

**Editorial: Prof. Dr. Christian Russ**

Was ist ein E-Book wert?

**1321 Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer**

Immaterialgüterrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Veranstaltungsschutz (Teil 2)

**1329 Prof. Dr. Helmut Köhler**

Ist die Regelung der Telefonwerbung im UWG richtlinienkonform?

**1335 Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.**

Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 2)

**1342 Prof. Dr. Wolfgang Berlit**

Der Schutzzumfang von Buchstabenmarken

**1345 Dr. Felix Buchmann**

Neuere Entwicklungen im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

**1356 Dr. Lucas Elmenhorst, M.A. und Laura Schopp**

Die Beendigung markenrechtlicher Abgrenzungsvereinbarungen

**1361 Dr. Jürgen Niebling**

Die aktuelle Entwicklung im Vertriebsrecht

**1368 Deutsches Weintor / Land Rheinland-Pfalz**

EuGH, Urteil vom 06.09.2012 – C-544/10

**1371 Auto 24 / Jaguar Land Rover France**

EuGH, Urteil vom 14.06.2012 – C-158/11

**1379 Sandmalkasten**

BGH, Urteil vom 22.03.2012 – IZR 21/11

**1384 Preisverzeichnis bei Mietwagenangebot**

BGH, Urteil vom 22.03.2012 – IZR 111/11

**1386 ARTROSTAR**

BGH, Urteil vom 15.03.2012 – IZR 44/11

**1390 Unfallersatzgeschäft**

BGH, Urteil vom 08.03.2012 – IZR 85/10

**1392 Pelikan**

BGH, Urteil vom 19.04.2012 – IZR 86/10

**1464 Olympia-Rabatt**

LG Kiel, Urteil vom 21.06.2012 – 15 O 158/11

**1466** Kommentar von **Dr. Thomas Haug, LL.M.**

**Herausgeber**

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

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

Deutscher Fachverlag GmbH  
Frankfurt am Main

dungskräftig sind oder wenn ein Freihaltebedürfnis nicht besteht, nur mit nachgewiesener Verkehrsgeltung eintragbar sind, beendet werden soll.<sup>29)</sup> Aber eben diese Diskriminierung wird fortgeführt, wenn einer eingetragenen Einbuchstabenmarke, der also Unterscheidungskraft zukommt und bei der ein Freihaltebedürfnis nicht feststellbar ist, zwar ein durchschnittlicher Grad an Kennzeichnungskraft zugestanden, ihrer graphischen Ausgestaltung jedoch übermäßiges Gewicht beigemessen wird. Diese Diskriminierung ist mit Händen zu greifen, wenn einer derartigen, mit einfachsten gebrauchsgraphischen Mitteln gestalteten Einbuchstabenmarke wegen ihrer bildlichen Ausgestaltung eine andere Bedeutung beigemessen wird als einer vergleichbaren Wortmarke, die – nicht wegen der graphischen Gestaltung – mit originärer Kennzeichnungskraft in das Markenregister aufgenommen wurde.

Tritt bei dieser Wortmarke die gebrauchsgraphische Gestaltung bei einem Markenkonflikt wie selbstverständlich in den Hintergrund, muss dies in gleicher Weise für eine gebrauchsgraphisch gestaltete Buchstabenmarke gelten. Die mit der Angleichung an den Schutz von Wortmarken verbundene Zuerkennung der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft auch für Einbuchstabenmarken, führt zu einer Vereinheitlichung der Bewertung der unterschiedlichen Markenformen in Markenkonflikten. Eine etwa damit verbundene Benachteiligung des Wettbewerbs muss hingenommen werden, solange die Voraussetzungen der Fallgruppen des § 23 MarkenG nicht gegeben sind. Der Aussage des BGH, dass, wenn Einzelbuchstaben als Kennzeichnungsmittel

bei bestimmten Waren häufig verwendet werden, der Durchschnittsverbraucher den Unterschieden in der graphischen Gestaltung besondere Aufmerksamkeit widmen wird,<sup>30)</sup> ist dann zuzustimmen, wenn es sich um denselben Buchstaben handelt. Sie darf jedoch nicht dazu führen, dass ganz unterschiedliche Buchstaben, die zur Kennzeichnung auf demselben Wareng Gebiet verwendet werden, im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr herangezogen werden, um den Abstand der kollidierenden Einbuchstabenmarken zu begründen. Vielmehr kann die vom BGH aufgestellte These nur dann zu einer Schwächung der von Haus aus durchschnittlichen Kennzeichnungskraft einer Einbuchstabenmarke beitragen, wenn es sich bei den verwendeten Einzelbuchstaben als Kennzeichnungsmittel auf einem bestimmten Wareng Gebiet immer um denselben Buchstaben handelt. Denn die Verwechslungsgefahr wird auch nicht bei einem Konflikt zweier Wortmarken in demselben Wareng Gebiet nur deshalb bejaht, weil es in diesem Wareng Gebiet üblich ist, dass die Wettbewerber Wortmarken verwenden und der Durchschnittsverbraucher deshalb den Unterschieden in der graphischen Gestaltung dieser Wortmarken besondere Aufmerksamkeit widmen wird.

29) von Mühlendahl, Deutsches Markenrecht, Texte und Materialien 1995, S. 114 (amtl. Begründung zum MarkenrechtsRefG, III. Vergleich des neuen Markengesetzes mit dem geltenden Recht, 5. Materielles Markenrecht); Fezer, Markenrecht, 1. Aufl. 1997, Dritter Teil I. I.

30) BGH, 02.02.2012 – I ZR 50/11, GRUR 2012, 930, 935 Rn. 54 = WRP 2012, 1234, 1239 – Bogner B/Barbie B.

