</sup> Auch die Bedeutung des Wortes „regelmäßig“ ist unklar. Hat z. B. ein Unternehmen, das die letzten drei Jahre 400 Mitarbeiter hatte, aber aufgrund der COVID19-Pandemie 200 Mitarbeiter entlassen musste, regelmäßig über 250 oder endete mit der Pandemie die Regelmäßigkeit? Auch hier muss also die Rechtsprechung die Klärung der offenen Fragen herbeiführen. Auch dies ist wieder mit sehr vielen Abmahnungen verbunden.
- Besser wäre die Heranziehung des Umsatzes des Vorjahres als Kriterium gewesen. Entgegen der Begründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages wäre die Ermittlung auch nicht sonderlich schwer gewesen,<sup>42)</sup> hätte man den Aufwendungsersatzanspruch so gestaltet, dass bei einem Unterschreiten einer bestimmten Umsatzgrenze dieser Anspruch entfällt und der Abgemahnte hierfür die Beweislast trägt. Auch die Sanktionen der DSGVO knüpfen an den Umsatz eines Unternehmens des vorangegangenen Geschäftsjahres an.<sup>43)</sup> Ein Anknüpfung an den Unternehmensumsatz läge also nicht fern.
- e) Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes**
- Mit der Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes bei Verstößen im elektronischen Geschäftsverkehr und in Telemedien wird ein Sonderrecht für den Online-Handel geschaffen, welches von früheren Bundesregierungen nicht für notwendig erachtet wurde.<sup>44)</sup>

33) Vgl. BT-Drs. 19/22238, S. 18.

34) So auch *Fries*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/664224/e8e7d098d5685c1206b9869d2e2ec7b66/fries-data.pdf>, S. 4 f.; *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1377.

35) Vgl. BGH, 18.10.2004 – II ZR 352/02, BB 2004, 2711 (zu einer klaren und verständlichen Widerrufsbelehrung); LG Berlin, 30.06.2016 – 52 O 340/15, K&R 2016, 688 (zur klaren und verständlichen Information zu Kündigungsfristen); zum verbraucherrechtlichen Transparenzgebot *Martens*, in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 55. Edition, 2020, Art. 246a § 4 EGBGB, Rn. 3 ff.

36) So auch *Jaschinski*, Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/664216/e419385c9de2e92f9d7baaec334f7f84/jaschinski-data.pdf>, S. 10.

37) Mit Verweis auf das europarechtliche Gebot der Durchsetzung verbraucherschützender Normen *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1373.

38) So auch *Jung, MdB*, Plenarprotokoll BT 19/115, S. 14163.

39) Vgl. zu dem Streit nur *Köhler*, WRP 2018, 1269 ff. (gegen eine Wettbewerbswidrigkeit) vs. *Diercks*, CR 2018, S. 1 ff. (für eine grundsätzliche Wettbewerbswidrigkeit), jeweils m. w. N. )

40) BGH, 28.05.2020 – I ZR 186/17, WRP 2020, 1182 – App-Zentrum mit Kommentar *Uebele*, WRP 2020, 1187.

41) Vgl. BT-Drs. 19/22238, S. 18.

42) Vgl. BT-Drs. 19/22238, S. 18.

43) Art. 83 Abs. 4 DSGVO.

44) Vgl. BT-Drs. 17/1585, S. 2.

