
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Zum Thema:

Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Referentenentwurf
Fassung 27. Juli 2007

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag nimmt gerne die Gelegenheit wahr, zu dem Referentenentwurf zum Ersten Gesetz zur Änderung des UWG Stellung zu nehmen.

Vorbemerkung

Auch wenn die Richtlinie letztlich zu einer europaweiten Vollharmonisierung im Bereich des Lauterkeitsrechts führen soll, gibt es nach unseren Erfahrungen einige Verbesserungsvorschläge, die man - abseits der Richtlinienumsetzung - im Zuge dieser UWG-Novelle in das Gesetz hätte implementieren können. Bleibt diese Chance ungenutzt, besteht die Befürchtung, dass es lange Zeit dauern wird, bis das UWG erneut auf die Agenda des Gesetzgebers kommt. Andererseits verstehen wir, dass angesichts des nur noch sehr engen Zeitrahmens für die Umsetzung das jetzige UWG-Änderungsgesetz möglichst von Diskussionspunkten freigehalten werden soll, die über die reine Umsetzung der Richtlinie hinausgehen und die das Gesetzgebungsverfahren verzögern könnten. Wir betonen aber, dass uns eine Evaluation des derzeitigen UWG und eine rasche Beseitigung von Missständen sehr wichtig ist. Die UWG-Änderungen müssen jedenfalls zeitnah erfolgen, ggf. in einem „Zweiten Gesetz zur Änderung des UWG“. Einige Anregungen, an welchen Stellen der Verbesserungsbedarf besteht, haben wir im Anschluss an unsere Äußerungen zum Referentenentwurf zusammengefasst.

1. Zur Umsetzung der Richtlinie im Referentenentwurf

Nach unserem Eindruck entspricht die geplante Gesetzesänderung nahezu einer Umsetzung der Richtlinie 1:1. Da die Bundesrepublik zu einer Umsetzung der Richtlinie verpflichtet ist, kann zumindest gegen die durch die Richtlinienvorgaben bedingten Änderungen nichts mehr eingewandt werden, selbst wenn es sicherlich auch hier aufgrund des in der Richtlinie zum Ausdruck kommenden überbordnenden Verbraucherschutzes aus Sicht der Wirtschaft Grund zur Kritik gäbe. Das Bundes-

justizministerium hat aber dadurch, dass grundsätzlich an der Schutzzwecktrias festgehalten wird und nur für die Liste im Anhang ausschließlich auf Verbraucherschutz abgestellt wird, eine insgesamt positiv zu bewertenden Lösung gefunden. Dennoch gibt es an einzelnen Punkten noch Verbesserungsbedarf.

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E

Zu begrüßen ist, dass am Begriff der „Wettbewerbshandlung“ festgehalten wurde. Denn er erfasst im Gegensatz zu den „Geschäftspraktiken“ auch Maßnahmen, die sich unmittelbar gegen Mitbewerber richten und solche, die das Vertikalverhältnis gegenüber Unternehmern und sonstigen Marktteilnehmern betreffen. Eine Wettbewerbshandlung kann daher grundsätzlich von jedermann erfüllt werden, während eine Geschäftspraktik nur ein Gewerbetreibender vornehmen kann. Außerdem erstreckt sich die „Wettbewerbshandlung“ anders als die Geschäftspraktik auch auf die Nachfrage von Produkten und auf Maßnahmen Dritter zur Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens.

Andererseits gehören zu „Geschäftspraktiken“ auch Handlungen, die sich auf geschäftliche Entscheidungen des Verbrauchers nach Abschluss eines Vertrages beziehen, also Maßnahmen, die im deutschen Recht grundsätzlich keine Wettbewerbshandlungen darstellen und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung daher immer schwierig war. Dem wird die Umsetzung von Art. 2 d) der Richtlinie mit der Neufassung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG-E nunmehr gerecht.

Wichtig wäre, dass angesichts der Streichung des bisherigen subjektiven Elements „Wettbewerbsabsicht“ für die Unmittelbarkeit zumindest in der Begründung hinreichend erläutert wird, dass hierdurch ebenfalls eine subjektive Seite erheblich ist. Dies entspräche auch der (konsolidierten) Irreführungsrichtlinie, wonach es bei der kommerziellen Kommunikation ebenfalls darauf ankommt, dass das „Ziel, den Wettbewerb zu fördern“ verfolgt wird.

Erweiterung des § 2 UWG um eine Definition für „Werbung“

Zahlreiche Tatbestände des UWG beinhalten das Tatbestandsmerkmal der „Werbung“. Obwohl der Definitionskatalog in § 2 UWG im Zuge der Novelle erweitert werden soll, fehlt für den wichtigen Begriff der Werbung weiterhin eine Legaldefinition. Die Rechtsprechung hat sich insoweit in der Vergangenheit mit einem Rückgriff auf die Definition in Art. 2 der Irreführungsrichtlinie geholfen. Nachdem nun aber der Gesetzestext ohnehin geändert werden muss, sollte dieser wichtige Begriff dringend aufgenommen werden, da er für die Anwendung zahlreicher Vorschriften maßgeblich ist, so etwa für die Frage, ob § 7 UWG auch Anrufe zu Zwecken der Meinungsforschung oder Nachfrageremails umfasst usw.. Hierdurch wäre weder ein Über- noch ein Unterschreiten der vorgegebenen Schutzstandards im harmonisierten Bereich verbunden.

§ 3 Abs. 2 UWG-E i. V. m. Anhang I

- **§ 3 UWG**

Die Bagatellschwelle des § 3 UWG (§ 3 Abs. 1 S. 1 UWG-E) soll weiterhin nur einen „nicht nur unerheblichen Wettbewerbsverstoß“ verlangen, während die Richtlinie in Art. 5 Abs. 2b) verlangt, dass eine Geschäftspraxis das wirtschaftliche Verhalten „wesentlich“ beeinflussen muss. Es ist wichtig und richtig, dass durch § 3 Abs. 2 UWG-E deutlich gemacht wird, dass sich die „Schwarze Liste“ des Anhangs, bei der keinerlei Wertungsmöglichkeit besteht, ausschließlich auf Wettbewerbshandlungen gegenüber Verbrauchern bezieht. Dies ist insbesondere wichtig, um den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen nicht durch immense – und im Geschäftsverkehr überflüssige – Informationspflichten aufzublähen und unpraktikabel zu machen.

Wir weisen darauf hin, dass diese Vorschrift gerade in Hinblick auf das rein auf Profit ausgerichtete Abmahnunwesen im Auge behalten werden und durch geeignete Missbrauchsbekämpfungsmaßnahmen flankiert werden sollte (s. dazu ausführlicher unten).