RA Dr. Felix Buchmann, Reutlingen \*

## Neuere Entwicklungen im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

Unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsmissbrauchs bei Verstößen gegen verbraucherschützende Vorschriften im Internet

### INHALT

#### I. Einführung und neuere Rechtsprechung zur lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

1. Funktion
2. Rechtliche Einordnung
3. Formelle Anforderungen

- a) Keine Form
- b) Keine Nachweise
- c) Zugang

#### II. Der Missbrauchstatbestand des § 8 Abs. 4 UWG

1. Hintergrund und Normzweck
2. Rechtsnatur des § 8 Abs. 4 UWG

#### 3. Tatbestand

- a) BGH, Urt. v. 15.12.2011 – I ZR 174/10 – „Bauheizgerät“
- b) Weitere Indizien für eine missbräuchliche Geltendmachung
  - aa) Einnahmenerzielungsinteresse
  - bb) Schädigungsinteresse
- c) Folgen der rechtsmissbräuchlichen Abmahnung

#### III. Missbräuchliche Geltendmachung einer Vertragsstrafe

#### IV. Einordnung der neuen Entscheidungen des BGH

#### V. Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken

1. Erstattung von Rechtsanwaltskosten (§ 8 Abs. 4 S. 2 UWG-E)
2. Streitwertbegünstigung (§ 12 Abs. 4 und Abs. 5 UWG-E)
3. Streitwertfestlegung (§ 51 Abs. 3 GKG-E)
4. Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 UWG-E)

\* Fachanwalt für IT-Recht, Partner der Kanzlei für Neue Medien Alber Buchmann Stefan Rechtsanwälte. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1474. Der Autor dankt stud. jur. Matthias Mörike für seine tatkräftige Unterstützung.

## VI. Vorschläge zur Eindämmung des Missbrauchs bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen

1. Kollusion als typisches Merkmal des Rechtsmissbrauchs
2. Anzahl der Abmahnungen/Geschäftstätigkeit
3. Zeitliche Befristung des Unterlassungsvertrags
4. Zu weiter Wettbewerbsbegriff im Internet
5. Höhe der Vertragsstrafe

## VII. Fazit

Im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung hat sich seit deren Normierung im UWG 2004 in der Rechtsprechung viel entwickelt. Die Frage des Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG ist zuletzt in der Rechtsprechung und Literatur ein zentrales Thema gewesen. In der Praxis zeigt sich, dass insbesondere Abmahnungen wegen Verstößen gegen Verbraucherschützende Vorschriften im Internet einen faden Beigeschmack haben. Zwar wird der größte Teil der Abmahnungen – wirtschaftlich effizient – durch die Abgabe einer Unterlassungserklärung beigelegt und der Zweck des Rechtsinstituts damit grundsätzlich erfüllt. Allerdings raten mittlerweile selbst Gerichte wegen der weitreichenden Folgen einer Unterlassungserklärung, bei Verstößen gegen Verbraucherschützende Vorschriften keine solche abzugeben. Gleichzeitig zeigt sich in der Rechtsprechung die Tendenz, Abmahnungen mit Bezug zum Internet, die auf Verbraucherschützenden Vorschriften beruhen, deutlich früher als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Zuletzt wurden immer mehr Kriterien herausgearbeitet, die als Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung herangezogen werden. Auch im BMJ wurde erkannt, dass Handlungsbedarf besteht, es wurde der „Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ zur Diskussion gestellt.

Die technischen Möglichkeiten haben sich in den letzten 15 Jahren mit einer bislang unbekanntenen Geschwindigkeit verändert. Lauterkeitsverstöße im Internet können in wenigen Sekunden massenweise recherchiert werden. Dem Missbrauch ist so Tür und Tor geöffnet. Das Rechtsinstitut der Abmahnung soll vorliegend nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Es muss aber die Frage gestattet sein, ob nicht zumindest für Unterlassungsansprüche wegen Verstößen gegen Verbraucherschützende Vorschriften im Internet außerhalb des UWG erhebliche Einschränkungen notwendig sind.

## I. Einführung und neuere Rechtsprechung zur lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

### 1. Funktion

Abmahnungen beherrschen die Praxis der Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche.<sup>1)</sup> In § 12 Abs. 1 UWG wurde diese richterrechtlich entwickelte Figur erst im Jahr 2004 normativ verankert. Zwar stellt sie dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 S. 1 UWG nach („sollen“) nur eine aus Kostengründen bestehende Obliegenheit des Gläubigers dar (vgl. Kostenersatz nach § 12 Abs. 1

S. 2 UWG einerseits, und ggf. Kostenlast nach § 93 ZPO bei unterlassener Abmahnung andererseits).<sup>2)</sup> Gleichwohl hat sie sich als wirkungsvolles Instrument zur Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche etabliert. Die große Mehrzahl der Unterlassungsansprüche wird schnell und kosteneffizient<sup>3)</sup> außergerichtlich beigelegt und ermöglicht zum einen dem Unterlassungsgläubiger eine zeitnahe außergerichtliche Streitbeilegung (Streitvermeidungsfunktion),<sup>4)</sup> zum anderen liegt eine Abmahnung häufig im Interesse beider Parteien.<sup>5)</sup> Denn auch der Anspruchsschuldner profitiert: Er wird auf den Rechtsverstoß aufmerksam gemacht (Warnfunktion) und er erhält durch die Unterwerfung die Möglichkeit, weiteren Kosten, wie z. B. durch eine gerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, vorzubeugen (Kostenvermeidungsfunktion).<sup>6)</sup> So wird sie auch als „Wohltat“<sup>7)</sup> für den Abgemahnten bezeichnet.

Nicht zuletzt das Internet hat dem Rechtsinstitut der Abmahnung zu neuer, ungeahnter Berühmtheit verholfen und der Ruf der Abmahnung in der Öffentlichkeit hat dadurch erheblich gelitten. Anstatt der gedachten Vereinfachung wird sie häufig mit dem Stigma der „Abzocke“ belegt.<sup>8)</sup>

### 2. Rechtliche Einordnung

Der BGH<sup>9)</sup> hat die nicht nur dogmatische und sehr umstrittene Frage<sup>10)</sup> der Anwendbarkeit von § 174 S. 1 BGB, ob eine Abmahnung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist oder ein Angebot zum Abschluss eines Unterlassungsvertrags (auf das § 174 S. 1 BGB keine Anwendung findet), dahingehend entschieden, dass jedenfalls dann, wenn eine Abmahnung mit einem Angebot auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags verbunden ist, die Vorlage einer Originalvollmacht nicht erforderlich ist. Die Rechtsnatur der Abmahnung werde von dem enthaltenen Angebot bestimmt, auf das sie gerichtet sei, so dass § 174 S. 1 BGB weder direkt noch analog Anwendung finde. Habe der Abgemahnte Zweifel an der Vertretungsmacht des Vertreters, so könne er die Unterwerfungserklärung von der Vorlage einer Originalvollmacht abhängig machen.

