

chen. Nur auf diese Weise kann § 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F. Umgehungen begegnen. Der Wortlaut von § 5a Abs. 4 S. 2 UWG n. F. lässt zwar offen, ob die Gegenleistung von dem fremden Unternehmen selbst gewährt oder versprochen sein muss oder ob hierfür auch Leistungen Dritter in Betracht kommen. Entgegen der Gesetzesbegründung müssen aber auch Gegenleistungen von Dritten, deren Verhalten dem fremden Unternehmen nicht zuzurechnen ist (z. B. Händler), ausreichen, um ein Verhalten etwa des Influencers zu Gunsten eines fremden Unternehmens (z. B. Herstellerunternehmen) zu begründen.

54. Das Verhalten des Influencers zu Gunsten eines fremden Unternehmens muss nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (ab 28.05.2022: § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG n. F.) in (unmittelbarem und) objektivem Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung (oder dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags) stehen. Hierfür ist eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen und bei objektiver Betrachtung zu fragen, ob die Handlung vorrangig auf ein solches Ziel gerichtet ist. Insoweit ist gerade beim Influencer-Marketing zwischen (1) verhaltensbezogenen und (2) personenbezogenen Umständen zu unterscheiden. Beim Fehlen besonderer Umstände liegt keine geschäftliche Handlung des Influencers vor.

6. Die Frage des Vorliegens eines kommerziellen Zwecks im Sinne von § 5a Abs. 6 (ab 28.05.2022: § 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.) deckt sich sinngemäß mit den Überlegungen zur geschäftlichen Handlung im Hinblick auf den (unmittelbaren und) objektiven Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Influencers einerseits und der Absatz- oder Bezugsförderung zu Gunsten eines fremden Unternehmens andererseits.

7. Zur Frage der Nichtkenntlichmachung eines kommerziellen Zwecks und seiner fehlenden Erkennbarkeit auf Grund der Umstände ist stets eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen und auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Empfängers der Handlung abzustellen.

8. Das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung ist jedenfalls im Bereich des Influencer-Marketings regelmäßig geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

9. Die Sachverhalte der BGH-Entscheidungen Influencer I und Influencer II sind unter Geltung der ab 28.05.2022 geltenden Fassung des UWG in gleicher Weise zu beurteilen, wie der BGH dies in den genannten Entscheidungen getan hat.

RA Prof. Dr. Felix Buchmann und RA Dr. Benjamin Stillner, Stuttgart*

Wer missbraucht das UWG? – Das neue UWG im (un)fairen Wettbewerb mit private enforcement, Politik und Populismus

INHALT

I. Einleitung

II. Der Missbrauchs begriff im neuen Recht

1. Das Wesen des Missbrauchs

- Kein Unterfall von § 242 BGB
- Missbrauch sui generis

2. Folgen für den Missbrauchs begriff im UWG

3. Enforcement und effet utile

III. Umsetzungsdefizit durch die Novellierung?

1. Der neue Katalog der Missbrauchstatbestände in § 8c Abs. 2 UWG

- Vom Regelbeispiel zum Indiz
- Erste Einschätzung des BGH
- Einordnung der Neuregelung
- Künftig zu beachtende Kriterien

2. Die Eindämmung finanzieller Anreize nach §§ 13, 13a UWG

- Verzicht auf das Erfordernis einer Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG)
 - Beschluss des OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21
 - Wegfall der Wiederholungsgefahr ohne Strafbewehrung?
 - Gefahr von Schutzlücken
 - Verzicht auf eine „abschreckende Sanktion“?
 - Zwischenergebnis
- Ausschluss des Kostenerstattungsanspruchs (§ 13 Abs. 4 UWG)

- Abmahnung im Generalverdacht des Rechtsmissbrauchs
- „Under-enforcement“ im Verbraucherschutz als gebilligter Kollateralschaden

IV. Fazit

I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs¹⁾ hat der Gesetzgeber die Wut des kleinen Unternehmers mit der Zielsetzung aufgenommen, „50% der rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen“²⁾ zu verhindern. Gut ein Jahr nach Inkrafttreten der neuen Regelungen hat es den Anschein, als würden damit eher 50% der Abmahnungen verhindert. Die Rechtsprechung wendet den neuen Missbrauchskatalog nach § 8c Abs. 2 UWG nur sehr verhalten an. Ist das UWG dem Populismus zum Opfer gefallen? Und wird der lautere Wettbewerb noch hinreichend geschützt?

II. Der Missbrauchs begriff im neuen Recht

Die historische Entwicklung der Missbrauchsregelungen im UWG ist hinlänglich dargestellt worden.³⁾ Der Missbrauchs begriff hingegen wird in seinem Ursprung eher stiefmütterlich be-

1) Gesetz vom 26.11.2020 – BGBl. I 2020, Nr. 56, 01.12.2020, S. 2568.

2) RegE BT-Drs. 19/12084, S. 2; zur berechtigten Kritik, dass es bereits an hinreichend konkreten Erkenntnissen zum substantiellen Anteil rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen am Gesamtaufkommen fehlt, vgl. *Wagner/Kefferpütz*, WRP 2021, 151, 151; *Hohlweck*, WRP 2021, 719.

3) Zuletzt etwa *Michel*, WRP 2021, 704, 705 f.; *Fritzsche*, WRP 2020, 1367 ff.; *Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson* (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 39. Aufl. 2021, § 8c Rn. 1.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1509. Die Autoren danken cand. iur. *Jonas Kurz* für seine tatkräftige Unterstützung.

handelt. Der BGH hat Missbrauch in seiner ständigen Rechtsprechung⁴⁾ als gegeben angesehen, wenn „überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen“. Regelmäßig wird dazu auf Fallgruppen abgestellt, die als Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen dienen sollen: Einnahmeerzielungs- und Kostenbelastungsinteresse (auch in der Ausprägung der Mehrfachabmahnung oder Aufspaltung der Rechtsverfolgung), Unverhältnismäßigkeit im Vergleich zur eigenen geschäftlichen Tätigkeit, überhöhte Gegenstandswerte und/oder Vertragsstrafen, zu weit vorformulierte Unterlassungserklärungen und die damit verbundene Haftungsfalle für Vertragsstrafen etc. Der Gesetzgeber ist diesem Ansatz im neuen § 8c UWG gefolgt und hat insgesamt sieben Tatbestände in das Gesetz aufgenommen, die Rechtsmissbrauch indizieren sollen.⁵⁾ Zur Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen hielt es der Gesetzgeber außerdem für erforderlich, „höhere Anforderungen an die Befugnis zur Geltendmachung von Ansprüchen, die Verringerung finanzieller Anreize für Abmahnungen, mehr Transparenz sowie vereinfachte Möglichkeiten zur Geltendmachung von Gegenansprüchen“ einzuführen.⁶⁾ Diese Ziele, die auch mit den Neuregelungen in § 13 Abs. 4 und Abs. 5 UWG (Ausschluss des eigenen Kostenersatzanspruchs und Gegenanspruch des Abgemahnten) sowie in § 13a Abs. 2 und Abs. 3 UWG (Ausschluss bzw. Deckelung der Strafbewehrung) erreicht werden sollen, betreffen allerdings lediglich eine bestimmte Art von Rechtsverstößen – im Regierungsentwurf tendenziös als „nur formale Rechtsverstöße“⁷⁾ bezeichnet –, die im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangen werden. Ohne dass dies im Gesetz selbst einen Niederschlag findet, darf es sich laut dem Regierungsentwurf „jedoch nicht um Warnhinweise handeln, auch die grundsätzliche Pflicht zur Kennzeichnung geschäftlicher Handlungen ist nicht erfasst.“⁸⁾ Positiv umschreibt der Regierungsentwurf die gemeinten gesetzlichen Informations- und Kennzeichnungspflichten beispielhaft mit § 5 TMG, den Informationspflichten nach § 312d BGB und den Vorgaben der PAngV.⁹⁾ Diese Informationen gelten nach Art. 7 der UGP-Richtlinie¹⁰⁾ als unwiderlegbar „wesentlich.“

3 Der Frage, was denn Missbrauch nun eigentlich ist, widmet sich das neue Recht allerdings (nach wie vor) nicht. Es bleibt bei nunmehr gesetzlich normierten einzelnen Beispielen, mit deren Hilfe der Rechtsanwender einen Rechtsmissbrauch ausmachen soll. Es wäre für den Rechtsanwender sehr viel einfacher, wenn die Erfüllung konkreter Tatbestandsmerkmale zu einer konkreten Rechtsfolge führen würden, wie dies etwa im StGB bei den §§ 174 StGB ff. der Fall ist. Im UWG ist dies freilich nicht möglich. Es muss also die grundsätzliche Frage beantwortet werden, was Missbrauch im UWG bedeutet, um die neuen Regelungen auslegen zu können.