- **Liste**

Die Umsetzung der sog. „Schwarzen Liste“ ist zwingend erforderlich, da die sich aus ihr ergebenden Verbote zu einer Verschärfung der wettbewerblichen Anforderungen führen. Denn anders als nach bisher geltendem Recht findet bei den beschriebenen Verhaltensweisen keine Relevanzprüfung statt, allerdings ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Fraglich ist aber, ob die vorgeschlagene Lösung, die Liste umzusetzen, indem sie schlicht in einen Anhang aufgenommen wurde, sinnvoll ist. Denn verschiedene der im Anhang der Richtlinie genannten Fälle finden sich bereits im UWG selbst oder in anderen Normen wieder und es sollte vermieden werden, Doppelregelungen in das Gesetz aufzunehmen.

a) Die Regelung zu den Lockvogelangeboten in Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 5 von Anhang I der Richtlinie) entspricht weitgehend § 5 Abs. 5 UWG, ist aber nicht deckungsgleich. Das Verhältnis der beiden Regelungen zueinander ist völlig unklar. Kein Unternehmer, der einen begrenzten Restposten an Ware bewerben will, wird wissen, wie er werben muss und was er sonst beachten muss, um sich rechtmäßig zu verhalten. Die Gesetzesbegründung stiftet hier zusätzliche Verwirrung. Insbesondere mit der Aussage, dass ein eigener Anwendungsbereich des § 5 Abs. 5 UWG für die Fälle bleiben soll, in denen der Kunde trotz des Hinweises auf die begrenzte Warenmenge letztlich doch noch über die Warenmenge getäuscht wird. Diese Aussage führt zu gänzlich unpraktikablen Schlussfolgerungen. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass man sich durch einen Hinweis auf die begrenzte Warenmenge nicht mehr vor dem Vorwurf der geringen Bevorratung schützen kann. Selbst wenn ein Unternehmer mit dem Hinweis „Einzelstück“ wirbt, soll es nach der Gesetzesbegründung offenbar noch Raum für den Vorwurf zu geringer Bevorratung geben. Dies führt zu völlig unpraktikablen Ergebnissen und widerspricht der sich hierzu über die Jahre etablier-

ten Rechtsprechung, nach der eine Irreführung hinsichtlich des Warenvorrates grundsätzlich durch entsprechende Hinweise ausgeräumt werden kann (vgl. BGH v. 07.04.2005 – Internet-Versandhandel). Aus unserer Sicht bleibt daher für § 5 Abs. 5 UWG bei einer 1:1-Umsetzung des Anhangs kein sinnvoller eigener Anwendungsbereich.

Dieser Konflikt kann nur dadurch gelöst werden, dass § 5 Abs. 5 UWG völlig gestrichen und der Anhang wörtlich wie die Richtlinie an dieser Stelle formuliert wird. Nur auf diese Weise wird verhindert, dass durch die 2-Tages-Regelung im Gesetz nationale Besonderheiten zu Verschärfungen gegenüber anderen EU-Staaten führen. Eine weitere Verschärfung läge sonst außerdem darin, dass es bei § 5 Abs. 5 UWG nicht zulässig wäre, vergleichbare Ware anzubieten, wenn der Vorrat erschöpft ist, wohingegen die Richtlinie und der Anhang dies ausdrücklich zulassen. Da die Richtlinie die Vollharmonisierung erreichen will und insbesondere der Anhang abschließend ist, bedeutet jede verschärfende Abweichung hiervon einen Verstoß gegen EU-Recht.

b) Das Verbot der Schleichwerbung in Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 11 von Anhang I der Richtlinie) ist bereits in § 4 Nr. 3 UWG enthalten.

c) Die in Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 13 von Anhang I der Richtlinie) geregelte Herkunftstäuschung überschneidet sich mit der Regelung zur irreführenden Werbung in § 5 UWG und mit § 4 Nr. 9 UWG.

d) Der Fall der progressiven Kundenwerbung in Nr. 14 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 14 von Anhang I der Richtlinie) findet sich in § 16 Abs. 2 UWG.

e) Die Nr. 25, 26 und 27 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 24, 25 und 27 von Anhang I der Richtlinie) lassen sich unter § 4 Nr. 1 UWG subsumieren. Darüber hinaus erfüllt Nr. 25 den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) und Nr. 26 den des Hausfriedensbruchs, § 123 StGB.

f) Das unter Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 28 von Anhang I der Richtlinie) genannte Beispiel stellt einen Fall der unangemessenen unsachlichen Einflussnahme nach § 4 Nr. 1 UWG bzw. des Ausnutzens der Leichtgläubigkeit gemäß § 4 Nr. 2 UWG dar.

g) Die in Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG-E (Nr. 29 von Anhang I der Richtlinie) genannten Fälle der unbestellten Warenlieferung und Leistungserbringung können sich unter § 7 Abs. 1 UWG subsumieren lassen.

Außerdem gibt es einen bislang rechtlich zulässigen Fall der Aufforderung zur Rücksendung nicht bestellter Ware, nämlich wenn sich erst nach erteilter Bestellung herausstellt, dass der Besteller unter Betreuung stand. In diesem Fall kann das Unternehmen gem. § 241a Abs. 2 BGB gesetzliche Ansprüche geltend machen. Dieser Umstand wird im derzeitigen Entwurf unberücksichtigt gelassen.

Es sollte zumindest eine Klarstellung erfolgen, dass Ansprüche nach § 241a Abs. 2 BGB von der Verbotsnorm ausgenommen sind.

Insgesamt ist zu überlegen, ob die genannten Fälle der Liste, deren Regelungen bereits an anderer Stelle im UWG vorhanden sind, aus dem Anhang zu § 3 Abs. 2 UWG-E entfernt werden. Dies ist im Fall des Nr. 26 von Anhang I der Richtlinie schon geschehen: Auf seine Umsetzung wurde verzichtet, da das dort genannte Beispiel der unlauteren aggressiven Geschäftspraktik bereits in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG geregelt ist.

§ 4 Nr. 4 und § 4 Nr. 5 UWG

Die geltenden und besonders streitanfälligen Regelungen § 4 Nr. 4 und § 4 Nr. 5 UWG sind aufgrund der geplanten Neuregelung in § 5a UWG-E zu streichen. So regelt § 5a UWG-E die erforderlichen Informationspflichten des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie bereits umfassend. Darüber hinausgehende spezielle Informationspflichten für Rabattaktionen und Gewinnspiele sind aus keinem Gesichtspunkt erforderlich und werden als zusätzliche Verkomplizierung und Belastung der Wirtschaft abgelehnt. Ebenso halten wir es für fragwürdig, ob diese Spezialregelungen wegen Überschreitung der Schutzstandards des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie gemeinschaftsrechtskonform sind.