Dabei unterscheidet der BGH nicht zwischen der Abmahnung einerseits und dem Angebot für einen Unterlassungsvertrag an-

3) *Deutsch*, in: Ahrens (Fn. 1), Kap. 1 II Rn. 9 ff.

4) *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 1999, S. 287; *Ottöffilling*, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 2; *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, (Fn. 2), § 12 Rn. 2.

5) BGH, 15.10.1969 – IZR 3/68, BGHZ 52, 393, 399 „Fotowettbewerb“; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG (Fn. 2) § 12 Rn. 1.5; *Brüning*, in: Harte/Henning, UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 3; *Fritzsche* (Fn. 4), S. 287 f.; *Ottöffilling*, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 2; *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 2.

6) Vgl. *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 2.

7) OLG Frankfurt, 08.10.1979 – 6 W 98/79, GRUR 1980, 186 – „Kostenwohltat“.

8) Siehe z. B. Handelsblatt v. 26.07.2006 „Vorsicht vor der Abmahn-Abzocke“, abrufbar unter [http://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/streitfall-des-tages-wenn-das-fehlende-impressum-bei-facebook-teuer-wird/7030056.html](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/strategie/vorsicht-vor-der-abmahn-abzocke;1112839;zeitonline.de, „Gegenwehr bei Abmahnungen“ v. 19.03.2012, abrufbar unter <a href=); WirtschaftsWoche, „Wenn das fehlende Impressum bei Facebook teuer wird“ v. 20.08.2012, abrufbar unter: <http://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/streitfall-des-tages-wenn-das-fehlende-impressum-bei-facebook-teuer-wird/7030056.html>.

9) BGH, 19.05.2010 – IZR 140/08, MMR 2011, 138 f. mit Anm. *Buchmann*.

10) Für ein einseitiges Rechtsgeschäft: OLG Düsseldorf, 15.09.2009 – I-20 U 164/08, GRUR 2010, 87; LG Dresden, 07.04.2009 – 3 S 436/08; OLG Dresden, 26.08.1998 – 14 W 1697/97, NJWE-WettbR 1999, 140, 141; OLG Nürnberg, 04.01.1991 – 3 W 3523/90, GRUR 1991, 387; *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG (Fn. 2), § 12, Rn. 11; *Kreft*, in: Großkommentar zum UWG, 1. Aufl. 2006, vor § 13, Rn. C 78; *Ulrich*, WRP 1998, 258, 261 f.; *Ohrt*, WRP 2002, 1035; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 174, Rn. 2; *Schramm* in Münchener Kommentar BGB, 5. Aufl. 2012, § 174, Rn. 3; *Schwippert*, in: Gloy/Loschelder/Erddmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. 2010, § 84, Rn. 14.; für eine Doppelnatur *Deutsch*, in: Ahrens (Fn. 1), Kap. 1 IV Rn. 31; für keine Anwendbarkeit von § 174 S. 1 BGB: *Bornkamm*, in: Köh-

1) Zur Entwicklung *Deutsch*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. 2009, Kap. 1 I, Rn. 3 ff.

2) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 12 Rn. 1.7; *Brüning*, in: Harte/Henning, UWG, 2. Aufl. 2009, § 12 Rn. 2; *Ottöffilling*, in: Münchener Kommentar UWG, 1. Aufl. 2006, § 10 Rn. 2; *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, 5. Aufl. 2010, § 12 Rn. 4.; *Deutsch*, in: Ahrens (Fn. 1), Kap. 1 I Rn. 2; OLG München, 27.01.2005 – 29 W 1400/04, GRUR-RR 2005, 205, 206.

dererseits, sondern begreift dies als einheitliche Rechtshandlung, die juristisch nicht aufgespalten werden müsse. Der BGH führt insoweit aus, dass der Zweck der Abmahnung erreicht werde, weil der Abgemahnte das Angebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrags annehmen könne, wenn er die Abmahnung als berechtigt ansehe.

Gleichwohl bleiben nach der Entscheidung des BGH Fragen offen, nicht nur hinsichtlich der Problematik, wie die seltenen Abmahnungen zu behandeln sind, die keinen vorformulierten Unterlassungsvertrag enthalten, sondern auch, was gilt, wenn der Abmahnung ein nicht annahmefähiges Angebot für einen Unterlassungsvertrag beigelegt ist.

Eine Abmahnung muss zu deren Wirksamkeit dem Abgemahnten u. a. das konkrete Fehlverhalten aufzeigen, das als unlauter beanstandet wird.<sup>11)</sup> Damit liegt eine hinreichende Bestimmtheit vor und – unabhängig davon, ob ein vorformulierter Unterlassungsvertrag beigelegt ist – auch ein hinreichender Rechtsbindungswille, denn nur auf die abgemahnten Punkte kann sich das Unterlassungsinteresse des Abmahnenden beziehen. Nimmt man das Argument des BGH, dass der Zweck der Abmahnung damit erreicht werde, indem der Abgemahnte das Angebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrags annehmen könne, so bleibt die Frage, was sich daran ändert, wenn ein vorformulierter Unterlassungsvertrag nicht beigelegt ist, sondern der Abgemahnte eine selbst formulierte, hinreichende Unterlassungserklärung abgibt, die die abgemahnten Punkte aufgreift. Diese Erklärung wird der Abmahnende annehmen müssen, wenn sie ihn klaglos stellt; es wäre widersprüchlich, wenn er die Erklärung zurückweist. Eine Abmahnung ist folglich immer auf eine außergerichtliche Beilegung einer lauterkeitsrechtlichen Auseinandersetzung gerichtet, dieser Zweck ist ihr immanent.<sup>12)</sup>