## Rätze, Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs

- 66 Hierbei zeigt der Gesetzgeber Schwächen beim Verständnis von wettbewerbsrechtlichen Problemen und Verfahren in der Praxis.
- 67 Der Gerichtsstand wird bei diesen Verstößen eingeschränkt, weil dadurch leichter Ortstermine durchgeführt werden können und den Zeugen eine weite Anreise erspart werden soll.<sup>45)</sup> Allerdings gibt es bei Wettbewerbsverstößen im Internet in der Praxis aber keine Ortstermine. Auch die Befragung von Zeugen ist in wettbewerbsrechtlichen Prozessen eine sehr seltene Ausnahme. Ob ein Verstoß auf einer Internetseite vorliegt oder nicht, kann durch bloße Inaugenscheinnahme von Unterlagen, wie z. B. Screenshots der Website zum Zeitpunkt der Abmahnung, belegt werden. Dafür müssen weder Ortstermine durchgeführt noch Zeugen angehört werden.
- 68 Angeblich suchen Abmahnende auch Gerichte weit entfernt vom Antragsgegner, weil der Abgemahnte dann eingeschüchtert sein soll, sich zu diesem Gericht zu bewegen.<sup>46)</sup> Tatsache ist, dass der abmahnende und der abgemahnte Unternehmer sich in der Regel in so einem Verfahren gar nicht zu Gericht bewegen, sondern dies Anwälte übernehmen, zumal vor den ausschließlich zuständigen Landgerichten ohnehin Anwaltszwang herrscht. Gerade im Wettbewerbsrecht ist es darüber hinaus üblich, dass sich Unternehmen keinen Anwalt an ihrem Ort suchen, sondern spezialisierte Kanzleien. Da es im Wettbewerbsrecht in der Regel um Rechts- und nicht um Sachverhaltsfragen geht, ist ein unmittelbarer persönlicher Austausch zwischen Anwalt und Mandant in der Regel nicht notwendig. Vielmehr sind im Wirtschaftsleben die Mittel der Digitalisierung bereits wesentlich weiter fortgeschritten, sodass Fragestellungen effizient und bequem per Telefon, E-Mail oder Videokonferenzen geklärt werden können.
- 69 Insbesondere die Einschränkung auf Verstöße gegen Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr und in Telemedien ist nicht nachvollziehbar. Der Gesetzgeber liefert keine Begründung, weshalb in diesem Punkt Katalogversender anders behandelt werden sollen als Online-Händler.
- 70 Hinzu kommt, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, also wenn der Beklagte keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, weiterhin der fliegende Gerichtsstand gilt.
- 71 Nicht mehr nachvollziehbar ist die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes mit der vom Gesetzgeber gegebenen Begründung bei den Aufwandsersatzansprüchen des Abgemahnten.
- 72 Gemäß § 8c Abs. 3 UWG n. F. hat der Abgemahnte im Falle einer missbräuchlichen Abmahnung einen Anspruch auf Ersatz seiner für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen gegen den Abmahnenden. Ein entsprechender Aufwandsersatz ergibt sich auch aus § 13 Abs. 5 UWG n. F. bei unberechtigten Abmahnungen.
- 73 Der Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 UWG n. F. richtet sich nicht nach der Rolle Abmahnender bzw. Abgemahnter, sondern nach der Eigenschaft als Beklagter. Das bedeutet, dass der Abgemahnte, dem nach der Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 2 UWG n. F. die weite Anreise nicht zuzumuten ist, zur Geltendmachung seiner Abwehransprüche aber das Gericht anrufen muss, in dessen Bezirk der Abmahner seinen Sitz hat. Denn im Fall der gerichtlichen Geltendmachung der Aufwandsersatzansprüche ist der ursprüngliche Abmahner der Beklagte. Warum aber ist dem Abgemahnten in diesem Fall eine weite Reise zuzumuten? Diese Antwort bleibt der Gesetzgeber leider schuldig.
- 74 Um einen Rechtsmissbrauch besser belegen zu können, wäre es sinnvoll gewesen, den fliegenden Gerichtsstand dahingehend einzuschränken, dass der Abmahner immer an dem Gericht klagen muss, in dessen Bezirk er seinen Sitz hat. Denn so hätte das

Gericht, das die Zulässigkeit des Antrages bzw. der Klage zu prüfen hat, Kenntnis von gegebenenfalls weiteren anhängigen Verfahren des Abmahners. Bei einer besonders umfangreichen Abmahn- und Klagetätigkeit könnte das Gericht dann nach weiteren Indizien, die einen Rechtsmissbrauch begründen, suchen.<sup>47)</sup> Nach der neuen Regelung können Abmahner ihre Abmahntätigkeit aber weiterhin durch gezielte Auswahl der Abgemahnten über das gesamte Bundesgebiet streuen und eine massenhafte Abmahntätigkeit bleibt unbemerkt. Der Gesetzgeber hat hier die Gelegenheit verpasst, ein wirklich wirksames Mittel gegen den Rechtsmissbrauch einzuführen.

Auch diese Verlagerung des fliegenden Gerichtsstandes im Vergleich zu bisher geltenden Recht hätte wohl eine zumindest kurzzeitige Zersplitterung der Rechtsprechung zur Folge gehabt, weil sich auch Gerichte, die aktuell noch nicht sehr intensiv mit dem Wettbewerbsrecht beschäftigt waren, mit diesen Fragen auseinandersetzen müssten, wie es zur neuen Regelung kritisiert wird.<sup>48)</sup>

Diese Kritik ist nur teilweise berechtigt.<sup>49)</sup> Bereits nach altem Recht müssen sich Gerichte mit Fragen des Wettbewerbsrecht befassen, die darauf nicht spezialisiert sind. Den Wirtschafts- und Verbraucherverbänden stand der fliegende Gerichtsstand noch nie zur Verfügung und dennoch führen sie erfolgreiche Prozesse im Wettbewerbsrecht. Sofern es sich um komplizierte Rechtsfragen handelt, werden diese ohnehin nicht in erster Instanz abschließend entschieden.