§ 4 Nr. 6 UWG – Koppelungsverbot bei Gewinnspielen

Im Hinblick darauf, dass im harmonisierten Bereich der Richtlinie weder ein Über- noch ein Unterschreiten der vorgegebenen Schutzstandards zulässig ist, haben wir Zweifel, ob die Beibehaltung der Regelung des § 4 Nr. 6 UWG gemeinschaftsrechtskonform ist. Hiernach ist in Deutschland die Verknüpfung eines Waren-/Dienstleistungsabsatzes mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel unzulässig. Zwar sieht die Richtlinie in Nr. 16 des Anhangs vor, dass die Behauptung, Produkte könnten die Gewinnchancen bei einem Gewinnspiel erhöhen, unzulässig sein soll. Auch enthält Nr. 31 Regelungen zu fälschlichen Eindrücken im Zusammenhang mit ausgelobten Preisen. Beide Vorgaben schließen aber die reine Verknüpfung eines Waren-/Dienstleistungsabsatzes mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht aus. Vor diesem Hintergrund ist es äußerst fragwürdig, ob das Überschreiten des Schutzstandards ausschließlich damit begründet werden kann – wie in der Gesetzesbegründung –, dass die Koppelung den nach der Richtlinie generell zu beachtenden Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und darüber hinaus auch geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher *wesentlich* (dieses Tatbestandsmerkmal des Art. 5 Abs. 2b) der Richtlinie wird in der Begründung unterschlagen) zu beeinflussen. Berücksichtigt man zudem, dass nach der neuen BGH-Rechtsprechung zu diesem Thema eine Koppelung nur vorliegen soll, wenn ein vom Umsatzgeschäft getrenntes Gewinnspiel vorliegt, nicht jedoch, wenn das Spielelement die unmittelbar im Rahmen des Umsatzgeschäftes zu erbringende Gegenleistung bestimmt (BGH, Postbank EM-Zinswette, Urteil vom 19.04.2007, Az. I ZR 57/05), ist fraglich, wieso auf diese im Rahmen der UWG-Reform 2004 neu eingeführte komplizierte Regelung nicht gänzlich verzichtet wird. Dass nach der Rechtsprechung je nach Ausgang eines Fußballspiels im Zusammenhang mit einer Finanz-

dienstleistung unterschiedliche Zinssätze ausgelobt werden dürfen, nicht jedoch an Kunden Lose ausgegeben werden dürfen, zeigt die Beliebigkeit und Realitätsferne dieser Regelung. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, auf welcher komplizierten und künstlichen Weise Unternehmen in der Praxis nun bei ihren Gewinnspielen alternative Teilnahmewege usw. vorsehen, um so die Koppelung zu umgehen. Da es sich somit bei der Vorschrift um eine gemeinschaftsrechtswidrige Belastung der Wirtschaft handelt, ist ihrer Beibehaltung dringend zu widersprechen.

§ 4 Nr. 9 UWG und Art. 6 Abs. 2a der RL

Zu dem Umsetzungsbedarf von Art. 6 Abs. 2a der RL ist in der UWG-Arbeitsgruppe heftig diskutiert worden, insbesondere ob der bisherige § 4 Nr. 9 UWG ausreiche.

Fest steht, dass § 4 Nr. 9 UWG in der Vergangenheit in erster Linie den Mitbewerber schützen sollte, wohingegen die Richtlinie eher den Verbraucherschutz unter dem Aspekt der Irreführung im Blick hat.

Dies beides lässt sich nach Ansicht eines Teils der von uns Befragten am ehesten vereinbaren, indem man § 4 Nr. 9a UWG an die Richtlinie anpasst. Jedenfalls sollte Art. 6 Abs. 2a der RL nicht dadurch umgesetzt werden, dass § 5 UWG-E erweitert wird, da sonst merkwürdige Doppelungen entstünden, die die Rechtsunsicherheit erhöhen würden. Dies wäre ein zusätzliches Problem, welches das ohnehin schon schwierige Spannungsfeld zwischen gewerblichen Schutzrechten wie Marken- und Patentrechten und dem wettbewerbsrechtlichen sog. „ergänzenden Leistungsschutz“ noch weiter verkomplizieren würde.

Andere lehnen eine Erweiterung des Leistungsschutzes in § 4 Nr. 9 UWG als überflüssig ab, da der Schutz der Verbraucher bereits über § 5 UWG hinreichend gewährleistet sei. Es sei sogar fraglich, ob der bereits jetzt in § 4 Nr. 9 UWG vorgesehene weitreichende nationale Leistungsschutz überhaupt mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Bereits dies wird auch von der Literatur in Frage gestellt, vgl. etwa die Kommentierung von Ullmann, UWG, § 4 Nr. 9 Rdn. 25 f.

§ 5a UWG-E „Irreführung durch Unterlassen“

Hiernach soll laut dem Wortlaut der neuen Regelung es bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer Wettbewerbshandlung das Verschweigen eines Umstandes irreführend ist, insbesondere darauf ankommen, ob dieser nach der Verkehrsauffassung für die geschäftliche Entscheidung wesentlich ist. Als wesentlich sollen nach § 5a Abs. 3 UWG-E die Informationsanforderungen im Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing gelten, *die auf Grund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben vorgeschrieben sind*.

Es ist zwar schon gut, dass die Wesentlichkeit dieser Informationspflichten nur auf die Wettbewerbshandlungen gegenüber Verbrauchern beschränkt wurde. Dennoch halten wir diese Regelung für äußerst problematisch: Für den Rechtsanwender ist in keiner Weise erkennbar, welche Richtlinien mit der Formulierung „die im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen im Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing“ gemeint sind. Wir

halten den Verweis schon sprachlich für missglückt: Kennt der das Gesetz lesende Bürger den eher juristischen Kurzbegriff "Gemeinschaftsrecht" für das Recht der EU überhaupt?