Nicht abschließend geklärt ist auch die Frage, wie das vorformulierte Angebot auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags ausgestaltet sein muss, um die Rechtsnatur der Abmahnung zu bestimmen. Vorformulierte Unterlassungsverträge können in der Praxis häufig nicht angenommen werden, weil sie z. B. bezüglich des zu unterlassenden, angeblich unlauteren Verhaltens viel zu weit gefasst sind, überzogene Vertragsstrafen oder Aufwendungsersatzansprüche<sup>13)</sup> beinhalten. Für die Abmahnung als solche ist dies nach der wohl h. M. unschädlich.<sup>14)</sup> Die Unterlassungserklärung wird in solchen Fällen geändert und gemäß § 150 Abs. 2 BGB ein neues Angebot auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags abgegeben. Folgt man der Argumentation des BGH, ist durchaus zu überlegen, warum ein nicht annahmefähiges Angebot die Rechtsnatur der gesamten Abmahnung bestimmen soll.<sup>15)</sup>

ler/Bornkamm, UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 1.25 ff.; Brünig, in: Harte/Henning (Fn. 2), § 12 Rn. 31; Büsscher, in: Fezer, Lauterkeitsrecht: UWG, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 9 ff.; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, Kap. 41 Rn. 6 a; Deutsch, in: Ahrens (Fn. 1), Kap. 1 Rn. 106 ff.; Pfister, WRP 2002, 799; Busch, GRUR 2006, 477, 478 f.; OLG Hamburg, 19.07.2007 – 3 U 241/06, GRUR-RR 2008, 370, 371; LG Köln, 18.07.2007 – 28 O 480/06, ZUM-RD 2007, 596, 597; vermittelnd: LG Hamburg, 29.04.2008 – 312 O 913/07, GRUR-RR 2009, 198, 199; OLG Hamburg, 11.03.1982 – 3 W 17/82, WRP 1982, 478; OLG Hamburg, 19.07.2007 – 3 U 241/06, GRUR-RR 2008, 370, 371; OLG Stuttgart, 11.06.1999 – 2 W 24/99, NJWE-WettBR 2000, 125.

11) Vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 12 Rn. 1.16

12) Buchmann, MMR 2011, 140.

13) Vgl. das Beispiel bei LG Bückeburg, 22.04.2008 – 2 O 62/08, MMR 2009, 144.

14) Vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 12 Rn. 1.25 ff. m. w. N.; a. A. OLG München, 15.07.1982 – 6 W 1433/82, WRP 1982, 600, 601; vgl. jetzt aber BGH, 15.12.2011 – IZR 174/10, WRP 2012, 930 – „Bauheizgerät“.

15) Buchmann, MMR 2011, 138, 140.

### 3. Formelle Anforderungen

#### a) Keine Form

Eine Abmahnung ist nicht formbedürftig, da es an einer speziellen Regelung fehlt. Sie kann daher auch mündlich ausgesprochen werden. Daran ändert sich auch nichts, wenn man der Ansicht folgt, eine Abmahnung könne nur unter Vorlage einer Originalvollmacht ausgesprochen werden.<sup>16)</sup> § 174 S. 1 BGB bezieht sich nur auf den Nachweis der Vertretungsmacht; im Zweifel müsste der Unterlassungsgläubiger die Abmahnung persönlich aussprechen.

#### b) Keine Nachweise

Für die Wirksamkeit der Abmahnung ist es auch nicht erforderlich, dass Nachweise vorgelegt werden. Wird dem Abgemahnten ein konkretes Verhalten geschildert, wird er selbst in der Lage sein festzustellen, ob ihm dieses Verhalten vorzuwerfen ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ohne Nachweise der Sachverhalt nicht nachvollziehbar wäre, weil dann die Warnfunktion der Abmahnung nicht erfüllt wird.<sup>17)</sup>

#### c) Zugang

Zugegangen ist eine Abmahnung erst dann, wenn sie derart in den Machtbereich des Abgemahnten gelangt ist, dass dieser unter regelmäßigen Umständen von ihr Kenntnis erlangen konnte.<sup>18)</sup> Umstritten war die Frage, welche Partei die Beweislast für den Zugang der Abmahnung trägt.<sup>19)</sup> Der BGH hat diese Frage in einer Grundsatzentscheidung<sup>20)</sup> geklärt. Grundsätzlich müsse der Schuldner die Voraussetzungen des § 93 ZPO beweisen, die – für ihn günstig – von der allgemeinen Regelung des § 91 ZPO abweichen.<sup>21)</sup> Beruft sich der Schuldner auf den Nichtzugang der Abmahnung, so obliegt es allerdings dem Gläubiger im Rahmen einer sekundären Darlegungslast, die Umstände des Versands vorzutragen. Ggf. muss der Schuldner dann nachweisen, dass ihm die so versandte Abmahnung nicht zugegangen ist.<sup>22)</sup> Der BGH hat ausdrücklich festgestellt, dass eine Pflicht zur Verwendung einer besonderen Versendungsform nicht besteht. Kann der Gläubiger folglich nachweisen, dass das Schreiben sein Haus ordnungsgemäß verlassen hat,<sup>23)</sup> so bleibt der Schuldner

16) Siehe oben I. 2.

17) OLG Stuttgart, 12.07.1996 – 2 W 39/96, WRP 1996, 1229, 1230 ff.

18) BGH, 03.11.1976 – VIII ZR 140/75, NJW 1977, 194 f.

19) Für die Beweislastpflichtigkeit des Schuldners: OLG Hamburg, 25.09.1975 – 3 W 104/75, GRUR 1976, 444; OLG Stuttgart, 07.06.1983 – 2 W 41/83, WRP 1983, 644, 645; OLG Hamm, 30.11.1983 – 4 W 191/83, WRP 1984, 220, 221; OLG Köln, 03.10.1983 – 6 W 103/83, WRP 1984, 230; OLG Frankfurt, 08.11.1984 – 6 W 137/84, GRUR 1985, 240; KG, 07.05.1992 – 25 W 726/92, WRP 1992, 716, 717; KG, 21.10.1993 – 25 W 5805/93, WRP 1994, 39, 40; OLG Stuttgart, 09.02.1996 – 2 W 57/95, WRP 1996, 477, 478; OLG Karlsruhe, 04.11.1996 – 6 W 123/96, WRP 1997, 477; OLG Braunschweig, 13.08.2004 – 2 W 101/04, GRUR 2004, 887, 888; Brünig, in: Harte/Henning/ (Fn. 2) § 12 Rn. 24 ff., 29, 65; Büsscher, in: Fezer (Fn. 10), § 12 Rn. 7; Schwippert, in: Gloy/Loschelder/Erdmann (Fn. 10), § 84 Rn. 33; Deutsch, in: Ahrens (Fn. 1), Kap. 1 Rn. 103; Teplitzky (Fn. 10), Kap. 41 Rn. 6 b; ders, WRP 2005, 654, 655; für die Beweislastpflichtigkeit des Gläubigers: KG, 07.05.1992 – 25 W 726/92, WRP 1992, 716, 717; KG, 21.10.1993 – 25 W 5805/93, WRP 1994, 39, 40; OLG Düsseldorf, 14.06.1996 – 20 W 13/96, NJWE-WettBR 1996, 256; OLG Düsseldorf, 21.06.2000 – 2 W 23/00, GRUR-RR 2001, 199; OLG Dresden, 10.09.1997 – 14 W 854/97, WRP 1997, 1201, 1203; OLG Saarbrücken, 24.05.2004 – 5 W 99/04, NJW 2004, 2908, 2909; LG Düsseldorf, 02.11.2005 – 2 O 113/05, GRUR-RR 2006, 143, 144; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 12 Rn. 1.31 ff.; Ulrich, WRP 1998, 124 ff.;

20) BGH, 21.12.2006 – IZB 17/06, GRUR 2007, 629 f. – „Zugang des Abmahnschreibens“.