1. Das Wesen des Missbrauchs

4 Wehrt sich ein grundsätzlich nach dem UWG Aktivlegitimierter gegenüber einem unlauter handelnden Dritten mit Hilfe der An-

sprüche aus dem UWG, so macht er zunächst einmal von einem ihm eingeräumten Recht Gebrauch und erfüllt nicht einen vordefinierten Verbotstatbestand. Wird einem Anspruchsberechtigten mit den Regelungen zum Rechtsmissbrauch im UWG die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs verwehrt, bedeutet dies folglich, dass er von seinem eigenen Recht keinen Gebrauch machen darf, obgleich alle dafür notwendigen Voraussetzungen vorliegen.¹¹⁾ Dafür muss es einen plausiblen Grund geben, denn es werden gesetzliche Rechte eingeschränkt.

a) Kein Unterfall von § 242 BGB

Der Begriff des Rechtsmissbrauchs im UWG ist zwar im weitesten Sinne ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung,¹²⁾ jedoch kein Unterfall einer unzulässigen Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB. Nach Treu und Glauben kann zwar dem Grunde nach ebenfalls die Ausübung eines grundsätzlich bestehenden Rechts eingeschränkt werden.¹³⁾ Für § 242 BGB ist dabei eine Sonderverbindung zwischen zwei Parteien erforderlich.¹⁴⁾ Diese mag selbstverständlich auch durch ein Abmahnverhältnis zwischen den zwei beteiligten Parteien begründet werden. Darin erschöpft sich der Schutzzweck des UWG aber – anders als im BGB – gerade nicht. Denn mit der Aufforderung, ein konkretes unlauteres Verhalten künftig zu unterlassen, geht ein Abmahner nicht nur im eigenen Interesse vor, sondern er dient damit immer auch dem Interesse der Allgemeinheit und insbesondere auch den Verbraucherinteressen an einem unverfälschten Wettbewerb.¹⁵⁾ Diese globale Sicht bei der Geltendmachung von Ansprüchen ist nicht Gegenstand der Abwägung in § 242 BGB, der typischerweise auf die Frage abstellt, ob in einem Zweipersonenverhältnis die Ausübung eines Rechts aus übergeordneten Gründen nicht gebilligt wird.¹⁶⁾

b) Missbrauch sui generis

Der Missbrauchs begriff im UWG muss folglich autonom bestimmt werden. In die Abwägung einzustellen sind neben den Interessen des Abmahners und des Abgemahnten auch die Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Dass diese Einordnung richtig ist, zeigen die „unclean hands“-¹⁷⁾ und die „Retourkutschen“-Rechtsprechung.¹⁸⁾

Selbst wenn der Abmahner die gleiche unlautere Handlung an den Tag legt, die er von dem Abgemahnten zu unterlassen verlangt, ändert das nichts am Unterlassungsanspruch, den er gegenüber dem Wettbewerber durchsetzen kann.¹⁹⁾ In der Gedankenwelt des § 242 BGB wäre dieses Ergebnis nicht tragbar, das Verhalten ist widersprüchlich („venire contra factum proprium“). Im UWG gilt dies nicht, da die Interessen der Allgemeinheit betroffen sind, die neben dem Zweipersonenverhältnis Abmahner – Abgemahnter zu berücksichtigen sind.²⁰⁾ Der BGH hält den „unclean-hands“-Einwand nur in seltenen Ausnahmefällen für beachtlich, etwa wenn sich der Kläger bei wechselseitiger Abhängigkeit der beiderseitigen unzulässigen Wettbe-

4) BGH, 04.07.2019 – I ZR 149/18, WRP 2019, 1182 ff. – Missbräuchliche Mehrfachverfolgungen; BGH, 22.10.2009 – I ZR 58/07, WRP 2010, 640 Rn. 19 – Klassenlotterie; BGH, 05.10.2000 – I ZR 237/98, WRP 2001, 148 ff. – Vielfachabmahner; BGH, 22.04.2009 – I ZR 14/07, WRP 2009, 1510 – 0,00-Grundgebühr; BGH, 06.10.2011 – I ZR 42/10, WRP 2012, 464 ff. – Falsche Suchrubrik; vgl. BGH, 13.09.2018 – I ZR 26/17, WRP 2018, 1452 ff. – Prozessfinanzierer I; BGH, 26.04.2018 – I ZR 248/16, WRP 2019, 180 ff. – Abmahnaktion II; BGH, 04.07.2019 – I ZR 149/18, WRP 2019, 1182 ff. – Umwelthilfe.

5) Das Wesen der Tatbestände ist umstritten, vgl. zur Diskussion: Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 8c UWG Rn. 12.

6) RegE BT-Drs. 19/12084, S. 2.

7) RegE BT-Drs. 19/12084, S. 1.

8) RegE BT-Drs. 19/12084, S. 32.

9) RegE BT-Drs. 19/12084, S. 32.

10) Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.05.2005 (RL 2005/29/EG).

11) Umfassend: Guski, Rechtsmissbrauch als Paradoxie, 2019; Teubner, JZ 2020, 373 ff.; Eichenhofer, Rechtsmissbrauch, 2019, S. 103 ff.

12) Köhler, in: FS Schrickler, 2005, S. 725.

13) Schulze, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a. (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 242 Rn. 2.

14) Mansel, in: Mansel in Jauernig (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 242 Rn. 32 ff.

15) Vgl. Bacher, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 19, Rn. 10.

16) Schubert, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 239 f.; Schulze, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a. (Fn. 13), § 242 Rn. 22.

17) BGH, 24.09.2020 – I ZR 169/17, WRP 2021, 192 ff. – Verfügbare Telefonnummer; BGH, 26.11.1976 – I ZR 86/75, WRP 1977, 173, 174 f. – DERMATEX; OLG Frankfurt a. M., 17.11.2016 – 6 U 167/16, GRURPrax 2017, 52.

18) BGH, 24.09.2020 – I ZR 169/17, WRP 2021, 192 ff. – Verfügbare Telefonnummer; Gerstenberg, WRP 2011, 1116 ff.

19) Vgl. Bacher, in: Teplitzky (Fn. 15), Kap. 19, Rn. 5 ff.

20) OLG Frankfurt a. M., 24.07.2008 – 6 U 73/08, GRUR-RR 2008, 410.

Buchmann/Stillner, Wer missbraucht das UWG?

werbsmaßnahmen mit seinem eigenen Handeln in Widerspruch setzen würde.²¹⁾ Hieran fehlt es folgerichtig, wenn das übergeordnete Interesse der Verbraucherschutz ist, sich also nicht auf den unmittelbaren Mitbewerberschutz (§ 4 UWG) beschränkt.

- 8 Identisches gilt für die „Retourkutsche“ bei einer Abmahnung.²²⁾ Auch wenn die Gegenabmahnung offensichtlich nur dazu dient, einen aufrechenbaren Gegenanspruch gegen die Abmahnkosten zu erzeugen, führt dies nicht zu ihrer Unzulässigkeit wegen Rechtsmissbrauchs. Es sind eben auch übergeordnete Verbraucherinteressen betroffen. Was gelten soll, wenn mit der Gegenabmahnung versucht wird, die ursprüngliche Abmahnung zu Fall zu bringen (wechselseitiger Verzicht auf alle Ansprüche), war jüngst Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung.²³⁾ Nach Ansicht des BGH ist jedenfalls ein Verzicht auf wechselseitige Unterlassungserklärungen unbedenklich, sofern die Parteien vereinbaren, sich künftig zunächst ohne kostenauslösende Maßnahmen auf Wettbewerbsverstöße hinzuweisen; nur für den Fall, dass diese dann nicht abgestellt werden, ist eine kostenpflichtige Abmahnung möglich.²⁴⁾ Die Interessen der Allgemeinheit werden dadurch nach Ansicht des BGH hinreichend berücksichtigt.
- 9 Dem widerspricht daher auch nicht die „Testkauf“-Rechtsprechung²⁵⁾ des BGH, da hier Ansprüche aus einem Unterlassungsvertrag geltend gemacht wurden, und damit aus einem Zweipersonenverhältnis; die Grundsätze von Treu und Glauben i. S. d. § 242 BGB konnten hier folglich angewandt werden, die Interessen der Allgemeinheit waren dadurch jedenfalls nicht direkt betroffen.

2. Folgen für den Missbrauchsbeginn im UWG

- 10 Konsequenz aus diesen Überlegungen ist, dass sich bei der Frage des Rechtsmissbrauchs die Prüfung nicht nur auf das Zweipersonenverhältnis Abmahner – Abgemahnter beziehen darf, sondern in einem zweiten Schritt die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt werden müssen, sofern diese betroffen sind. Der Missbrauchsbeginn im UWG folgt damit eigenen Regeln, weil die Interessen aller Marktteilnehmer in die Abwägung eingestellt werden. Nur wenn diese Gesamtabwägung zu dem Ergebnis führt, dass der eigentlich nach dem UWG gegebene Anspruch im konkreten Einzelfall nicht geltend gemacht werden darf, liegt Missbrauch vor. Die notwendige Abwägung lautet also etwa: Überwiegt das Interesse der Allgemeinheit, ein bestimmtes unlauteres Verhalten hinzunehmen, weil die Art der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs mehr missbilligt wird als das unlautere Verhalten selbst?
- 11 Diese Fälle kann es geben, sie finden sich aber nicht im Verhältnis zwischen Abmahner und Abgemahnten. Es spielt nämlich im Rahmen der Abwägung keine Rolle, ob der Abgemahnte durch eine Abmahnung oder durch ihre Art und Weise besonders belastet wird, oder ob sich der Abmahner im Verhältnis zum Abgemahnten einen besonderen Vorteil verschafft. Im Falle einer berechtigten Abmahnung hat sich der Abgemahnte unlauter verhalten und damit zum Nachteil der Allgemeinheit

gegen die Rechtsordnung gestellt. Dieses Ergebnis ist von der Frage des Verschuldens nicht abhängig. Wenn einen Abgemahnten die gegen ihn geltend gemachten Ansprüche aus dem UWG hart treffen, so ist dies die Konsequenz seines eigenen Handelns, sei es aus Vorsatz, Sorglosigkeit oder Desinteresse. Das Abstellen des unlauteren Verhaltens ist stets im Interesse der Allgemeinheit; dieses Interesse kann allein durch individuelle Motive in der Person des unlauter Handelnden nie aufgewogen werden.