Die Vorschrift ist darüber hinaus intransparent und genügt aus unserer Sicht rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht. Dies gilt vor allem auch mit Blick auf den in der Gesetzesbegründung enthaltenen Hinweis, dass es der Rechtsprechung überlassen werde, die Informationspflichten näher zu bestimmen. Man gewinnt den Eindruck, der Gesetzgeber wisse selbst nicht, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften er an dieser Stelle meint. Das Risiko, sich zufällig korrekt - oder eben nicht - zu verhalten, wird bis dahin dem in aller Regel juristischen nicht versierten Normadressaten aufgebürdet. Diese Rechtsunsicherheit ist inakzeptabel. Selbst wenn die Richtlinie ihrerseits an dieser Stelle unklar sein sollte, darf dieser Zustand nicht im Rahmen ihrer Umsetzung beibehalten werden. Auch kann die Formulierung nicht damit gerechtfertigt werden, dass die gemeinschaftsrechtlichen Informationsvorgaben ohnehin in deutsches Recht umgesetzt sind und somit bei einem Verstoß stets auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG gegeben ist. Denn keinesfalls sind sämtliche Informationspflichten auch Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Es ist daher die Aufgabe des Gesetzgebers, hier eine eindeutige und handhabbare Formulierung zu finden.

Auch wenn der Anhang II der RL keine abschließende Auflistung enthält, so sind die dort aufgeführten Vorschriften aber doch auf alle Fälle zu beachten. Es ergeben sich zudem Anhaltspunkte für eine Sensibilisierung in Richtung möglicher weiterer Anforderungen. Wir plädieren daher dafür, die sich aus Anhang II der RL ergebenden Pflichten in ihrer deutschen gesetzlichen Umsetzung, zumindest aber die bloße Auflistung wie in diesem Anhang, in geeigneter Weise in das UWG aufzunehmen, möglicherweise mit einem Zusatz "insbesondere", um auf die Unvollständigkeit aufmerksam zu machen.

Gerade diese Regelung ist auch im Hinblick auf gebotene Maßnahmen zur Eindämmung des Abmahnwesens im Auge zu behalten, da jegliche Arten von Informationspflichten im Internet leicht auf Verstöße zu recherchieren sind und zu massenweisen Abmahnungen herausfordern.

§ 12 Abs. 4 UWG-E

Mit § 12 Abs. 4 UWG-E wird versucht, zumindest einen ersten Schritt zur Bekämpfung des Abmahnwesens zu tun, indem man die finanziellen Anreize reduziert. Ob dieser Schritt hierzu geeignet ist, erscheint zweifelhaft:

Die Gleichsetzung „Verbraucherbezug = einfach gelagert“ erscheint sachlich nicht zutreffend. Auf jeden Fall gibt es auch viele einfach gelagerte Fälle ohne Verbraucherbezug. Häufigste Grundlage missbräuchlicher Abmahnungen sind derzeit z. B. Verstöße gegen die Fernabsatzvorschriften des BGB oder die Impressumspflichten des TMG. Beide unterfallen gerade nicht § 3 Abs. 2 UWG-E. Mit Blick darauf, dass die Formulierung des § 12 Abs. 4 S. 2 UWG die Vermutung nahelegt, dass für eine Reduzierung der Abmahnkosten grundsätzlich erforderlich ist, dass ein Fall des § 3 Abs. 2

UWG-E vorliegt, bringt die neue Vorschrift für die Mehrzahl der Missbrauchsfälle damit leider überhaupt keine Veränderung. Es wäre daher begrüßenswert, wenn die Fälle über diejenigen mit Verbraucherbezug hinaus erstreckt werden könnten. Vielleicht kann man auch in den Satz ein "insbesondere" (oder ähnlich) einfügen.

Satz 3: Muss der "gezielte" Wettbewerbsverstoß etwa gerade gegen den Abmahner gerichtet sein? Eine über das zusätzliche Maß hinausgehende "Rücksendeklausel" im Fernabsatz ist sicher das Ergebnis einer "planmäßigen" Vorgehensweise, die zu einer Besserstellung im Vergleich zu anderen führt. Wäre die Veröffentlichung einer falschen stets gleichlautenden Rücksendeklausel auf vielen Ebay-Angebotsseiten desselben Anbieters noch ein "einmaliger" Verstoß im Sinne der Begründung?

Ein unbestimmter Rechtsbegriff wie die „Verminderung“ des Streitwerts lässt Raum für Auslegung und damit für Rechtsstreitigkeiten. Abgemahte Unternehmen werden die daraus resultierenden Risiken fürchten und häufig nicht auf Verminderung des Streitwerts bestehen. Dies gilt um so mehr, als sie das Beweisrisiko dafür tragen, dass tatsächlich ein einfach gelagerter Fall vorliegt.

Die vorgeschlagenen Streitwertreduzierungsregelung könnte dennoch zumindest Signalwirkung für langsam doch in Gang kommende Streitwertherabsetzungstendenzen der Gerichte (wie Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5. Juli 2007 (Az.: I-20 W 15/07)) haben.

Siehe zu einer Lösung der finanziellen Anreize im Zusammenhang mit Abmahnungen auch unten S. 10, Lit b).

2. Sonstige Vorschläge zur Änderung des UWG, ggf. für ein Zweites UWG-Änderungsgesetz

Wir sehen ein, dass diese Anregungen aus Zeitgründen im Zusammenhang mit der schon abgelaufenen Umsetzungsfrist möglicherweise noch nicht im Ersten Gesetz zur Änderung des UWG aufgegriffen werden. Dennoch halten wir es für wichtig, auch auf den weiteren Änderungsbedarf hinzuweisen. Wir hoffen, dass unsere Anregungen daher möglichst bald in einem Zweiten UWG-Änderungsgesetz aufgegriffen werden.

Änderung § 15 UWG

Nach § 15 Abs. 3 UWG können die Einigungsstellen zur Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten nur dann ohne Zustimmung des Gegners angerufen werden, wenn ein Verbraucherbezug besteht. In den anderen Fällen ist die Anrufung der Einigungsstelle hingegen nur möglich, wenn der Gegner zustimmt. Zwar ist in nahezu allen Wettbewerbsrechtsfällen ein entsprechender Verbraucherbezug gegeben. Wir halten die Einschränkung dennoch für überflüssig und im Einzelfall unbillig. Daher möchten wir gerne die Streichung der Voraussetzung, dass ein Verbraucherbezug vorliegen muss,

anregen. In der Praxis könnten so gerade rein wirtschaftsinterne Streitigkeiten zunächst der Güteverhaltung vor der Einigungsstelle zugeführt werden. Einer der wenigen Fälle, in denen dies mangels Verbraucherbezug bislang nicht ohne Zustimmung des Gegners möglich ist, wären z. B. unerbetene Telefonanrufe, Faxe oder E-Mails, die sich an Unternehmer richten. Der hierin liegende Verstoß gegen § 7 UWG kann bislang nur mit großem Aufwand unmittelbar gerichtlich verfolgt werden, sofern der Gegner nicht dem Einigungsstellenverfahren zustimmt. Wir halten diese Gesetzesänderung für marginal und es sind für uns keine entgegenstehenden Interessen erkennbar, so dass sie ohne größeren Aufwand und trotz des bestehenden Zeitdrucks noch gut in das laufende Gesetzgebungsverfahren aufgenommen werden könnte. Es wäre hierdurch weder ein Über- noch ein Unterschreiten der vorgegebenen Schutzstandards im harmonisierten Bereich verbunden.