21) Vgl. auch schon BGH, 18.07.2003 – V ZR 431/02, NJW-RR 2003, 1432.

22) Zum Ganzen ausführlich: Sosnitzka, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG (Fn. 2), § 12 Rn. 13.

23) Siehe dazu LG Frankfurt a. M., 31.07.2007 – 3-10 O 10/07 einerseits, LG Erfurt, 20.11.2008 – 3 O 1140/08, ZUM-RD 2009, 281 f. andererseits.

in der Beweislast des Nichtzugangs, so dass im Zweifel § 93 ZPO keine Anwendung findet.

Wird eine Abmahnung per Einschreiben/Rückschein versendet, so bedeutet der Benachrichtigungszettel im Briefkasten noch keinen Zugang.<sup>24)</sup> Das LG Berlin<sup>25)</sup> hat allerdings entschieden, dass der Abgemahnte sich nach § 242 BGB so behandeln lassen muss, als ob die Abmahnung ihn erreicht habe, wenn der Rückschein an den Absender zurückgeht. Dies wird mit der Vermutung begründet, der Postbote wisse um die Bedeutung eines Einschreibens mit Rückschein und erfülle seine Verpflichtungen daher besonders sorgfältig. Diese Vermutung wog schwerer als die abgegebene eidesstattliche Versicherung, dass die Benachrichtigung sich nicht im Briefkasten befunden habe. Das Risiko des Verlustes des Benachrichtigungsscheins trug damit der Abgemahnte.

Das LG Hamburg<sup>26)</sup> hat zutreffend entschieden, dass eine Abmahnung per E-Mail auch dann als zugegangen gilt, wenn sie durch eine Firewall bzw. einen Spam-Filter nicht im Posteingang des Empfängers, sondern in einem anderen Ordner abgelegt wird. Entscheidend ist dabei der Eingang auf dem E-Mail-Server, dem der Account des Empfängers zugeordnet ist; ein Abrufen der Mails durch ein E-Mail-Programm ist unbeachtlich. Hinsichtlich des Zeitpunkts des Zugangs ist auf die allgemeinen Regeln abzustellen, insbesondere darauf, wann üblicherweise E-Mails abgerufen werden.

Behauptet ein Abgemahnter, er habe eine Abmahnung per Fax nicht erhalten, so ist streitig, ob der Sendebericht „ok“ ein Indiz für eine fehlerfreie Übertragung darstellt. In einer älteren Entscheidung hat der BGH festgehalten, dass der Sendebericht keinen Anscheinsbeweis, allenfalls ein Indiz darstellen würde.<sup>27)</sup> Dieser Auffassung haben mehrere Obergerichte aufgrund des technologischen Fortschritts zutreffend widersprochen.<sup>28)</sup> Liegt ein fehlerfreier Sendebericht vor, ist davon auszugehen, dass das Fax den Empfänger erreicht hat, wobei nicht der Ausdruck, sondern die Speicherung des Faxes im Speicher des Empfängergehäts entscheidend ist.<sup>29)</sup>

## II. Der Missbrauchstatbestand des § 8 Abs. 4 UWG

Die vorigen Ausführungen haben gezeigt, dass an eine lauterkeitsrechtliche Abmahnung kaum nennenswerte formelle Voraussetzungen gestellt werden. Im Zeitalter des Internets sind Rechtsverstöße schnell recherchiert und Abmahnungen ebenso rasch ausgesprochen. Es ist nicht verwunderlich, dass in der Abmahnung – rechtsmissbräuchlich<sup>30)</sup> – auch schnell verdient Geld gesehen wird.

Einziges Korrektiv ist § 8 Abs. 4 UWG, der Abmahnungen dort einen Riegel verschieben soll, wo lauterkeitsrechtliche Interessen nicht der Impetus sind.<sup>31)</sup>

24) Zum Ganzen: Reichold in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 130 BGB, Rn. 41.

25) LG Berlin, 30.09.2010 – 52 O 187/10, Magazindienst 2011, 66 ff.

26) LG Hamburg, 07.07.2009 – 3-12 O 142/09, K&R 2010, 207 f. = MMR 2010, 655 f. m. Anm. Hoppe.

27) BGH, 07.12.1994 – VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665 ff.

28) OLG Frankfurt, 05.03.2010 – 19 U 213/09, CR 2010, 303; OLG Karlsruhe, 30.09.2008 – 12 U 65/08, DB 2008, 2479 f.; OLG Celle, 19.06.2008 – 8 U 80/07, VersR 2008, 1477 f.

29) BGH, 25.04.2006 – IV ZB 20/05, NJW 2006, 2263 ff.

30) KG, 22.07.2011 – 5 W 161/11, WRP 2011, 1319 f.

31) Vgl. BT-Drucks. 10/5771 v. 25.06.1986.