Für den Missbrauch muss etwas hinzutreten, was allein in der Sphäre des Abmahnenden zu einer besonderen Verwerflichkeit führt, die die für die Allgemeinheit gewünschte Folge seines Handelns überwiegt. Bei den Tatbeständen aus dem UWG handelt es sich um Sonderdeliktsrecht.²⁶⁾ Es ist nur konsequent, deswegen bei einer Abwägung auch (nur) darauf abzustellen, ob ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Abmahnenden vorliegt. Hier kommen insbesondere zwei Aspekte in Betracht: (1) Der Abmahner ist selbst gar nicht bereit, die Kosten einer Abmahnung zu bezahlen und hat daher mit seinem Anwalt eine Vereinbarung getroffen, dass gegen ihn keine Kosten geltend gemacht werden, sofern Ersatz vom Abgemahnten nicht erlangt werden kann; hierbei handelt es sich um einen Fall der Kollusion, also eines gezielten Zusammenwirkens des Abmahners mit seinem Anwalt zum Nachteil des Abgemahnten.²⁷⁾ Oder (2) es bestand von Anfang an keine Absicht, für den Fall der Nichtabgabe einer Unterlassungserklärung ein – freilich angedrohtes – gerichtliches Verfahren anzustrengen, weil etwa Ziel der Abmahnung nur die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung war, um später Vertragsstrafen geltend machen zu können; hierbei handelt es sich ebenfalls um Betrug.²⁸⁾

3. Enforcement und effet utile

Neben der Frage, ob die normierten Missbrauchsriterien überhaupt geeignet sind, einen Missbrauch im UWG zu indizieren, müssen weitere, übergeordnete Bedingungen bei der Rechtsdurchsetzung bedacht werden. Der Gesetzgeber ist bei der Gestaltung des UWG nämlich keineswegs frei, sondern unterliegt insbesondere den Vorgaben des supranationalen EU-Rechts.

Das Umsetzungsgebot gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und der in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Grundsatz der Gemeinschaftstreue²⁹⁾ beschränken den Spielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Umsetzung von Richtlinien ganz erheblich; die Mitgliedstaaten sind lediglich in der Wahl der Umsetzungsmittel frei,³⁰⁾ nicht hingegen in Bezug auf die Richtlinienziele. Maßgeblich ist neben dem Äquivalenz- und Transparenzgebot³¹⁾ vor allem der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz („effet utile“), also die Pflicht der Mitgliedstaaten, die Auslegung und Anwendung von Normen so zu gestalten, dass sie europarechtskonform sind.³²⁾ Durch die Auslegung darf die Norm also nicht ganz oder teilweise ihre Wirksamkeit verlieren,³³⁾ sondern es muss der

21) BGH, 22.02.1957 – I ZR 68/56, GRUR 1957, 23, 24 – Bündler Glas; OLG Stuttgart, 01.03.1996 – 2 U 205/95, NJW-RR 1996, 1515 f.

22) BGH, 24.09.2020 – I ZR 169/17, WRP 2021, 192 ff. – Verfügbare Telefonnummer; LG München, 16.01.2008 – 1 HK O 8475/07, MMR 2008, XXII, m. Anm. Buchmann; Gerstenberg, WRP 2011, 1116 ff.; zu Besonderheiten OLG Hamm, 03.05.2011 – I-4 U 9/11, GRUR-RR 2011, 329 ff.

23) BGH, 21.01.2021 – I ZR 17/18, WRP 2021, 746 ff. – Berechtigte Gegenabmahnung.

24) BGH, 21.01.2021 – I ZR 17/18, Rn. 45, bezeichnet dieses Vorgehen als „pragmatische Lösung“. Wenn man bedenkt, dass die Wiederholungsgefahr nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden kann, kann man dies auch anders sehen.

25) BGH, 11.05.2017 – I ZR 60/16, WRP 2017, 1328 ff. – Testkauf im Internet.

26) Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 3.

27) Vgl. Buchmann, WRP 2012, 1345, 1354; zur strafrechtlichen Relevanz OLG Köln, 14.05.2013 – III-1 RVs 67/13, WRP 2013, 1390 ff., m. abl. Anmerkung Buchmann; BGH, 08.02.2017 – 1 StR 483/16, GRUR 2017, 1046 f.

28) BGH, 08.02.2017 – 1 StR 483/16, GRUR 2017, 1046 f.

29) „Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

30) Ausdruck findet dieses Prinzip bspw. in Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 UGP-RL, nach dem es den Mitgliedstaaten vorbehalten ist, zu entscheiden, welchen Personen oder Organisationen in welchem Umfang die Befugnis zur Einleitung von Maßnahmen bei Wettbewerbsverstößen gestattet wird.

31) Das unionsrechtliche Transparenzgebot besagt, dass gesetzliche Regelungen auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müssen; vgl. etwa Sächsisches OVG, 13.12.2018 – 3 B 128/18, SächsVBl. 2019, 76 ff.

32) Hakenberg, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Aufl. 2021, „effet utile.“

33) Potacs, EuR 2009, 465, 466.

„Regelungszweck und das Gestaltungsziel bestmöglich erreicht werden.“³⁴⁾ Bereits im Jahr 1955 hat der EuGH entschieden, dass die wirksame Durchsetzung von EU-Recht als wesentlicher Anhaltspunkt bei der Auslegung und Anwendung von Verträgen gelten soll.³⁵⁾ Dies ist nach Ansicht des EuGH zur effektiven Durchsetzung von EU-Recht erforderlich.³⁶⁾ Auf diese Argumentation gestützt begründet der EuGH in seinem Urteil *Francovich* die Staatshaftung bei Verletzung von Unionsrecht.³⁷⁾ Das Unionsrecht lässt sich im Hinblick auf den Grundsatz der Effektivität anders nicht durchsetzen.³⁸⁾ Nach diesen Maßgaben hat der nationale Gesetzgeber vor jedem Umsetzungsakt zu prüfen, ob die umzusetzende Richtlinie nach ihrem Wortlaut und Zweck die Umsetzungsfreiheit begrenzt. Je detaillierter die Vorgaben in der Richtlinie selbst sind, desto geringer fällt der verbleibende Umsetzungsspielraum aus. Art. 13 der UGP-Richtlinie fordert wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen; einen nennenswerten Spielraum lässt die Regelung dem nationalen Gesetzgeber folglich nicht. Für die Gerichte folgt aus dem Effektivitätsgrundsatz bei der Umsetzung von Richtlinien die Pflicht, die Auslegung des nationalen Rechts in den Grenzen des gewährten Beurteilungsspielraums so weit wie möglich am Wortlaut und – vor allem – am Richtlinienzweck auszurichten.³⁹⁾

- 15 Art. 11 Abs. 1 der UGP-Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, dass diese geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorsehen, um die Richtlinie umzusetzen. Den Mitgliedstaaten wird dabei freigestellt, ob die Durchsetzung der Regelungen durch die öffentliche Hand (public enforcement) oder durch Private (private enforcement) erfolgt,⁴⁰⁾ solange die Ziele erreicht werden; bei den Zielen selbst wird ein nennenswerter Spielraum nicht eingeräumt. Inhaltliche Abweichungen von der UGP-Richtlinie sind wegen Art. 3 Abs. 5 UGP-Richtlinie nicht (mehr) zulässig.⁴¹⁾ Von der Möglichkeit einer Einschränkung der Rechte eines Wettbewerbers, weil sich sein Verhalten gegenüber dem abgemahnten Mitbewerber als rechtsmissbräuchlich erweist, spricht die Richtlinie gar nicht. Allerdings ist die Berufung auf europäische Rechtsvorschriften in betrügerischer oder missbräuchlicher Absicht nach ständiger Rechtsprechung des EuGHs (im Sinne eines übergeordneten Rechtssatzes) verboten.⁴²⁾

III. Umsetzungsdefizit durch die Novellierung?

- 16 Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs hatte die Eindämmung des Rechtsmissbrauchs zum Ziel und damit zwangsläufig eine Beschränkung der Rechtsdurchsetzung zur Folge. Europarechtskonform ist eine solche Maßnahme nach den oben dargestellten Vorgaben allerdings nur, wenn damit nicht das Richtlinienziel konterkariert wird.
- 17 Der Gesetzgeber hat sich für zwei Stellschrauben entschieden, um den Rechtsmissbrauch einzudämmen. Zum einen sollten mit § 8c Abs. 2 UWG die von der Rechtsprechung entwickelten Missbrauchstatbestände kodifiziert werden. Zum anderen wollte der Gesetzgeber bezüglich bestimmter Wettbewerbsverletzungen

den finanziellen Anreiz für Abmahnungen von vornherein reduzieren, und zwar „ohne die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern.“⁴³⁾ Knapp ein Jahr nach Inkrafttreten der Neuregelungen muss die Frage erlaubt sein, ob dieser Spagat wirklich gelungen ist, und wessen Interessen in welchem (zulässigen) Umfang eigentlich tatsächlich behindert werden.