Lösung der aktuellen Abmahnproblematik

Die Problematik der rechtsmissbräuchlichen Serienabmahnungen durch vermeintliche Wettbewerber nimmt immer größere Ausmaße an. Hier besteht dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Wie eine Umfrage von Trusted Shops unter 679 Shopbetreibern zeigt, liegt die Zahl der Abmahnungen bei 2,1 pro Shopbetreiber, 40 % der Befragten sehen sich dadurch in ihrer Existenz bedroht und 48,7 % halten die Abmahnungen für unberechtigt.

Grund für dieses erschreckende Ergebnis ist, dass in letzter Zeit unzählige Abmahnungen von Kleinstverstößen zu Lasten von Kleinstunternehmen zu beobachten sind. Neu ist insoweit auch, dass die Abmahnungen mittlerweile deutschlandweit erfolgen. Die Ursachen hierfür sind vielfältig und insbesondere in den veränderten Marktstrukturen, so z. B. dem expandierenden Onlinehandel sowie der zunehmenden Zahl unerfahrener Kleinst(online)unternehmer, zu suchen. Die Politik hat diesen Wandel bislang ignoriert.

So ist es heute durch die simple Eingabe eines Suchbegriffs im Internet ohne großen Aufwand möglich, serienmäßig Wettbewerbsverstöße ausfindig zu machen und dann Mitbewerber für minimale Wettbewerbsverstöße mit einer teuren Abmahnung zu überziehen. Gerade für abgemahnte Kleinstunternehmer kann ein solcher Vorgang existenzvernichtend wirken, womit der Sinn des Wettbewerbsrechts zunehmend konterkariert wird. Konnte man bisher davon ausgehen, dass Mitbewerber und sonstige Berechtigte schon wegen des Aufwands sich nicht um Bagatellen kümmern, hat sich nunmehr ein drastisches Missbrauchspotential ergeben, das die derzeitige Gesetzeslage unberücksichtigt lässt und durch die geplanten Änderungen eher noch gefördert wird (s. o.). Obgleich das Gesetz an zahlreichen Stellen überwiegend den Schutz des Verbrauchers im Auge hat, werden die Regelungen dabei vor allem durch Mitbewerber missbraucht. Da der Kreis der Mitbewerber durch den Gesetzgeber bislang nur unzulänglich definiert wurde, reicht es für eine Abmahn-

berechtigung heute aus, dass ein Unternehmen ein Gewerbe anmeldet und beispielsweise sodann via ebay einzelne Waren verkauft. Dies eröffnet ihm die Tür, deutschlandweit abzumachen. In einem Fall startete ein Unternehmer nachweislich unmittelbar nach seiner Gewerbeanmeldung mit deutschlandweiten Abmahnungen – dies legt den Verdacht nahe, dass Unternehmen heute schon einzig zu diesem Grund gegründet werden. In anderen Fällen sind die Rechtsanwälte die treibenden Kräfte. Sie suchen sich Mandanten, die sie entweder dadurch locken, dass für sie keinerlei Kostenrisiko bestehe, oder dadurch, dass sie sie ihrerseits vorher abgemahnt haben und unter Druck setzen, gegen Verzicht auf diese Abmahnung Rechtsanwaltsvollmachten zu unterschreiben – leider lässt sich beides im Regelfall nicht vor Gericht beweisen. Die vorgenannten Fälle und die Masse der sonstigen Beispiele belegen dabei eindeutig, dass es sich bei diesen Abmahnungen nicht um selbstlose Aktivitäten zum Schutz des Wettbewerbs oder zum Schutz des eigenen Unternehmens, sondern um eine durchaus lukrative Geldquelle handelt.

Insoweit wäre es aus unserer Sicht dringend geboten, auf die gegenwärtige Entwicklung zu reagieren. Die bestehende Gesetzeslage bietet keine Lösung des Problems – der mit der weiterhin vorgesehenen Bagatellklausel in § 3 UWG verbundene Appell an die beteiligten Verkehrskreise, sich nicht um Quisquilien des Wettbewerbs zu kümmern (so Ullmann, UWG, § 3 Rdn. 12), ist bislang offenbar weder bei den beteiligten Verkehrskreisen noch bei den Gerichten angekommen.

Für eine Lösung könnte es folgende Ansatzpunkte geben:

a) Modifikation des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG (Einschränkung des Kreises der abmahnberechtigten Mitbewerber)

Eventuell könnte das Problem über die Einschränkung der Abmahnberechtigung auf die Mitbewerber, die nachweisen, dass sie in den letzten z. B. zwei (oder mehr) Monaten mit denselben oder vergleichbaren Waren gehandelt bzw. dieselben Dienstleistungen erbracht haben, entschärft werden. Auf diese Weise könnte eventuell die Zahl der Abmahnungen durch Scheinunternehmer reduziert werden. Nachdem die anderen in § 8 UWG Genannten voll abmahnberechtigt blieben, wäre diese Einschränkung ohne weiteres mit den nach Art. 13 geltenden Sanktionierungsvorgaben vereinbar.

b) Reduzierung der erstattungsfähigen Abmahnaufwendungen

Um die zunehmende Erschließung des Wettbewerbsrechts als Geldquelle zu beenden, wäre auch eine Reduzierung der erstattungsfähigen Abmahnkosten denkbar. Eine Möglichkeit hierfür wäre die Begrenzung des Aufwendungsersatzes für die erste - einfach gelagerte - Abmahnung auf einen pauschalen Betrag (wie dies derzeit für den Bereich von Urheberrechtsverstößen von Verbrauchern angedacht wird). Abgesehen von der Frage, was ein einfach gelagerter Fall ist, könnte hierbei aber problematisch bleiben, dass so zwar der Aufwendungsersatzanspruch reduziert werden könnte. Da dem Abmahnenden jedoch für die Beauftragung seines Anwaltes darüber hinausgehende Kosten

entstehen, bliebe eventuell deren Geltendmachung über den parallel nach § 9 UWG bestehenden Schadensersatzanspruch weiterhin im Raum.