## 1. Hintergrund und Normzweck

Ausgangspunkt für die Entwicklung des „Abmahnwesens“ war die „Fotowettbewerb“-Entscheidung des BGH<sup>32)</sup> aus dem Jahr 1969, die Mitbewerbern und Verbänden, gestützt auf die §§ 683, 677, 670 BGB, einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für außergerichtliche Abmahnungen zubilligte. Abmahnen wurde zum Massengeschäft, das zum Missbrauch einlud, so dass die Rechtsprechung die Anforderungen an die Klagebefugnis sukzessive verschärfte.<sup>33)</sup> Vereinzelt verneinte sie auch die Erforderlichkeit der Abmahnkosten.<sup>34)</sup> Der Gesetzgeber begegnete der missbräuchlichen Abmahnpraxis durch den 1987 in Kraft getretenen § 13 Abs. 5 UWG 1909. Unterbunden werden sollten jegliche Formen der missbräuchlichen Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen. Erfasst ist damit das gerichtliche wie auch das außergerichtliche Vorgehen.<sup>35)</sup> § 8 Abs. 4 UWG ist ein Korrektiv, um das im Grundsatz bewährte System der privaten Rechtsverfolgung und -durchsetzung durch Mitbewerber und Verbände im Lauterkeitsrecht in effizienter Weise zu erhalten.<sup>36)</sup>

## 2. Rechtsnatur des § 8 Abs. 4 UWG

Die Frage nach der Rechtsnatur des § 8 Abs. 4 UWG ist in der Praxis von ganz erheblicher Bedeutung. Hat die Norm prozessualen Charakter, lässt sie also bei deren Vorliegen die Prozessführungsbefugnis entfallen, so ist sie als Prozessvoraussetzung in jeder Lage des Prozesses – auch im Berufungs- und Revisionsverfahren<sup>37)</sup> – von Amts wegen zu prüfen. Das erkennende Gericht ist – bei Vortrag der entsprechenden Indizien – verpflichtet, von sich aus festzustellen, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt, insbesondere hat es alle in Betracht kommenden Beweise von Amts wegen zu erheben.<sup>38)</sup> Bejahendenfalls ist die Klage als unzulässig abzuweisen.<sup>39)</sup> Dies wäre für die anwaltliche Praxis durchaus wünschenswert, da einem Gericht ganz andere Möglichkeiten an die Hand gegeben sind, einen Sachverhalt zu ermitteln, als dem Abgemahnten, der sich auf Rechtsmissbrauch beruft.<sup>40)</sup>

32) BGH, 15.10.1969 – IZR 3/68, BGHZ 52, 393 – „Fotowettbewerb“.

33) BGH, 07.11.1985 – IZR 105/83, GRUR 1986, 320, 321 – „Wettbewerbsverein I“; vgl. auch BGH, 05.06.1997 – IZR 69/95, GRUR 1998, 489, 491 – „Unbestimmter Unterlassungsantrag III“; In den Entscheidungen BGH, 10.03.1971 – IZR 73/69, GRUR 1971, 516 – „Brockhaus-Enzyklopädie“; BGH, 14.10.1977 – IZR 160/75, GRUR 1978, 182, 183 – „Kinder-Freifahrt“ wurde die Rechtsmissbräuchlichkeit bereits erörtert, aber im Ergebnis noch verneint, vgl. zur Entwicklung Erdmann, in: Großkommentar, UWG (Fn. 10), § 13 Rn. 116 u. 122.

34) BGH, 12.04.1984 – IZR 45/82, GRUR 1984, 691, 692 – „Abmahnkosten“

35) BGH, 17.01.2002 – IZR 241/99, GRUR 2002, 357, 359 – „Missbräuchliche Mehrfachabmahnung“

36) Vgl. BGH, 06.04.2000 – IZR 76/98, GRUR 2000, 1089, 1090 – „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 4.2. Das dazu im Gegensatz bzw. in Ergänzung stehende behördliche Modell wird in EU-Ländern praktiziert. Vgl. allgemein zu den verpassten Chancen einer stärkeren behördlichen Durchsetzung Pichler, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009, S. 394 ff.

37) OLG Hamm, 28.07.2011 – 4 U 55/11, Rn. 28.

38) Mayer, WRP 2011, 534, 536; Reichold, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2011, vor 253, Rn. 12; das LG Bonn geht von einer Amtsermittlungspflicht aus: LG Bonn, 08.11.2007 – 12 O 159/07.

39) BGH, 11.07.1996 – IZR 79/94, GRUR 1996, 804, 806 – „Preisrätselgewinnauslobung III“; BGH, 10.12.1998 – IZR 141/96, GRUR 1999, 509, 510 – „Vorratslücken“; BGH, 17.01.2002 – IZR 241/99, GRUR 2002, 357, 359 – „Missbräuchliche Mehrfachabmahnung“; BGH, 17.11.2005 – IZR 300/02, GRUR 2006, 243 Rn. 22 – „MEGA SALE“; Bergmann, in: Harte/Henning, UWG (Fn. 2), § 8 Rn. 309; Büscher, in: Fezer, UWG (Fn. 10), § 8 Rn. 283; Piper, in: Piper/Ohly/Sosnitzer (Fn. 2), UWG, § 8 Rn. 176 u. 180 f.; Teplitzky (Fn. 10), Kap. 13 Rn. 51; zu § 13 Abs. 5 UWG 1909 siehe Erdmann, in: Großkommentar (Fn. 10), UWG, § 13 Rn. 125 ff.; Solmecke/Dierking, MMR 2009, 727; vgl. auch BT-Drucks. 10/5771 v. 25.06.1986, S. 22.

40) So ausdrücklich das LG Bonn, 08.11.2007 – 12 O 159/07, das daher sogar von einer Amtsermittlungspflicht ausgeht.

## Buchmann – Neuere Entwicklungen im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

Die wohl früher h. M. ging von einer Prozessvoraussetzung aus. Die Gegenansicht vertritt, dass die Norm einen besonderen Fall des Rechtsinstituts der unzulässigen Rechtsausübung darstelle und damit materiell-rechtlichen Charakter habe,<sup>41)</sup> § 8 Abs. 4 UWG sei eine rechtsvernichtende Einwendung.<sup>42)</sup> Die Voraussetzungen dieser Norm müssen im Prozess dementsprechend vom Abgemahnten dargelegt und zur Überzeugung des erkennenden Gerichts bewiesen werden.<sup>43)</sup> Liegen die Voraussetzungen vor, führt dies zur Abweisung der Klage oder des Verfügungsantrags als unbegründet.

Der Wortlaut der Norm, wonach die „Geltendmachung“ des Anspruchs „unzulässig“ ist, spricht zwar für eine Einordnung als Prozessvoraussetzung, allerdings ist diese Auslegung nach dem Wortlaut nicht zwingend, das Rechtsinstitut der „unzulässigen Rechtsausübung“ beispielsweise ist eine materielle Einwendung.<sup>44)</sup> Auch die systematische Auslegung spricht nicht für eine Prozessvoraussetzung, der vorstehende § 8 Abs. 3 UWG stellt eine materiell-rechtliche Regelung der Anspruchsberechtigung dar.<sup>45)</sup> So wird „lauterkeitsrechtliches Sonderprozessrecht“ – auch mit Blick auf die Verfahrensvorschriften (§§ 12-15 UWG) – vermieden. Die Gegenansicht nimmt für § 8 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 UWG eine Doppelnatur an,<sup>46)</sup> für § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG soll sich die Prozessführungsbefugnis nur aus den allgemeinen Regeln ergeben.