### 3. Ein Beispiel aus der Praxis

Zur Verdeutlichung der Missstände im neuen UWG soll ein in der Praxis durchaus üblicher Fall dienen:

Unternehmer A betreibt einen Online-Shop, bietet Interessierten zusätzlich auch die Möglichkeit an, über eine Bestellkarte, die sich an einem umfangreichen Katalog befindet, bei ihm einzukaufen. Sowohl im Online-Shop wie auch im Printkatalog unterlässt er es, korrekt i. S. d. § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB über das Widerrufsrecht zu belehren. Unternehmer B möchte dies abmahnen.

Bisher stellte das kein Problem dar. Beide Verstöße wurden in einer Abmahnung behandelt, es wurde ein Streitwert ermittelt und eine entsprechende Kostennote erstellt. Der Fall konnte mit einer einzigen Unterlassungserklärung beendet werden. Dies war einmal die Intention des Gesetzgebers: Wettbewerbsverstöße sollen schnell und unkompliziert abgestellt werden können.

Nach neuem Recht wird es kompliziert: Für die Abmahnung des Verstoßes im Online-Shop kann Unternehmer B gemäß § 13 Abs. 4 UWG n. F. keinen Aufwandsersatz mehr geltend machen; für den gleichen Verstoß im Katalog erhält er einen entsprechenden Aufwandsersatz. Für den Verstoß im Online-Shop trifft B die Pflicht, darauf hinzuweisen, dass dieser Verstoß ohne Aufwandsersatz abgemahnt wird (§ 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG n. F.).

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Verstoß im Online-Shop ist gemäß § 13a Abs. 2 UWG n. F. ausgeschlossen, es sei denn A beschäftigt mehr als 100 Mitarbeiter, für den gleichen Verstoß im Printmedium kann A durchaus ein Vertragsstrafensprechen fordern.

Meldet sich A auf die Abmahnung nicht, ist B letztlich gehalten, gerichtliche Hilfe zur Durchsetzung seiner Ansprüche angewiesen, so kann er für den Verstoß im Online-Shop nur am Sitz von B

45) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 35.

46) Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 35.

47) Vgl. zum Rechtsmissbrauch bei 37 weiteren beim Gericht anhängigen Verfahren OLG Hamm, 28.07.2011 – 4 U 55/11, BeckRS 2011, 21443.

48) Vgl. Timmann, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/664034/8ef7a3b7b4a12080ce3d140530058a2b/timmann-data.pdf>, S. 14.

49) So wohl auch Fritzsche, WRP 2020, 1367, 1375.

## Tyra, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die RA-Praxis

klagen, für den Verstoß im Katalog steht B der fliegende Gerichtsstand weiterhin offen. B ist auch nicht gehalten, beide Ansprüche vor dem gleichen Gericht einzuklagen. Nur im Einzelfall wird man bei diesem Vorgehen einen Rechtsmissbrauch annehmen können.

- 82** Noch komplizierter wird es, wenn A zusätzlich zu seinem Katalog und dem Online-Shop noch einen Bestellflyer im Umlauf hat, auf dem für die Information zum Widerrufsrecht nicht ausreichend Darstellungskapazität i. S. d. Art. 246a § 3 EGBGB vorhanden ist und er deswegen zur Erfüllung dieser Pflicht auf eine Website verweist.<sup>50)</sup> Wird auf dieser Website ebenfalls falsch (oder gar nicht) über das Widerrufsrecht informiert, liegt erneut ein Verstoß i. S. d. § 13 Abs. 4 UWG n. F. vor und ein Auswendungersatz ist ausgeschlossen.
- 83** Hier muss man sich schon die Frage stellen, ob der Gesetzgeber wesentlich Gleiches (bundesweit abrufbarer Verstoß gegen eine Verbraucherschutzvorschrift) wesentlich ungleich behandeln durfte. Die Gesetzesbegründung jedenfalls vermag diese unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen.