Alternativ könnte daher über eine gesetzliche Festlegung eines geringeren Streitwertes für Erstabmahnungen in einfach gelagerten Fällen nachgedacht werden. Derzeit sind Streitwerte von 10.000 EUR bis 20.000 EUR und mehr allgemein üblich, unabhängig von Art und Größe des Geschäfts, in dessen Ausübung der Wettbewerbsverstoß unterlaufen ist. Damit können für die einzelne Abmahnung Rechtsanwaltskosten zwischen 500 EUR und 1.000 EUR anfallen. Zu überlegen ist daher, ob in den Fällen der unter Nr. 2 genannten Bagatellfälle oder bei Erstabmahnungen eine Streitwertbegrenzung auf beispielsweise 1.000 EUR (oder auch bis zu 5.000 EUR) festgelegt wird. Dass dies durchaus möglich ist, hat bereits das OLG Düsseldorf in zwei Entscheidungen gezeigt. So hat das OLG Düsseldorf die Höhe des Streitwerts bei fehlerhaften AGB im Internet einmal auf 1.200 EUR (Urteil vom 05.06.2007 - I-20 U 176/06) und in einem anderen Fall auf 900 EUR (Beschl. v. 05.07.2007 - Az. I-20 W 15/07) festgesetzt, das LG Münster auf 4.000 EUR (Urteil v. 04.04.2007 - Az. 2 O 595/06).

Für diese Variante wäre der Weg über die Vorschrift des § 12 Abs. 4 UWG bereits geebnet. Sie hätte zudem nach unserer Einschätzung den Vorteil, dass hiermit die Höhe der maximalen Kosten auch im Verhältnis von Rechtsanwalt und Abmahnenden gesetzlich festgelegt würden, so dass der Abmahnende nicht über den Weg des Schadensersatzanspruchs doch höhere Auslagen beanspruchen könnte, denn etwaige darüber hinausgehende Honorarvereinbarungen zwischen Anwalt und Abmahnendem wären – entsprechend der allgemein geltenden Grundsätze - bei der Weiterberechnung an den Abgemahnten stets irrelevant.

Hingegen ist allein die geplante Eingrenzung in § 12 Abs. 4 S. 2 UWG-E aus unserer Sicht nicht geeignet, die Lukrativität von Abmahnungen wirksam einzudämmen. Die Erfahrung mit der schon bestehenden ähnlich ausgestalteten Vorschrift des § 12 Abs. 4 UWG zeigt, dass die Gerichte trotz dieser eingrenzenden Regelung auch bei einfach gelagerten Fällen und auch in Serienfällen Streitwerte im Bereich von bis zu 15.000 Euro ansetzen. Folglich sollte in diesem Zusammenhang eher auch über eine Änderung der Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG nachgedacht werden, die ursprünglich missbräuchliche Serienabmahnungen begrenzen sollte. Nachdem Gerichte nicht einmal Stückzahlen von 200 gleichlautenden Abmahnungen als rechtsmissbräuchlich ansehen (OLG Frankfurt/M.), wäre die Frage, ob man dem Problem der missbräuchlichen Serienabmahnung durch eine konkretere Formulierung bzw. ggf. auch eine quantitative gesetzliche Beschränkung in § 8 Abs. 4 UWG begegnen könnte.

Eine - wenn auch geringe - Verbesserung könnte schließlich auch dadurch erzielt werden, dass in § 12 Abs. 1 UWG eine Begrenzung auf die erforderlichen *und nachgewiesenen* Kosten aufgenommen wird. Hierdurch könnte zumindest in den Fällen leichter argumentiert werden, in denen ein Unter-

nehmen selbst abmahnt und nun für den angestrebten Profit pauschal Zeit- und Arbeitsaufwand (s. beispielsweise im Falle des Abmahners E-Mail) verlangt. Auch könnte ggf. die Auffassung, dass eigener Arbeits- und Zeitaufwand des Verletzten im Rahmen des Schadensersatzanspruches grundsätzlich nicht erstattungsfähig ist (vgl. hierzu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG 25. Aufl. § 9 Rdn. 1.29), auf den Aufwendungsersatzanspruch des § 12 UWG eindeutig übertragen werden. Auch all die vorgenannten Vorschläge wären aus unserer Sicht mit Art. 13 der Richtlinie vereinbar.

c) Positivliste Bagatellverstöße?

Bei Fällen von rechtsmissbräuchlichen Serienabmahnungen zeigt sich im Zusammenhang mit der Bagatellklausel ein Problem. Oftmals mahnen Serienabmahner Verstöße gegen bestimmte Rechtsnormen ab, die tatsächlich jedoch nicht als erhebliche Beeinträchtigung i. S. d. § 3 UWG anzusehen sind. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche setzen voraus, dass die unlautere Wettbewerbshandlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Die Beeinträchtigung darf nicht so geringfügig sein, dass ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Marktteilnehmer ihr keine Bedeutung beimisst. Damit soll die Verfolgung von Bagatellfällen ausgeschlossen werden. Die Bagatellklausel stellt letztlich eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar, es soll nicht mit „Kanonen auf Spatzen“ geschossen werden.

In der Praxis stellt sich insbesondere bei dem genannten Phänomen der Serienabmahnungen die Frage der Erheblichkeit bei (angeblichen) Verstößen gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG (Rechtsbruchtatbestand), bei dem eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung erforderlich ist.

a) Das OLG Koblenz (Urt. v. 25.04.2006 - Az.: 4 U 1587/05) entschied, dass kein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 6 S. 1 Nr. 3 TDG a. F. (jetzt § 5 Abs. 1 Nr. 3 TMG) vorliegt, wenn im Impressum die Aufsichtsbehörde nicht angegeben wird (Bagatellschwelle nicht überschritten).

b) Ebenso liegt kein wettbewerbsrechtlich erheblicher Verstoß vor, wenn die Umsatzsteueridentifikationsnummer oder Wirtschaftsidentifikationsnummer im Impressum eines Internetauftritts nicht genannt werden (kein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 6 TMG).

c) Auch der fehlende bzw. nicht ausreichend nah am Angebot platzierte Hinweis, dass der Preis "inkl. Ust." angegeben ist, sollte nicht als Wettbewerbsverstoß gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. der PreisangabenVO angesehen werden. Verwiesen wird hierzu auf die gegensätzlichen Entscheidungen des OLG Hamburg (Urt. v. 14.02.2007 - Az. 5 U 152/07 (Bagatellverstoß) bzw. Beschl. v. 04.01.2007 - Az. 3 W 224/06 (kein Bagatellverstoß)). Hierzu wird am 06.06.2007 die Entscheidung des BGH erwartet.