1. Der neue Katalog der Missbrauchstatbestände in § 8c Abs. 2 UWG

Mit Spannung wurde erwartet, wie die Gerichte den Katalog der in § 8c Abs. 2 UWG aufgeführten Missbrauchstatbestände in ihrer Rechtsprechungspraxis umsetzen würden. Das Ergebnis ist auffallend unauffällig.

a) Vom Regelbeispiel zum Indiz

Der Regierungsentwurf zum Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs hatte zunächst noch unter Hinweis auf die erheblichen Beweisschwierigkeiten des Abgemahnten vorgesehen, dass es sich bei den aufgelisteten Missbrauchstatbeständen um Regelbeispiele handele, wobei der Anspruchsteller die Vermutung eines Missbrauchs entkräften könne.⁴⁴⁾ Dieses Verständnis hätte sehr wahrscheinlich⁴⁵⁾ zu einem sprunghaften Anstieg gerichtlich festgestellter Missbrauchsfälle geführt. Letztlich beschränkte sich der Gesetzgeber darauf, den in § 8c Abs. 2 UWG-E genannten Missbrauchstatbeständen über die Formulierung „ist im Zweifel anzunehmen“ lediglich eine Indizwirkung zukommen zu lassen. Es bleibt auch dabei, dass eine umfassende Würdigung der Gesamumstände erforderlich ist.⁴⁶⁾ Mit der Reduzierung des Regelbeispielcharakters auf eine bloße Indizwirkung hat der Missbrauchskatalog entgegen ersten Erwartungen⁴⁷⁾ praktisch keine Änderungen mit sich gebracht, wie ein Blick auf die bisherige Rechtsprechung der Instanzgerichte im Jahr 2021 belegt.⁴⁸⁾

b) Erste Einschätzung des BGH

Der BGH hatte bereits Anfang des Jahres 2021 Gelegenheit, sich zum neuen Recht zu äußern, und ließ keinen Zweifel daran, dass die Leitlinie für die Rechtsmissbrauchsprüfung nach wie vor die „Berücksichtigung der gesamten Umstände“ sei (§ 8c Abs. 1 UWG).⁴⁹⁾ Eine Verschiebung des Prüfungsmaßstabs zu Lasten des Abmahnenden lässt die Entscheidung nicht erkennen. Auch die Instanzrechtsprechung hat sich mehrheitlich⁵⁰⁾ darauf beschränkt, zwar auf die mittlerweile erfolgte Kodifizierung der

34) *Potacs*, EuR 2009, 465,466.

35) EuGH, 29.11.1956 – 8/55 – Fédération Charbonnière de Belgique.

36) Vgl. EuGH, 05.02.1963 – C-26/62, NJW 1963, 1751.

37) Vgl. EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, NJW 1992, 165.

38) Vgl. EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, NJW 1992, 165.

39) Vgl. EuGH, 10.04.1984 – 14/83, NJW 1984, 2021; EuGH, 27.04.2004 – C-397/01, NJW 2004, 3547; EuGH, 27.03.2014 – C-565/12, NJW 2014, 1941; BGH, 28.10.2015 – VIII ZR 13/12, MDR 2015, 1350 ff.; BGH, 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, MDR 2016, 1437 ff.

40) Vgl. ausführlich *Köhler*, WRP 2020, 803 ff.

41) *Micklitz/Namyslowksa*, in: *Müko-UWG*, 3. Aufl. 2020, UGP-Richtlinie Art. 3, Rn. 39 f.

42) Vgl. EuGH, 13.03.2014 – C-155/13, ABI EU 2014, Nr. C 135, 16; EuGH, 12.05.1998 – C-367/96, ZIP 1998, 1672; EuGH, 23.03.2000 – C-373/97, ZIP 2000, 663; EuGH, 21.02.2006 – C-255/02, DB 2006, 541; dazu auch *Knops*, Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands, 2021, S. 517 ff.

43) BT-Drs. 19/12084, S. 1.

44) BT-Drs. 19/12084, S. 29.

45) Der Regierungsentwurf nennt als angeblich geeignetes Beispiel zur Entkräftung der Vermutung, dass der Anspruchsteller (nur!) „nachvollziehbar darlegt, auf Grund welcher Umstände er davon ausgegangen ist, eine nach Nummern 3 bis 5 unangemessene Forderung rechtmäßig erheben zu dürfen“ (BT-Drs. 19/12084, S. 29). Ein solcher Vortrag genügt freilich nicht dem in § 292 ZPO verlangten Beweis des Gegenteils.

46) Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT-Drs. 19/22238, S. 17.

47) *Wagner/Kefferpütz*, WRP 2021, 151, 151.

48) Siehe dazu sogleich Rn. 20.

49) BGH, 21.01.2021 – I ZR 17/18, WRP 2021, 746, 749, Rn. 38 – Berechtigte Gegenabmahnung.

50) LG Bochum, 20.10.2020 – 16 O 156/19, juris; OLG Köln, 23.12.2020 – 6 U 74/20, WRP 2021, 377 ff.; LG Frankfurt a. M., 20.01.2021 – 2-06 O 186/20, juris; BGH, 21.01.2021 – I ZR 17/18, WRP 2021, 746 ff. – Berechtigte Gegenabmahnung; LG Dortmund, 16.02.2021 – 10 O 10/21, juris; OLG Brandenburg, 02.03.2021 – 6 U 83/19, K&R 2021, 435 ff.; OLG Hamm, 02.03.2021 – I 4 U 6/21, Magazindienst 2021, 472 ff.; OLG Hamm, 23.03.2021 – I 4 U 130/20, Magazindienst 2021, 654 ff.; OLG Nürnberg, 22.04.2021 – 3 U 700/21, WRP 2021, 944 ff.; OLG Frankfurt a. M., 12.05.2021 – 6 W 23/21, WRP 2021, 1088 ff.; OLG Frankfurt a. M., 27.05.2021 – 6 U 81/20, MDR 2021, 1068 ff.; OLG Celle, 31.05.2021 – 13 U 23/21, WRP 2021, 1328, 1329; LG Düsseldorf, 23.06.2021 – 12 O 180/18; OLG Hamm, 24.06.2021 – I-4 U 184/20, juris; OLG Frankfurt a. M., 13.07.2021 – 6 W 43/21, WRP 2021, 1333 ff.; OLG Hamm, 20.07.2021 – I-4 U 72/20, WRP 2021, 1346 ff.; OLG Frankfurt a. M., 21.07.2021 – 6 W 53/21, WRP 2021, 1338 ff.; LG Osnabrück, 23.07.2021 – 14 O 366/20, WRP 2021, 1368 ff. (nicht rechtskräftig).

Buchmann/Stillner, Wer missbraucht das UWG?

bisherigen Rechtsprechungspraxis durch Nennung des jeweils einschlägigen Indizientatbestands hinzuweisen. Die Prüfung richtete sich allerdings nach wie vor allein am Maßstab des § 8c Abs. 1 UWG aus. Im Vergleich zur Spruchpraxis nach altem Recht⁵¹⁾ haben die Gerichte jedenfalls nicht vermehrt eine rechtsmissbräuchliche Abmahntätigkeit festgestellt.⁵²⁾

c) Einordnung der Neuregelung

21 Die bislang zu § 8c Abs. 1, Abs. 2 UWG ergangenen Entscheidungen verdeutlichen, dass die Aufnahme eines Indizienkatalogs an Missbrauchstatbeständen zu keiner spürbaren Veränderung in der Rechtsprechungspraxis geführt hat und auch nicht führen wird; die Anwendung der Rechtsmissbrauchsregeln bleibt sehr restriktiv. Damit wird gleichzeitig die Sorge gemindert, dass der nationale Gesetzgeber mit einer unbillig erschwerten Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz unterlaufen könnte, wie das möglicherweise der Fall gewesen wäre, wenn an der ursprünglich vorgeschlagenen Vermutungswirkung und den daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten gemäß § 292 ZPO tatsächlich festgehalten worden wäre. In der Praxis beschränkt sich die Kodifizierung weitgehend darauf, die Gerichte daran zu erinnern, unter welchen Umständen der im Wege des Freibeweises von Amts wegen⁵³⁾ zu prüfende Einwand des Rechtsmissbrauchs greifen könnte. Denn schon nach alter Rechtslage war es Sache des Anspruchstellers, die für einen Rechtsmissbrauch sprechenden Indizien zu entkräften.⁵⁴⁾ Dass die herangezogenen Indizien für die Abwägung überwiegend unbrauchbar sind, wirkt sich daher praktisch nicht aus.

22 Ob eine reine Appellfunktion, die am Ende kaum mehr ist als ein rechtspolitisches Bekenntnis, die Forderung nach einer Eindämmung des Abmahnmisbrauchs tatsächlich ernst zu nehmen, den Aufwand einer Novellierung rechtfertigt, darf mit guten Gründen hinterfragt werden. Vieles spricht dafür, dass der Beispielskatalog bei dem ein oder anderen Abgemahnten die Hoffnung weckt, sich nun einfacher als bisher erfolgreich auf eine rechtsmissbräuchliche Abmahntätigkeit stützen zu können. Gemessen an der ratio legis des UWG wäre das nicht unproblematisch. Denn wenn der Abgemahnte erst im Prozess zu der Erkenntnis gelangte, dass sich an der bisherigen Rechtslage gar nichts geändert hat, würde er mit der Auferlegung der Kosten des Rechtsstreits das Gegenteil von dem erreichen, was der Gesetzgeber mit der Kostenentlastung⁵⁵⁾ eigentlich im Blick hatte.