#### IV. Fazit

- 84** Das neue Gesetz wird im Kampf gegen rechtsmissbräuchliche Abmahnungen – sofern es solche überhaupt noch in nennenswertem Umfang gibt – nichts ändern. Es wird weiterhin sog. Schwarze Schafe geben, die die Regelungen für sich auszunutzen wissen. Insbesondere die inhaltlichen Vorgaben des § 13 Abs. 2 UWG können durch neue Textbausteine ohne weitere Anstrengungen erfüllt werden. Für seriöse Abmahner, die mit diesem Instrument den unseriösen, weil unfairen Wettbewerb bekämpfen wollen, wird es ungleich schwerer, diesem Ansinnen nachzugehen. Zu hoch ist die Gefahr wegen minimaler Formfehler bei der Abmahnung in den Bereich des Rechtsmissbrauchs abzurutschen. Damit wird es Unternehmen, die sich aus Gewinnerzie-

lungsgründen nicht an die Regeln des Wettbewerbsrechts halten wollen, sehr leicht gemacht. Berechtigte Abmahnungen werden wohl unterbleiben.<sup>51)</sup>

Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, kleinere Änderungen an den Vorschriften über Abmahnungen und sich anschließende wettbewerbsrechtliche Prozesse vornehmen zu können, die es den unseriösen Abmahnern schwer gemacht, aber dem Wettbewerb an sich nicht geschadet hätte. Er hat sich aber dazu entschieden, gewissermaßen die Axt an das deutsche UWG anzulegen. Ehrlicher wäre gewesen, der Gesetzgeber hätte die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern aus dem UWG vollständig gestrichen. Denn dieses – so muss man nach der vorgenommenen Änderung vermuten – war sein eigentliches Ansinnen. Er hat sich aber offenbar letztlich doch nicht getraut, dies umzusetzen. Das neue UWG schadet dem fairen Wettbewerb und allen, die sich an die gesetzlichen Regelungen halten.

Künftig wird man Unternehmen nicht mehr raten, sich an das Wettbewerbsrecht zu halten, sondern eine Online-Vertriebs-GmbH mit unter 100 Mitarbeitern zu gründen. Dann ist die Gefahr der Zahlung von Aufwendungsersatz, Vertragsstrafen und (theoretischen) DSGVO-Abmahnungen durch Mitbewerber erst einmal vom Tisch.

Der Gesetzgeber ist gehalten, die mit dem Gesetz erreichte Schlechterstellung von StartUps wieder aufzuheben, sodass weiterhin faire Marktbedingungen herrschen. In der aktuellen Fassung führt das UWG zu einer Stärkung des unfairen Wettbewerbs.

50) Zu den genauen Voraussetzungen EuGH, 23.01.2019 – C-430/17, WRP 2019, 312 – Walbusch Walter Busch/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; BGH, 11.04.2019 – I ZR 54,16, WRP 2019, 1176 – Werbeprospekt mit Bestellpostkarte II.

51) So auch Timmann, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, <https://www.bundestag.de/resource/blob/664034/8ef7a7b7b4a12080ce3d140530058a2b/timmann-data.pdf>, S. 14.

RA Frank Tyra, München\*

## BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis

### INHALT

- I. Einleitung
- II. BVerfG-Vorgaben
  1. Gleichwertige prozessuale Stellung der Parteien
  2. Mittel der Wahl
  3. Inhaltliche Übereinstimmung
  4. Vollständige und unverzügliche Antragstellung
- III. Folgen für rechtsanwaltliche Tätigkeit
  1. Zügige Rechtsverfolgung
  2. Sorgfältige Rechtsverteidigung
  3. Neue Unterwerfungs- und Dringlichkeitsfristen?
  4. Keine formfreie Abmahnung mehr

5. Entbehrlichkeit nutzloser Abmahnung
6. Aufwendungsersatz auch bei nutzloser Abmahnung
7. RVG-Regelvergütung: 1,8 Geschäftsgebühr

### IV. Fazit

#### I. Einleitung

Das BVerfG hat seit Mitte 2017 einige Beschlüsse erlassen, die zivilrechtliche einstweilige Verfügungsverfahren unter den Gesichtspunkten der prozessualen Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs betrafen. Diese haben schon bis zum Beschluss vom 03.06.2020<sup>1)</sup> die Rechtswissenschaft und Praxis intensiv beschäftigt.<sup>2)</sup> So wiesen bemerkenswert viele Literaturstimmen

1) BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847 – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in außerordentlichen Eilverfahren.

2) Mantz, NJW 2020, 2007 Rn. 1 m. w. N.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1649.