Teilweise wird aus der bloßen Tatsache, dass eine bestimmte Regelung verbraucherschützenden Charakter hat, pauschal der Rückschluss gezogen, dass dann immer die Bagatellgrenze überschritten sei.

Es könnte überlegt werden, eine Konkretisierung der in § 3 UWG bzw. § 3 Abs. 1 UWG-E genannten Erheblichkeitsschwelle durch eine Liste vorzunehmen, in der die genannten Fallgruppen aufgeführt sind, bei deren Vorliegen kein wettbewerbsrechtlich erheblicher Verstoß gegeben ist.

Andererseits ist fraglich, ob dem Problem über eine positiv formulierte Liste von Bagatellverstößen tatsächlich begegnet werden kann. Zum einen basieren die von uns beklagten Bagatellabmahnungen zumeist auf Verstößen gegen Vorschriften außerhalb des UWGs, die über § 4 Nr. 11 UWG gerügt werden. Eine Liste, in der unterschiedlichste Vorschriften aus BGB, aber z. B. auch Energie-, Bau-, oder Verpackungsgesetze, abschließend aufgezählt werden, erscheint daher schwer realisierbar. Andererseits hätte eine solche Liste möglicherweise zur Folge, dass im Umkehrschluss nicht genannte Fälle als relevant gelten. Im Ergebnis könnte sich eine solche Liste daher auch als kontraproduktiv erweisen.

Auch wenn wir also an dieser Stelle noch keine Lösung anbieten können, möchten wir dennoch auf die Probleme mit der Bagatellklausel in der Praxis hinweisen. Vielleicht würde es bereits helfen, wenn in der Begründung des aktuellen Gesetzes noch einige Ausführungen zu Bagatellklausel eingearbeitet würden, die den Gerichten die Rechtsanwendung erleichtern würden. Dies wäre aus unserer Sicht keine Überfrachtung, sondern lediglich eine Konkretisierung der bisherigen Rechtslage auf der Basis dessen, was 2004 bereits mit dieser Gesetzesformulierung gemeint und bezweckt war.

d) Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes

Die Möglichkeit des sog. „fliegenden Gerichtsstandes“ für den von einem Wettbewerbsverstoß unmittelbar betroffenen Gewerbetreibenden sollte aufgehoben werden.

Nach § 14 Abs. 1 UWG können die in § 8 Abs. 2 Nr. 2 - 4 UWG genannten Verbände und Kammern Klage am Ort der gewerblichen Niederlassung, sonst am Wohnsitz oder Aufenthaltsort, erheben. Daneben können die genannten Klagebefugten gegen Personen, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung oder keinen Wohnsitz haben, am Begehungsort klagen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 und 2 UWG).

Dagegen gilt nach der Rechtsprechung für Gewerbetreibende, die durch einen Wettbewerbsverstoß unmittelbar in ihren Rechten verletzt werden, die Einschränkung des § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG nicht. Sie können daher wahlweise entweder beim Gericht der gewerblichen Niederlassung, des Wohnsitzes, des Aufenthaltsortes *oder des Begehungsortes* klagen (sog. „fliegender Gerichtsstand“; vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 25. Auflage, 2007, § 14 Rn.18).

In Zeiten des Internets wird das Auffinden von vermeintlichen Wettbewerbsverstößen in den Homepages der Unternehmen mittels Suchmaschinen leicht gemacht. Zunehmend werden daher von Serienabmahnern massenhaft Abmahnungen aufgrund von Verstößen gegen verschiedene Rechtsnormen (z. B. Telemediengesetz und Preisangabenverordnung; also Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG) ausgesprochen. Begehungsort ist in diesen Fällen nicht der Standort des Servers, sondern jeder Ort, an dem die Information dritten Personen bestimmungsgemäß zur Kenntnis gebracht wird. Bei einem Abruf in Deutschland sind damit die deutschen Gerichte jedes beliebigen Ortes in Deutschland zuständig. Der konkret betroffene Mitbewerber, der wie ausgeführt - auch - am Ort der Begehung klagen kann, kann sich damit das Gericht der Mindermeinung aussuchen und so seine massenhaft ausgesprochenen Abmahnungen gerichtlich leichter durchsetzen. Dem Abgemahnten hingegen ist es aufgrund dieser Wahlfreiheit dann noch nicht einmal mehr möglich, durch Hinterlegung einer Schutzschrift das Gericht dazu zu veranlassen, nicht ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, da er schließlich nicht weiß, bei welchem Gericht der Antrag auf einstweilige Verfügung eingereicht wird. Eine zentrale Schutzschriftenhinterlegungsstelle gibt es bislang nicht, auch wenn erste Überlegungen hierzu bereits diskutiert werden. Wenn eine solche zentrale und elektronisch einsehbare Stelle eingerichtet würde, müsste aber gleichzeitig für Gerichte die Pflicht eingeführt werden, vor Erlass einer einstweiligen Verfügung dort nachzuschauen, ob vom Betroffenen eine Schutzschrift hinterlegt wurde.

Hilfsweise könnte auch eine Konkretisierung dahin erfolgen, dass das genannte Wahlrecht bezüglich des örtlichen Gerichtsstandes bei Streitigkeiten im Internet nur dann besteht, wenn der Kläger einen besonderen Bezug zum angerufenen Gericht darlegt. Denn zur Begründung der Gerichtszuständigkeit kann es nicht ausreichen, dass der gerügte Verstoß im Internet zufällig auch beim angerufenen Gericht zur Kenntnis genommen werden kann (vgl. hierzu AG Luckenwalde Beschl. v. 16.04.2007 - Az. 12 C 19/07).

e) Definition des Rechtsmissbrauchs

Ebenfalls mit Blick auf die verstärkt auftretenden Serienabmahner könnte eine entsprechende Erweiterung der Regelung zum Rechtsmissbrauch erfolgen.

§ 8 Abs. 4 UWG könnte wie folgt gefasst werden:

(4) Die Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere

- a) wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen;
- b) wenn sie massenhaft erfolgt.