23 Ungeachtet der praktischen Bedeutungslosigkeit zeigt die Lektüre der in § 8c Abs. 2 UWG genannten Tatbestände, dass diese die Interessen der Allgemeinheit nicht zum Gegenstand einer Abwägung machen. Einen Blick hinter die Kulissen des Abmahners verlangt nur § 8c Abs. 2 Nr. 2. Alt. UWG, nämlich „wenn anzunehmen ist, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko seines außergerichtlichen oder gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt“. Die übrigen Tatbestände beziehen sich auf das Verhältnis zwischen Abmahner und Abgemahntem. Sie sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht geeignet, die Interessen der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb aufzuwiegen. Für alle Tatbestände lässt sich das gleiche Argument heranziehen: Wenn

der Abgemahnte meint, dass von ihm zu viel verlangt werde, soll er eben nur eine Unterlassungserklärung abgeben, die ausreichend ist, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen, und dem Abmahner nur diejenigen Kosten erstatten, die er für angemessen hält. Sofern er dies nicht selbst einschätzen kann, muss er sich eben anwaltlichen Rat einholen. Der Abmahner erhält damit nur das, was ihm tatsächlich zusteht; was und auf welche Weise er mehr fordert, ist letztlich ohne Belang. Die Allgemeinheit profitiert von der Abmahnung ohne Einschränkung.

d) Künftig zu beachtende Kriterien

Das bedeutet indes nicht, dass es keinen Rechtsmissbrauch gibt; **24** er ist eben nur in der Sphäre des Abmahners verortet. Es ist jedenfalls nicht fernliegend, dass das Erfüllen einer der Tatbestände gleichzeitig im Innenverhältnis zwischen Abmahner und Anwalt eine Absprache über die Kosten oder die gerichtliche Weiterverfolgung der Ansprüche zur Folge hat. Hier muss die Rechtsprechung ansetzen, wie zuletzt (zwar bei einem Verband, aber in der Sache identisch gelagert) bereits geschehen, indem von den Gerichten umfangreiche Auskunft über das Innenverhältnis verlangt wurde.⁵⁶⁾

2. Die Eindämmung finanzieller Anreize nach §§ 13, 13a UWG

Ungleich mehr Kritik verdient die zweite Stellschraube, mit der der Gesetzgeber über die Neuregelungen in §§ 13, 13a UWG den Rechtsmissbrauch eindämmen möchte, nämlich die Verringerung finanzieller Anreize.⁵⁷⁾ Die in guter Absicht aufgenommenen Neuregelungen werfen die Frage auf, ob die konkret gewählten Maßnahmen nicht über das Ziel hinausschießen und damit – jedenfalls in ihrer Gesamtheit – ein Defizit bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie begründen. **25**

a) Verzicht auf das Erfordernis einer Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG)

Korrespondierend mit dem Rechtsmissbrauchstatbestand in § 8c Abs. 2 Nr. 1 UWG hat sich der Gesetzgeber mit § 13a Abs. 2 UWG entschieden, unter bestimmten Voraussetzungen auf das Erfordernis eines Vertragsstrafenversprechens zu verzichten. Welche Folgen diese vom Gesetzgeber gewährte Privilegierung hat, verdeutlicht ein in einem Verfügungsverfahren ergangener Beschluss des OLG Schleswig.⁵⁸⁾ Die Entscheidung offenbart die Kollateralschäden, zu denen der gesetzgeberische Versuch einer Eindämmung des Rechtsmissbrauchs führt. **26**

aa) Beschluss des OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21

In seinem Beschluss musste sich das OLG Schleswig mit der Frage auseinandersetzen, ob an dem Erfordernis der Strafbewehrung zur Widerlegung der vermuteten Wiederholungsgefahr⁵⁹⁾ in einem Fall festgehalten werden könne, in dem nach der Neuregelung der Verletzungsschuldner nicht verpflichtet ist, über das reine Unterlassungsversprechen hinaus die Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung anzubieten. Außergerichtlich hatte der dortige Verfügungsbeklagte zwar eine Unterlassungserklärung abgegeben, allerdings unter Hinweis auf § 13a Abs. 1, Abs. 2 UWG ohne Vertragsstrafenversprechen. Der Unterlassungsgläubiger reagierte wiederum mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, der jedoch vom LG Lüneburg⁶⁰⁾ mit der Begründung zurückgewiesen wurde, der Ver-

51) Für einen Überblick zur obergerichtlichen Rechtsprechung in 2020 vgl. *Meinhardt*, WRP 2021, 852, 861 f.

52) So wurde von gerade einmal zwei der in Fn. 50 aufgeführten Gerichte Rechtsmissbrauch bejaht: LG Dortmund, 16.02.2021 – 10 O 10/21, MMR 2021, 656; LG Osnabrück, 23.07.2021 – 14 O 366/20, WRP 2021, 1368 (nicht rechtskräftig); vgl. auch hierzu insgesamt *Hohlweck*, WRP 2021, 719 Rn. 11 ff.

53) *Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 8c Rn. 42 m. w. N.

54) *Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 8c Rn. 12; *Hohlweck*, WRP 2020, 266, 269; BGH, 17.11.2005 – 1 ZR 300/02, WRP 2006, 354, 356, Rn. 21 – MEGA SALE.

55) BT-Drs. 19/12084, S. 1.

56) OLG Stuttgart – 2 U 8/20 (Verfahren durch Berufungsrücknahme beendet); OLG Stuttgart, 23.09.2021 – 2 U 418/19 (nicht rechtskräftig); OLG Köln – 6 U 117/20 (Verfahren nicht abgeschlossen); an allen Verfahren waren/sind die Autoren als Prozessvertreter auf Unternehmensseite beteiligt.

57) BT-Drs. 19/12084, S. 1.

58) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950 ff.

59) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 3), § 8 Rn. 1.43 f. m. w. N.

60) LG Lüneburg, 09.02.2021 – 13 HKO 3/21, openJur 2021, 23921.

letzungsschuldner habe die vermutete Wiederholungsgefahr durch eine Unterlassungserklärung ohne Vertragsstrafenversprechen beseitigen können. Andernfalls würden, so das Gericht, Sinn und Zweck von § 13 Abs. 1 UWG unterlaufen, wenn der Abgemahnte die vermutete Wiederholungsgefahr nicht bereits außergerichtlich durch die Abgabe einer ernsthaften „einfachen“ Unterlassungserklärung (also ohne Vertragsstrafenversprechen) erfolgreich beseitigen könne.⁶¹⁾ Denn die Gesetzesänderung bezwecke schließlich, in den in § 13 Abs. 4 UWG genannten Fällen den jeweiligen Schuldner von hohen Kosten durch Vertragsstrafen und der gerichtlichen Verfahren zu entlasten. Dieser Intention des Gesetzgebers widerspreche es, wenn der Verletzer beim ersten Verstoß der Gefahr ausgesetzt wäre, dass ein Unterlassungsanspruch gerichtlich durchgesetzt würde.⁶²⁾

28 Das OLG Schleswig hat die angegriffene Entscheidung bestätigt und ausgeführt, unter den in § 13a Abs. 2 UWG genannten Voraussetzungen dürfe an dem Erfordernis der Strafbewehrung zur Widerlegung der vermuteten Wiederholungsgefahr nicht mehr festgehalten werden; andernfalls wäre es dem Verletzer unmöglich, die Vermutung der Wiederholungsgefahr im unmittelbaren Verhältnis zum Gläubiger zu widerlegen und auf diese Weise eine außergerichtliche Streitbeilegung herbeizuführen, was vom Gesetzgeber nicht gewollt sein könne.⁶³⁾

bb) Wegfall der Wiederholungsgefahr ohne Strafbewehrung?

29 Mit seiner Entscheidung stellt sich das OLG Schleswig gegen die überwiegende Ansicht in der Literatur,⁶⁴⁾ nach der in den Fällen des § 13a Abs. 2 UWG eine außergerichtliche Streitbeilegung nicht mehr möglich sei, eben weil die Wiederholungsgefahr nach einhelliger Rechtsprechung des BGH ausschließlich durch das Versprechen einer Vertragsstrafe ausgeräumt werden könne. Gleichzeitig wendet sich der Senat gegen die ganz herrschende Meinung,⁶⁵⁾ dass die Wiederholungsgefahr nicht teilbar ist. Seine Entscheidung offenbart eindrucksvoll das Dilemma, das die Neuregelung des § 13a Abs. 2 UWG mit sich bringt: Es wäre in der Tat ein merkwürdiges Ergebnis, wenn auf der einen Seite der Gesetzgeber erklärtermaßen⁶⁶⁾ gerade die Entlastung des Verletzungsschuldners mit Kosten im Blick hatte, andererseits aber eben dieser bewusste Verzicht auf eine Vertragsstrafe regelmäßig zu einer Belastung mit Gebühren aus einer gerichtlichen Inanspruchnahme führen würde.⁶⁷⁾ In der Sache zutreffend gibt das OLG Schleswig außerdem zu bedenken, dass das Mittel einer Initiativunterwerfung gegenüber einem Dritten schließlich nicht immer ein geeigneter Weg sei, um den Verletzungsschuldner aus dem oben beschriebenen Dilemma zu führen; denn der Dritte sei selbstverständlich nicht verpflichtet, das Angebot auf Abschluss des Unterlassungsvertrags anzunehmen, zumal ohnehin nicht erkennbar sei, dass der Gesetzgeber dem Schuldner diesen erschwerten Weg der Initiativunterwerfung habe auferlegen wollen.⁶⁸⁾

30 Die Argumentation des OLG Schleswig überzeugt zwar bei allein teleologischer Betrachtung sofort: Privilegiert der Gesetzgeber über den Verzicht auf die Notwendigkeit einer Strafbewehrung einen bestimmten Unterlassungsschuldner, darf er diesen nicht

gleichzeitig dem Risiko eines ungleich kostenintensiveren Gerichtsverfahrens aussetzen, mit dem die Wiederholungsgefahr ausgeräumt werden müsste. Allerdings stößt der Senat mit seiner Begründung auf beachtliche dogmatische Hürden. Kehrseite der unteilbaren⁶⁹⁾ Wiederholungsgefahr ist nämlich die Wirkung einer abgegebenen Unterlassungserklärung, den Rechtsstreit nicht nur inter partes zu erledigen, sondern erga omnes.⁷⁰⁾ In der Konsequenz muss das OLG Schleswig deshalb, wenn es ausnahmsweise die Abgabe einer Unterlassungserklärung ohne Strafbewehrung für ausreichend erachtet, auch die Ausräumung der Wiederholungsgefahr gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern bejahen. Andernfalls würde die Abgabe einer solchen „einfachen“ Unterlassungserklärung gerade nicht den vom Senat angestrebten Zweck erfüllen, die Angelegenheit für den Unterlassungsschuldner endgültig – also auch im Verhältnis zu den in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis Nr. 4 UWG Anspruchsberechtigten – zu erledigen.

cc) Gefahr von Schutzlücken

Zu welchen Schutzlücken diese vom OLG Schleswig angenommene Ausnahme führen kann, soll an folgendem Beispielfall verdeutlicht werden: Unterlassungsschuldner S wird wegen des Fehlens einer Grundpreisangabe im Onlineshop von der Wettbewerbszentrale und gleichzeitig von einem Wettbewerber abgemahnt. Es wird S zu empfehlen sein, sich gegenüber dem Mitbewerber zu unterwerfen. Denn (nur) auf diese Weise kann S das von jedem Verletzungsschuldner gefürchtete Damoklesschwert einer Vertragsstrafe für den Fall einer schuldhaften Zuwiderhandlung vermeiden.

Nach Auffassung des OLG Schleswig müsste dieser Weg problemlos möglich sein. Schließlich soll die Abgabe einer „einfachen“ Unterlassungserklärung in den vom Gesetzgeber neu geregelten Fällen ausnahmsweise geeignet sein, die Wiederholungsgefahr erga omnes zu beseitigen, also auch im Verhältnis zur Wettbewerbszentrale. Ein Grund, weshalb S daran gehindert wäre, von diesem Wahlrecht⁷¹⁾ Gebrauch zu machen, ist nicht ersichtlich.

Wenn die „einfache“ Unterlassungserklärung in ihrer Eignung, die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen, der strafbewehrten Unterlassungserklärung gleichstellt ist, drängt sich zwangsläufig die Frage auf, ob der Unterlassungsschuldner dann nicht auch konsequenterweise dieses Privileg zum Zwecke einer Drittunterwerfung⁷²⁾ für sich erfolgreich nutzen, sich also für die Abgabe eines Unterlassungsversprechens einen Mitbewerber „aussuchen“ könnte, der nach § 13a Abs. 2 UWG keine Strafbewehrung verlangen dürfte. Das Argument in der Rechtsprechung, dass einer solchen Drittunterwerfung die Ernsthaftigkeit fehle, falls Zweifel an der Bereitschaft des Gläubigers bestünden, dem Vertragsstrafenversprechen Geltung zu verschaffen⁷³⁾ bzw. die Sanktionsmöglichkeiten auszuschöpfen,⁷⁴⁾ kann jedenfalls in diesem Kontext keine Rolle spielen, nachdem der Verletzungsschuldner zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr gerade keine Vertragsstrafe versprechen muss. Man kann dem Unterlas-

61) Vgl. zu den tragenden Erwägungen des Erstgerichts OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 7.

62) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 7.

63) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 14.

64) *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 3), § 13 Rn. 105a, § 13a Rn. 18 f.; Möller, NJW 2021, 1, 7; *Ulrici*, WRP 2019, 1117, 1120; *Hofmann*, WRP 2021, 1, 3; *Buchmann/Panfilii*, K&R 2021, 21, 25.

65) BGH, 02.12.1982 – I ZR 121/80, WRP 1983, 264, 265 – Wiederholte Unterwerfung; KG, 19.02.2013 – 5 U 56/11, GRUR-RR 2013, 335, 336; *Ulrici*, WRP 2019, 1117, 1120.

66) BT-Drs. 19/12084, S. 1.

67) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 18.

68) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 20.

69) BT-Drs. 19/12084, S. 1; BGH, 02.12.1982 – I ZR 121/80, WRP 1983, 264 – Wiederholte Unterwerfung I.

70) *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 3), § 13 Rn. 139; OLG Jena, 27.07.2011 – 2 U 303/11, Magazindienst 2011, 915 ff.; BGH, 02.12.1982 – I ZR 121/80, WRP 1983, 264 – Wiederholte Unterwerfung I.

71) Nachdem die Unterlassungsansprüche inhaltlich auf das gleiche Ziel gerichtet sind, gelten die Regeln über die Gesamtgläubigerschaft (§§ 428 ff. BGB), vgl. *Köhler/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 3), § 8 Rn. 3.3.

72) Vgl. instruktiv *Strömer/Grootz*, WRP 2008, 1148, 1150 ff.; zu den strengen Voraussetzungen, die an eine die Wiederholungsgefahr auszuräumende Drittunterwerfung zu stellen sind; vgl. zuletzt zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht BGH, 04.12.2018 – VI ZR 128/18, WRP 2019, 481, 483, m. w. N.

73) BGH, 22.06.1989 – I ZR 120/87, WRP 1990, 319, 320 – Gruppenprofil.

74) BGH, 04.12.2018 – VI ZR 128/18, WRP 2019, 481, 483.

sungsschuldner seriöserweise nicht unterstellen, sein Unterlassungsversprechen sei nicht ernst gemeint, nur weil der Unterlassungsschuldner sich auf die Erklärung beschränkt, die das Gesetz von ihm eben nun einmal verlangt.

dd) *Verzicht auf eine „abschreckende Sanktion“?*

- 34 Über die eben dargestellten rechtsdogmatischen Widersprüche nach nationalem Recht mag man noch hinwegsehen können. Keinen Gestaltungsspielraum hat der nationale Gesetzgeber indes bei der Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 und Art. 13 UGP-Richtlinie. Nach der letztgenannten Vorschrift sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie Sanktionen festzulegen, wobei diese Sanktionen nicht nur wirksam und verhältnismäßig sein müssen, sondern außerdem „abschreckend“. Eine „Sanktion“ droht aber bei Abgabe einer „einfachen“ Unterlassungserklärung schon begrifflich nicht, erst recht keine, die „abschreckend“ ist. Denn wenn der Verletzungsschuldner für den Fall einer Zuwiderhandlung keine Vertragsstrafe fürchten muss, wird ihm – wenn man so will – ein „Freischuss“ gewährt. Das ist das Gegenteil von einer abschreckenden Sanktion, wie es Art. 13 UGP-Richtlinie verlangt, zumal noch nicht einmal ergänzend auf Straf- oder Ordnungsvorschriften zurückgegriffen werden kann.⁷⁵⁾
- 35 Inwieweit das vom Gesetzgeber geduldete bloße Versprechen des Abgemahnten, sich künftig nicht mehr in der beanstandeten Weise zu verhalten, überhaupt eine „Sanktion“ i. S. v. Art. 13 UGP-Richtlinie sein kann, dazu noch eine „abschreckende“, thematisiert das OLG Schleswig nicht. Stattdessen verneint es in seinem Beschluss einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 und Art. 13 UGP-Richtlinie mit der knappen Begründung, dass es einem Mitbewerber schließlich nach wie vor möglich sei, im Falle von Wettbewerbsverletzungen gerichtlich vorzugehen oder sich schon vorgerichtlich an einen qualifizierten Wirtschaftsverband zu wenden, der für ihn die Abmahnung aussprechen möge.⁷⁶⁾
- 36 Vor allem das letztgenannte Argument überrascht. Denn nur zwei Absätze zuvor erinnert der Senat im Zusammenhang mit der Abgabe einer Initiativunterwerfung noch selbst und richtig daran, dass der Dritte nicht verpflichtet sei, das Angebot zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung anzunehmen.⁷⁷⁾ Mehr noch: Wenn beispielsweise die Wettbewerbszentrale als federführender Verband zur Durchsetzung von Mitbewerberinteressen schon vor über zehn Jahren klaggestellt hat, Unterwerfungserklärungen nicht mehr anzunehmen, weil diese Praxis zu einem nicht mehr vertretbaren Ausmaß geführt habe,⁷⁸⁾ wird der Unterlassungsgläubiger eine solche Ablehnung erst recht erwarten müssen, wenn die Wettbewerbszentrale nun – mit einem ungleich höheren Aufwand – eine Abmahnung aussprechen soll.
- 37 Dazu kommt, dass der Mitbewerber mutmaßlich sehr viel genauer als ein Wettbewerbsverband überprüfen wird, ob sich sein Konkurrent künftig rechtstreu verhält. Zwar könnte der Mitbewerber die Überwachung nach wie vor selbst leisten; die Durchsetzung der Vertragsstrafe, sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach, wäre allerdings Sache (allein) des Wettbewerbsverbandes, der mit Rücksicht auf beschränkte Ressourcen (Geldmittel und Personal) ein Einschreiten naturgemäß sehr genau überprüfen wird.

75) Vgl. OLG Stuttgart, 30.04.2020 – 13 U 410/19, juris, wonach das europarechtliche Gebot abschreckender Sanktionen im deutschen Recht „regelmäßig“ dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehalten sei.

76) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 21 f.; ebenso bereits Hofmann, WRP 2021, 1, 3; BT-Drs. 19/12084, S. 32.

77) OLG Schleswig, 03.05.2021 – 6 W 5/21, WRP 2021, 950, 951, Rn. 20.

78) OLG Frankfurt, 09.10.2008 – 6 U 128/08, Rn. 3.