In das Gesetz oder zumindest in die Gesetzesbegründung müsste dann ergänzend aufgenommen werden, dass der Begriff "massenhaft" erfüllt ist, wenn die Abmahnfähigkeit sich verselbstständigt und in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit des Abmahners steht. Beispielhaft sollten folgende Indizien für eine missbräuchliche Abmahnung angeführt werden:

- Verfolgung überwiegend sachfremder Interessen und Ziele bei der Geltendmachung von Ansprüchen;
- Einfordern systematisch überhöhter Abmahngebühren bzw. Vertragsstrafen;
- Behinderung des Verletzers im Wettbewerb.

f) Kostenrisiko für rechtsmissbräuchlich handelnde Abmahner und deren Rechtsanwälte

Bisher ist die Rechtsprechung uneinheitlich, inwieweit ein in rechtsmissbräuchlicher Weise abmahnter Unternehmer einen Anspruch gegen den Abmahner und dessen Rechtsanwalt hat, die Kosten seiner Rechtsverteidigung erstattet zu bekommen. So hat sich zuletzt das LG Berlin mit den Verteidigungskosten bei einer unberechtigten Abmahnung beschäftigt und die Erstattung der außergesetzlich angefallenen Anwaltskosten abgelehnt (LG Berlin Ur. v. 01.06.2007 - Az. 103 O 246/06). Dort heißt es "*Auf eine analoge Anwendung von [§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG](#) kann sich die Klägerin nicht stützen. Die analoge Anwendung eines Gesetzes auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. Das kann nicht angenommen werden. Das Problem, ob dem zu Unrecht Abgemahnten Schadensersatzansprüche gegen den Abmahner zustehen, insbesondere weil er zur Abwehr der Abmahnung einen Anwalt eingeschaltet hat, ist seit langem bekannt und Gegenstand zahlreicher Entscheidungen (...), in denen ein solcher Anspruch in der Regel verneint wurde. Der Gesetzgeber hätte daher bei der Neufassung des UWG ohne Weiteres eine diese Rechtsprechung ändernde Regelung treffen können. Dies ist jedoch nicht erfolgt. Eine planwidrige Regelungslücke besteht daher nicht.*" (zitiert nach dem Rechts-Newsletter 38. KW / 2007 der Kanzlei Dr. Bahr).

Darin liegt im Grund schon die Aufforderung an den Gesetzgeber, dieses Problem aufzugreifen und eine ausdrückliche Regelung zu schaffen. Wichtig wäre dabei, dass der Anspruch so ausgestaltet wäre, dass nicht nur der missbräuch abmahnde Unternehmer in Anspruch genommen werden kann, sondern gesamtschuldnerisch auch der ihn vertretende Rechtsanwalt, der schließlich als Rechtskundiger wissen musste, dass er zu dieser Abmahnung gar nicht berechtigt gewesen wäre.

g) Aktivlegitimation für die Verfolgung von rechtsmissbräuchlichen Abmahnern

Eine Aktivlegitimation für die Verfolgung rechtsmissbräuchlicher Abmahner ist angesichts des immer größere Ausmaße annehmenden Abmahnwesens dringend erforderlich. An einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hierzu fehlt es bisher. Rechtlich eindeutig ist, dass sich Abgemahnte mittels negativer Feststellungsklage wehren können. Dieser Weg hat in der Praxis allerdings geringe Bedeutung, da die Abgemahnten größtenteils Kleinunternehmer sind, die weiteren Ärger und Kosten so sehr scheuen, dass sie ein Gerichtsverfahren nicht anstrengen wollen. Teilweise haben

einstweilige Verfügungsanträge von Branchenverbänden Erfolg, ohne dass sich der Richter näher mit der Aktivlegitimation auseinandersetzt. Dies war zuletzt bei einem Urteil zugunsten des Bundesverbands der Onlinehändler gegen den unlauter abmahnenden Verein „Ehrlich währt am längsten“ der Fall. Andererseits gibt es aber das BGH-Urteil „Verbandsklage gegen Vielfachabmahner“ vom 5. Oktober 2000, wonach dem Deutschen Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität keine Aktivlegitimation zustehe. Dies wurde vor allem damit begründet, dass rechtsmissbräuchliche Abmahnungen ihrerseits keinen Verstoß gegen das UWG darstellten. Der BGH hat insbesondere den Tatbestand der Behinderung von Mitbewerbern – heute § 4 Nr. 10 UWG – verneint. Möglicherweise hat sich die Praxis durch die erhebliche Zunahme der Abmahnungen durch (vermeintliche) Wettbewerber mit Hilfe von Rechtsanwälten auch so weit verändert, dass hier neue praktische Notwendigkeiten entstanden sind und insofern das frühere BGH-Urteil heute so nicht mehr gefällt würde. Dennoch wäre es hilfreich, wenn dieses in der Praxis sehr gravierende Problem entweder materiellrechtlich oder prozessrechtlich im Sinne einer eigenen Aktivlegitimation gelöst würde. Hier erscheint es uns angesichts der Tatsache, dass durch rechtsmissbräuchliche Abmahnungen ausschließlich Unternehmen und nicht Verbraucher betroffen sind, sinnvoll und ausreichend, die in § 8 Abs. 3 Ziff. 2 und 4 UWG genannten Einrichtungen zu benennen.

g) Musterwiderrufsbelehrung und fernabsatzrechtliche Regelungen

Auch wenn es nicht unmittelbar das Thema des vorliegenden Gesetzesvorhabens ist, fordern wir das Bundesministerium der Justiz dringend auf, die unsäglichen Zustände im Zusammenhang mit dem Fernabsatzrecht und der Musterwiderrufsbelehrung angesichts der neuen Widerrufs-/Rückgaberechts-Rechtsprechung zu beheben. Die äußerst unglückliche Formulierung der Musterwiderrufsbelehrung und wie sie einzubeziehen ist, muss dringend korrigiert werden. Auch wenn derzeit auf europäischer Ebene über den EU-Verbraucheracquis diskutiert und in diesem Zusammenhang auch eine europaweit einheitliche Widerrufbelehrung nachgedacht wird, darf eine Überarbeitung der deutschen Musterwiderrufsbelehrung u. E. nicht bis zum Abschluss dieser europäischen Überlegungen hinausgezögert werden. Jede Verzögerung an dieser Stelle führt zu weiteren Abmahnungen, die leider inzwischen häufig die Folge haben, dass Kleinstgewerbetreibende reinweg wegen der damit verbundenen Rechtsanwaltskosten und der Angst vor der Realisierung von Vertragsstrafen ihr Gewerbe wieder abmelden oder gar in die Insolvenz getrieben werden. Der DIHK hat dem Bundesjustizministerium hierzu bereits konkretere Vorschläge eingereicht. Wir hoffen auf eine baldige Lösung und stehen hierfür gerne für Fragen und Diskussionen zur Verfügung.

gez. RA Hildegard Reppel
Leiterin des Referats Wettbewerbsrecht
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Breite Str. 29, 10178 Berlin
Tel.: 030/20308-2702
Fax: 030/20308-5-2702
Email: reppelmund.hildegard@berlin.dihk.de