Der Verweis des OLG Schleswig an einen qualifizierten Wirtschaftsverband hat aus Sicht des Unterlassungsgläubigers aber auch noch einen weiteren Nachteil: So mag man auf den ersten Blick meinen, dass im Falle einer Zuwiderhandlung gegen den mit dem Wirtschaftsverband geschlossenen Unterlassungsvertrag der Unternehmer zumindest jetzt aus eigenem Recht gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vorgehen und – endlich – die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verlangen könnte. Dem ist aber nicht so. Denn § 13a Abs. 2 UWG stellt klar, dass die Vereinbarung einer Vertragsstrafe „bei einer erstmaligen Abmahnung bei Verstößen nach § 13 Abs. 4 UWG ausgeschlossen“ ist, wobei es nach dem Wortlaut im Regierungsentwurf⁷⁹⁾ auf das konkrete Mitbewerberverhältnis ankommen soll. Eine vorausgegangene Abmahnung seitens des Mitbewerbers gibt es aber nicht; diese Aufgabe hat ja gerade der Wirtschaftsverband übernommen. Der abmahnbefugte Mitbewerber muss deshalb nach wie vor von der Absicherung des Unterlassungsversprechens durch eine Vertragsstrafe absehen.

ee) *Zwischenergebnis*

Zusammengefasst offenbart der vom OLG Schleswig eingenommene (und mit Blick auf den Gesetzeszweck konsequente) Standpunkt, die Abgabe einer „einfachen“ Unterlassungserklärung räume ausnahmsweise die Wiederholungsgefahr vollständig aus, dass der nationale Gesetzgeber mit § 13a Abs. 2 UWG dem Effektivitätsprinzip nach Art. 13 UGP-Richtlinie zuwider handelt. Denn erstens ist der vom nationalen Gesetzgeber gewährte „Freischuss“ das Gegenteil von einer „abschreckenden“ Sanktion. Zweitens geht der Verweis des Mitbewerbers an Verbände, die für ihn die Abmahntätigkeit übernehmen sollen, an der Realität vorbei. Schließlich gibt es drittens auch keine Straf- bzw. Bußgeldvorschriften, die das private enforcement im Zusammenhang mit den hier in Rede stehenden Wettbewerbsverstößen flankieren würden.

b) Ausschluss des Kostenerstattungsanspruchs (§ 13 Abs. 4 UWG)

Mit § 13 Abs. 4 UWG hat der Gesetzgeber trotz berechtigter Kritik⁸⁰⁾ an seinem Weg festgehalten, in bestimmten Verletzungsfällen dem abmahnenden Mitbewerber einen Kostenerstattungsanspruch ausnahmslos zu verwehren. Dieser Schritt begegnet ganz erheblichen Bedenken.

aa) *Abmahnung im Generalverdacht des Rechtsmissbrauchs*

Zwar bekräftigt der Gesetzgeber, mit dem Ausschluss von Kostenerstattungsansprüchen die seriösen *Akteure* nicht unbillig behindern zu wollen.⁸¹⁾ Allerdings blendet er dabei das überragende Richtlinienziel aus, das dort gleich an sieben Stellen⁸²⁾ betont wird, nämlich für ein „hohes Verbraucherschutzniveau“ zu sorgen. Richtigerweise kann es daher mit Blick auf die Kategorie von Verstößen, in denen Kostenerstattungsansprüche ausgeschlossen sind, schon per se nicht auf einen Interessenausgleich der Mitbewerber untereinander ankommen; denn die in § 13 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG genannten Informations- und Kennzeichnungspflichten sowie Datenschutzvorschriften⁸³⁾ dienen allenfalls am Rande dem Unternehmer; sie schützen in erster Linie den Verbraucher.

79) Vgl. RegE BT-Drs., S. 33: „Absatz 2 schließt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit einem Mitbewerber aus, wenn der *Mitbewerber* erstmalig eine Verpflichtung zur Unterlassung in Fällen des § 13 Absatz 4 UWG-E fordert.“; kritisch mit Blick auf Sinn und Zweck der Regelung Buchmann/Panfilii, K&R 2021, 20, 23.

80) Köhler, WRP 2019, 1550, 1551 f.

81) BT-Drs. 19/12084, S. 1.; vgl. dazu auch Motejl/Rosenow, WRP 2021, 699 ff.

82) Erwägungsgründe 1, 5, 11, 20, 23 und 24 sowie Art. 1 UGP-Richtlinie.

83) Die äußerst umstrittene Frage, ob Mitbewerber Datenschutzverstöße durch Konkurrenten wettbewerbsrechtlich verfolgen dürfen, soll an dieser Stelle dahinstehen. Vgl. zum Meinungsstand Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 3), § 3a Rn. 1.74d.

- 42** § 13 Abs. 4 UWG stellt in seiner Wirkung den abmahnenden Mitbewerber unter den Generalverdacht, mit der Abmahnung keine redlichen Absichten zu verfolgen. Denn wo in § 13a Abs. 2 UWG der Ausschluss einer Vertragsstrafenvereinbarung lediglich bei (vermeintlich) geringfügigen Verstößen greift, und zwar auch nur im Falle von „Erstabmahnungen“ gegenüber einem Wettbewerber mit in der Regel weniger als 100 Mitarbeitern, kennt § 13 Abs. 4 UWG kein vergleichbares Korrektiv. Der Kostenersatzanspruch des abmahnenden Mitbewerbers entfällt ausnahmslos. Eine Überprüfung, ob beispielsweise die wirtschaftliche Bedeutung des Abgemahnten oder die Beharrlichkeit von Wettbewerbsverstößen zu einer Rückausnahme führen (müssen), ist nicht vorgesehen. In der Zusammenschau mit den Gesetzesmaterialien und der dort vorgenommenen Einordnung als „nur formale Rechtsverstöße“⁸⁴⁾ liegt der Verdacht nahe, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, ein Mitbewerber habe grundsätzlich kein anerkanntes Interesse an der Einhaltung von gesetzlichen Informations- und Kennzeichnungspflichten.
- 43** Eine solche Wertung wäre verfehlt. Unterlässt es beispielsweise ein Onlinehändler, einen Verbraucher über das diesem zustehende Widerrufsrecht zu belehren, hat der rechtstreue Mitbewerber ein ganz erhebliches Interesse daran, sich gegen diesen unzulässigen Wettbewerbsvorteil seines Konkurrenten zu wehren. Nach der Regelung des § 13 Abs. 4 UWG müsste er gleichwohl die Kosten aus der Abmahnung wegen des Verstoßes gegen die Pflicht zur Information über das gesetzliche Widerrufsrecht selbst tragen – obwohl die Abmahnung berechtigt ist, keinerlei Anzeichen für eine missbräuchliche Abmahntätigkeit vorliegen und angesichts der Bedeutung dieser Wettbewerbsverzerrung von einem „nur formalen Rechtsverstoß“ keine Rede sein kann. Die bagatellisierende These des Gesetzgebers, der Verstoß gegen Informationspflichten sei nur „formaler“ Natur, erweist sich als *petitio principii*, die es verdient hätte, vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens hinterfragt zu werden.
- 44** Noch weniger ist einzusehen, weshalb das Privileg für den Verletzer selbst bei mehrfacher Inanspruchnahme gelten soll, nachdem – anders als in § 13a Abs. 2 UWG – das Merkmal einer „erstmaligen“ Abmahnung in § 13 Abs. 4 UWG keine Rolle spielt. Nicht selten muss ein Unternehmer fortgesetzt gegen seinen Konkurrenten vorgehen, weil dieser sich – sei es vorsätzlich, sei es aus Nachlässigkeit – beharrlich weigert, seinen Informationspflichten nachzukommen. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber Ursache und Wirkung auseinandergelassen und seine massive Beschränkung nicht allein mit dem banalen Hinweis begründet hätte, dass ja schließlich ein Großteil der Abmahnungen von Wettbewerbern wegen Verstößen im Online-Handel ausgesprochen werde.⁸⁵⁾
- bb) „Under-enforcement“ im Verbraucherschutz als gebilligter Kollateralschaden*
- 45** Der auf den ersten Blick überzeugende Einwand, einem Unternehmer, der wegen der Kostenbelastung auf eine Abmahnung gegen seinen Konkurrenten verzichte, sei die Rechtsdurchsetzung ja dann wohl auch nicht so wichtig, unterstreicht in Wahrheit den Vorwurf eines vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Kollateralschadens. In der Praxis deutet sich nämlich bereits an, dass Mitbewerber auf die Rechtsdurchsetzung im Bereich der Informations- und Kennzeichnungspflichten zunehmend verzichten. Bei monetärer Betrachtung verwundert das auch nicht, soll der Unternehmer ja schließlich – wie bereits nach alter Rechtslage – nicht nur an der Abmahnung nichts verdienen,

sondern – wie nach neuer Rechtslage – plötzlich auch noch die mit dem Ausspruch der Abmahnung verbundenen Kosten selbst tragen. Welchem Unternehmer will man es unter diesen Umständen verübeln, den Wettbewerbsverstoß seines Konkurrenten dann eben zu dulden?⁸⁶⁾

Ein solches Ergebnis offenbart ein Umsetzungsdefizit.⁸⁷⁾ Denn damit gerät aus dem Blick, wer eigentlich Schutzsubjekt der in § 13 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG genannten Vorschriften ist, nämlich nicht der Unternehmer, sondern der Verbraucher. Der Gesetzgeber hat den Mitbewerber dazu erkoren, (auch) den Verstoß gegen Marktverhaltensvorschriften zu verfolgen, die weniger die Unternehmerinteressen als vielmehr den Verbraucherschutz im Blick haben. Diesen Auftrag darf er nicht entwerten, indem er die Rechtsverfolgung in einer Weise erschwert, dass von der ursprünglichen Zielsetzung, die Marktregeln durchzusetzen und damit auch dem Verbraucherschutz zu dienen, wenig übrigbleibt. Wer soll denn neben dem (angeblich desinteressierten) Mitbewerber den Wettbewerbsverstoß effektiv verfolgen? Diese Aufgabe bleibt nach dem UWG nur noch den Wirtschaftsvereinen, qualifizierten Einrichtungen oder Industrie-, Handels- und Handwerkskammern überlassen.⁸⁸⁾ Mit der Einführung von § 8b UWG hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen an die Abmahnungsbefugnis der betreffenden Wirtschaftsverbände allerdings deutlich verschärft; ab dem 01.12.2021 gilt dies im Übrigen auch für die Wettbewerber, die dann „Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich“ vertreiben oder nachfragen müssen, um überhaupt noch aktiv legitimiert zu sein. Die Bezugnahme auf eine notwendige „personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung“ (§§ 8, Abs. 3 Nr. 2, 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG) verlangt vom Wirtschaftsverband eine Abmahntätigkeit mit Augenmaß. Nichts anderes gilt für die in § 8 Abs. 3 Nr. 3, Nr. 4 UWG genannten Institutionen. Die Hoffnung, diese Institutionen könnten das Durchsetzungsdefizit auffangen, bleibt damit natürlich Wunschdenken.⁸⁹⁾

Schließlich kennt die UGP-Richtlinie auch keine Abstufung des Schutzniveaus bei Informations- und Kennzeichenvorschriften, wie sie der nationale Gesetzgeber vornimmt. Im Gegenteil: Art. 7 Abs. 5 UGP-Richtlinie sieht ausdrücklich vor, dass die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen, auf die in der Liste des Anhangs II verwiesen wird, unwiderleglich „als wesentlich“ gelten. Diese Einordnung missachtet der Gesetzgeber, wenn er zwar wegen des Vorrangs supranationalen Rechts gehalten ist, diesen „wesentlichen“ Informationspflichten im nationalen Recht Geltung zu verschaffen, allerdings von einer effektiven Rechtsdurchsetzung absieht, indem er den in der Praxis mit Abstand bedeutsamsten Anspruchsberechtigten (Mitbewerber) faktisch von einer Verfolgung ausklammert. Die deutsche Rechtsordnung hat sich für das private enforcement zur Überwachung des lautereren Wettbewerbs entschieden. Dieses Prinzip muss der Gesetzgeber konsequent einhalten und darf nicht die Instrumente für eine effektive Rechtsdurchsetzung in einer Weise verändern, dass zu Lasten des Verbraucherschutzes das Regel-Ausnahme-Verhältnis, nur rechtsmissbräuchliche Abmahnungen zu unterbinden, ins Gegenteil verkehrt wird.

86) Das bewerten *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1373, und *Hofmann*, WRP 2021, 1, 3 f., mit ihrem Einwand anders, eine effiziente Rechtsdurchsetzung sei nicht ausgeschlossen, weil neben den zur Kostenersatzung berechtigten Verbänden Mitbewerber ja durchaus abmahnen könnten, nur eben auf eigene Kosten.

87) A. A. *Hofmann*, WRP 2021, 1, 3.

88) So auch die Empfehlung im RegE, BT-Drs. 19/12084, S. 32: „Alternativ können sich Wettbewerber an einen qualifizierten Wirtschaftsverband wenden, der für sie eine Abmahnung aussprechen kann.“

89) Kritisch auch *Wagner/Kefferpütz*, WRP 2021, 151, 156.

84) BT-Drs. 19/12084, S. 1.

85) BT-Drs. 19/12084, S. 32.

IV. Fazit

- 48 Der Gesetzgeber hat mit den Neuregelungen die gute Absicht verfolgt, den Abmahnmissbrauch einzudämmen. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Änderungen entweder keine spürbaren Auswirkungen haben (§ 8c Abs. 1, Abs. 2 UWG) oder zu kurz gedacht sind (§§ 13, 13a UWG). Das neue Recht schränkt die Abmahnbefugnis von Mitbewerbern dramatisch ein, indem es diesen nicht nur Anreize nimmt, sondern sogar Hürden auferlegt, Verstöße gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten effektiv zu verfolgen.
- 49 Der „kleine“ Unternehmer wird geschont, verbunden mit einem deutlichen Signal: Ihr könnt nicht alles richtig machen, und das wird auch nicht erwartet! Statt sich dafür einzusetzen, die überbordenden und rechtspolitisch umstrittenen Informations- und Kennzeichnungspflichten einzudämmen, löst der nationale Gesetzgeber das Problem einfach selbst auf der, wenn man so will, Rechtsfolgenseite. Diese Befugnis steht ihm jedoch nicht zu. Er

hat sich ursprünglich aus gutem Grund für ein private enforcement entschieden; denn effizienter als ein Wettbewerber wird niemand das Lauterkeitsrecht durchsetzen. Diesen Auftrag darf er dann aber nun nicht durch die Hintertür entwerfen, ohne gleichzeitig zu gewährleisten, dass eine effektive Rechtsdurchsetzung auf andere Weise sichergestellt ist. Die Erwartung, andere Anspruchsberechtigte würden im Falle von Hemmnissen in der Person des Mitbewerbers einspringen, geht jedenfalls an der Lebenswirklichkeit vorbei.

Mit den hier kritisierten Neuregelungen hat der Gesetzgeber nicht nur den seriös agierenden Mitbewerbern einen Bärendienst erwiesen. Darüber hinaus erweist sich die Novellierung in Teilen als echtes „under-enforcement“ bei der Durchsetzung von Verbraucherschutzvorschriften. Die neuen Regelungen zur Eindämmung des Rechtsmissbrauchs müssen daher vom Gesetzgeber dringend überdacht und von der Rechtsprechung zurückhaltend angewandt werden – ggf. verbunden mit einer Vorlage an den EuGH.

Prof. Dr. Inge Scherer, Würzburg*

Irreführung durch Rechtsverfolgung bei nicht bestehender Forderung

INHALT

- I. Einleitung
- II. Die jüngere Rechtsprechung
- III. Mögliche Fallkonstellationen
 1. Außergerichtliche Geltendmachung
 2. Gerichtliche Geltendmachung
- IV. Beurteilung aufgrund der jüngeren Rechtsprechung
 1. Gerichtliche Geltendmachung
 2. Außergerichtliche Geltendmachung
 - a) Angabe i. S. d. § 5 Abs. 1 UWG
 - b) Grundlagen für die Differenzierung
 - c) Fehlen eines Bestellvorgangs durch den Verbraucher
 - d) Vorhandensein eines Bestellvorgangs durch den Verbraucher
- V. Ergebnis

I. Einleitung

- 1 Seit der BGH-Entscheidung „Identitätsdiebstahl“¹⁾ geht auch die OLG-Rechtsprechung mittlerweile davon aus, dass eine Zahlungsaufforderung gegenüber einem Verbraucher, der die in Rechnung gestellten Produkte nicht bestellt hat, eine wegen Irreführung unzulässige geschäftliche Handlung gem. § 3 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 1 UWG ist. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Unternehmer gutgläubig von einer Bestellung ausgeht und sich ein Risiko verwirklicht hat, das außerhalb seiner Risikosphäre liegt:²⁾ Vielmehr ist nach dieser Rechtsprechung ausschließlich

relevant, dass eine Bestellung des Verbrauchers und damit eine bestehende Entgeltforderung nicht vorhanden ist.

Diese gegenüber der früheren Rechtsprechung³⁾ geänderte Risikoverteilung hat Konsequenzen, die über die besagten Judikate deutlich hinausreichen: Ausdrücklich geht der BGH nun davon aus, dass eine unzulässige geschäftliche Handlung auch dann vorliegt, wenn die Ware von einem Dritten unter dem Namen des Empfängers bestellt wurde oder wenn unter derselben Adresse mehrere Personen gleichen Namens wohnen.⁴⁾ Dies hat zur Folge, dass Unternehmen, die irrtümlich die Rechtsverfolgung bei nicht bestehender Entgeltforderung in diesen Fällen betreiben, mit einer Abmahnung gem. §§ 13, 8 Abs. 3 UWG rechnen müssen.

Daher drängt sich die Frage auf, ob eine Zahlungsaufforderung in jedem Fall, in dem keine wirksame Bestellung vorliegt – sei es, weil es bereits am Vorgang einer Bestellung durch den Verbraucher fehlt, sei es, dass zwar dieser Bestellvorgang getätigt wurde, jedoch anfänglich oder nachträglich unwirksam war – eine unzulässige geschäftliche Handlung zumindest gem. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG darstellt. Außerdem ergibt sich in der Folge das Problem, ob – wenn bereits die außergerichtliche Rechtsverfolgung durch Zahlungsaufforderung lauterkeitsrechtswidrig ist – dann ebenso die gerichtliche Rechtsverfolgung durch Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids oder Klageerhebung auf Zahlung der geforderten Summe gegen das Lauterkeitsrecht verstößt.

Diese Fragen sollen vorliegend geklärt werden. Dabei wird der Fokus nicht auf einer Kritik an der beschriebenen Neuausrichtung der Rechtsprechung hinsichtlich der Risikotragung des Fehlens einer Bestellung liegen,⁵⁾ sondern es sollen vielmehr die

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. 1509.

1) BGH, 06.06.2019 – I ZR 2016/17, WRP 2019, 1417 – Identitätsdiebstahl.
2) OLG Hamburg, 28.01.2021 – 15 U 128/19, WRP 2021, 671 Rn. 33 – Unberechtigte Zahlungsaufforderung an Verbraucher; BGH, 06.06.2019 – I ZR 2016/17, WRP 2019, 1417 Rn. 26, 33 f. – Identitätsdiebstahl.

3) BGH, 17.08.2011 – I ZR 134/10, WRP 2012, 198 Rn. 18 – Auftragsbestätigung.
4) BGH, 06.06.2019 – I ZR 2016/17, WRP 2019, 1417 Rn. 33 f. – Identitätsdiebstahl.
5) Zu der geänderten Rechtsprechung *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 39. Aufl. 2021, § 5 Rn. 1.53; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 39. Aufl. 2021, Anh. zu § 3 Rn. 29.8; Altmann, GRUR-Prax 2019, 469; Jäkel-Gottmann, GRUR-Prax 2021, 182; Büscher, GRUR 2020, 217 ff., 219.