Entscheidend sprechen teleologische Gesichtspunkte für einen materiell-rechtlichen Charakter der Norm, denn deren Zweck ist es, den Missbrauch des Rechtsinstituts der Abmahnung zu verhindern. Einen nachhaltigen Schutz der Abgemahnten – und auch der Gerichte – vor rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen erreicht man erst, wenn man § 8 Abs. 4 UWG als rechtsvernichtende Einwendung qualifiziert.<sup>47)</sup> Die Feststellung des Missbrauchs führt auf diese Weise zum Erlöschen des Anspruchs insgesamt und wird nicht nur im konkreten Fall der gerichtlichen Geltendmachung prozessual relevant. Diese Auslegung vermeidet auch den Kunstgriff der „Abmahnbefugnis“,<sup>48)</sup> die im außergerichtlichen Bereich mit der Prozessführungsbefugnis korrespondieren soll. Denn gerade vorprozessual wird deutlich, dass es sich ausschließlich um eine materiell-rechtliche Frage der Anspruchsberechtigung handelt, die von § 8 Abs. 4 UWG erfasst wird.<sup>49)</sup>

Für die anwaltliche Praxis wenig wünschenswert bedeutet dies allerdings auch, dass sich der Abgemahnte nicht auf die Hilfe des erkennenden Gerichts verlassen darf. Er muss die Indizien, die für Rechtsmissbrauch sprechen, selbst beibringen und beweisen,

es gilt der Beibringungsgrundsatz. Dies gilt auch für den Fall einer negativen Feststellungsklage.<sup>50)</sup>

### 3. Tatbestand

Kern der Norm ist das Merkmal des „Missbrauchs“, dessen Konkretisierung Rechtsprechung und Lehre überlassen worden ist.<sup>51)</sup> Die Rechtsprechung des BGH hat sich bemüht, anhand objektiver Kriterien diesem Auftrag nachzukommen, vermutet allerdings – entsprechend der Vermutung für die Klagebefugnis –, dass kein missbräuchliches Vorgehen vorliegt.<sup>52)</sup> Vor dem Hintergrund der Einordnung als materiell-rechtliche Regelung verbietet sich eine solche Vermutung allerdings. Im Gegenteil, für die Annahme des Rechtsmissbrauchs müssen die sachfremden Ziele lediglich überwiegen.<sup>53)</sup>

Eine pauschale Beurteilung eines als missbräuchlich gerügten Verhaltens ist nicht möglich. Es ist stets der Einzelfall „unter Berücksichtigung der gesamten Umstände“ zu untersuchen. Ausschlaggebend sind Motiv und Zweck der Geltendmachung.<sup>54)</sup> Als innere Tatsachen unterliegen sie allerdings Beweisschwierigkeiten und können i. d. R. nur aus den objektiven Umständen gefolgert werden. Daher hat die Rechtsprechung eine Reihe von Indizien herausgearbeitet, die für den Missbrauch sprechen. Dabei ist zu beobachten, dass die Indizien, aufgrund derer der BGH jüngst in Sachen „Bauheizgerät“<sup>55)</sup> Rechtsmissbrauch annahm, mehr werden und sich die Rechtsprechung insbesondere bei Internetsachverhalten von der Vermutung gegen Rechtsmissbrauch verabschiedet. Neben einer wegweisenden Entscheidung zum Missbrauch nach § 8 Abs. 4 UWG hat der BGH auch eine wichtige Entscheidung zur Frage der Geltendmachung von Vertragsstrafen („Missbräuchliche Vertragsstrafe“)<sup>56)</sup> gefällt. Die beiden Entscheidungen zusammen zeigen deutlich auf, dass jedenfalls bei den Verbraucherschützenden Vorschriften, die außerhalb des UWG normiert sind, der Umfang von Unterlassungsansprüchen überdacht werden muss.

#### a) BGH, Urt. v. 15.12.2011 – I ZR 174/10 – „Bauheizgerät“

Der jüngsten Entscheidung des BGH zum Missbrauch nach § 8 Abs. 4 UWG lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien verkaufen u. a. Bauheizgeräte. Die Klägerin hatte die Beklagte zweimal abgemahnt. Grund dafür war in beiden Fällen die Werbung seitens der Beklagten für die Bauheizgeräte mit „2 Jahre Garantie“ auf eBay, ohne diese Garantie näher zu erläutern. Für die erste Abmahnung stellte der BGH fest, dass die Abmahnung nach § 8 Abs. 4 UWG missbräuchlich sei. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war eine Reihe von Indizien:

aa) Beinhaltet eine vorformulierte Unterlassungserklärung das Versprechen einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung, so ist dies ein Hinweis darauf, dass die abmahnende Partei vornehmlich das Interesse

41) Köhler, in: FS Schrickler, 2005, S. 725, 726 ff.; ders., in: Köhler/Bornkamm, § 8 Rn. 4.4; Rath/Hausen, WRP 2007, 133, 134 Fn. 16; in diese Richtung auch, wenngleich differenzierter Fritzsche, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 8 Rn. 477; früher auch bereits v. Ungern-Sternberg, FS Klaka, 1987, S. 95 ff.

42) A. A. Fritzsche, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 8 Rn. 477 „dauernde rechtshemmende Einwendung“.

43) So auch Jackowski, WRP 2010, 38, 43.

44) Köhler, in: FS Schrickler, S. 725, 727.

45) Greger, NJW 2000, 2457, 2462 f.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 3.10; Fritzsche, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 8 Rn. 477; Goldbeck, Der „umgekehrte“ Wettbewerbsprozess, 2006, S. 67.

46) Vgl. nur BGH, 23.02.2006 – I ZR 164/03, GRUR 2006, 517 Rn. 15 – Blutdruckmessungen; BGH, 16.11.2006 – I ZR 218/03, GRUR 2007, 610 Rn. 14 – Sammelmitgliedenschaft V; Jestaedt, in: Ahrens (Fn. 1), Kap. 18 Rn. 4; Bergmann, in: Harte/Henning/ § 8 Rn. 261; Büscher, in: Fezer (Fn. 10) § 8 Rn. 195; Tepitzky, (Fn. 10), Kap. 13 Rn. 13, 25 ff.; Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitzka (Fn. 2), UWG, § 8 Rn. 86.

47) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, (Fn. 2), § 8 Rn. 4.4.

48) BT-Drucks. 10/5771 v. 25.06.1986, S. 22.

49) Fritzsche, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 8 Rn. 477; Köhler, in: FS Schrickler, S. 725, 728.

50) Dazu ausführlich Menke, WRP 2012, 55 ff.

51) In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 10/5771 v. 25.06.1986 S. 22) wurde ausgeführt, dass mit dem neu eingeführten Missbrauchstatbestand eine bereits vorhandene Tendenz in der Rechtsprechung gefördert werden soll.

52) BGH, 17.11.2005 – I ZR 300/02, GRUR 2006, 243, 244 Rn. 21 – „MEGA SALE“; KG, 25.01.2008 – 5 W 371/07, GRUR-RR 2008, 212 „Fliegender Gerichtsstand“.

53) BGH, 22.04.2009 – I ZR 14/07, WRP 2009, 1510 – „0,00 Grundgebühr“.

54) BGH, 05.10.2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 355 „Verbandsklage“; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 4.11.

55) BGH, 15.12.2011 – I ZR 174/10, WRP 2012, 930, 932, Rn. 19 – „Bauheizgerät“ = K&R 2012, 518 ff. m. Anm. Schmitt-Gaedke; vgl. dazu auch Tepitzky, LMK 2012, 334938.

56) BGH, 31.05.2012 – I ZR 45/11, WRP 2012, 1086, 1087, Rn. 20 m. w. N. – „Missbräuchliche Vertragsstrafe“ = K&R 2012, 591 m. Anm. Wäßle.

## Buchmann – Neuere Entwicklungen im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

verfolgt, aus den Vertragsstrafen Gewinne zu erzielen. Der BGH sieht darin gerade im Internet eine Haftungsfalle.<sup>57)</sup>

bb) Weiteres Indiz für das Gewinnerzielungsinteresse des Abmahners ist die Festsetzung einer pauschalen Vertragsstrafe für jede Art der Zuwiderhandlung in Höhe von 5.100 Euro, selbst für kleinere Wettbewerbsverstöße, die kein besonderes Gewicht haben und an deren Unterlassung „kein nennenswertes Interesse des Mitbewerbers an der Rechtsverfolgung“<sup>58)</sup> besteht. Das Argument, mit einer hohen Vertragsstrafe solle die Zuständigkeit der wettbewerbsrechtlich kompetenten Landgerichte sichergestellt werden, ließ der BGH nicht gelten und ließ auch die umstrittene Frage offen, ob die Landgerichte wegen § 13 Abs. 1 S. 1 UWG streitwertunabhängig bei der Geltendmachung von Vertragsstrafen zuständig sind.<sup>59)</sup>

Interessant ist in der Begründung des BGH, dass die Richter davon ausgehen, dass es sich bei den Informationspflichten um „Verstöße von eher unterdurchschnittlichem Gewicht“ handelt, die „kein nennenswertes Interesse des Mitbewerbers an der Rechtsverfolgung“ begründen.<sup>60)</sup> Dass gleichwohl die Spürbarkeitsschwelle des § 3 UWG überschritten ist, beruht nur auf den europäischen Richtlinien, die den Informationspflichten zugrunde liegen. Konsequenterweise könnte dies durch Streitwerte im untersten Bereich ausgeglichen werden, was allerdings nur zögerlich zu beobachten ist.<sup>61)</sup>

cc) Ist die vorformulierte Unterlassungserklärung so weit gefasst, dass darunter auch andere als die abgemahnten Verstöße – nämlich jedwede gesetzwidrige Belehrung eines Verbrauchers – fallen, so ist dies als weiterer Hinweis auf das Gewinnerzielungsinteresse zu sehen. Es ist evident, dass letztlich damit Geld verdient werden soll, indem Vertragsstrafen geltend gemacht werden.<sup>62)</sup>

Im Übrigen muss eine Abmahnung den gerügten Sachverhalt genau beschreiben. Ist dem Abgemahnten nicht klar, welches Verhalten exakt er künftig unterlassen soll, so ist die Abmahnung in diesem Punkt zu unbestimmt.<sup>63)</sup> Fordert der Abmahner in der vorformulierten Unterlassungserklärung mehr als das, was er konkret beschrieben hat, so ist dies ein deutliches Zeichen dafür, dass er den Abgemahnten übervorteilen will, und damit – wie vom BGH angenommen – ein Indiz für Rechtsmissbrauch.

dd) Ein Indiz, dass für den Abmahner die Kostenerstattung im Vordergrund steht, sah der BGH auch darin, dass der Abmahner die Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung mit der Forderung nach Erstattung der Abmahnkosten so miteinander verbunden hatte, dass beim Abgemahnten der Eindruck entstehen musste, er könne einen Prozess nur durch sofortige Abgabe einer Unterlassungserklärung und Zahlung der Anwaltskosten vermeiden, obgleich für die Zahlungsfrist keine Eilbedürftigkeit bestehe.<sup>64)</sup>

ee) Ist als Gerichtsstand der Sitz des Prozessbevollmächtigten und nicht der Sitz des Abmahners in der vorformulierten Unterlassungserklärung vereinbart, so dient dies nach Ansicht des BGH nicht der Effektivität der Verfolgung von Lauterkeitsverstößen, sondern der Arbeitserleichterung des Prozessbevollmächtigten. Dies ist ein weiterer Hinweis auf die Missbräuchlichkeit der Abmahnung.

ff) Ohne Relevanz war die Tatsache, dass die Beklagte den verschiedenen (missbräuchlichen) Forderungen der Klägerin nicht nachgekommen war, sondern stattdessen eine eigene, modifizierte Unterlassungserklärung abgegeben hatte. Die Abmahnung war schon deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Klägerin versucht hatte, mit ihrer Abmahnung das Gelderzielungsinteresse durchzusetzen. Zudem war der Hinweis auf eine eigene Unterlassungserklärung so unpräzise, dass die Beklagte den Eindruck erhalten musste, dass sie besser die vorformulierte Unterlassungserklärung abgeben solle, um einen Prozess zu vermeiden.

gg) Nach Ansicht des BGH ist eine systematische Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen zwar ein Indiz für Rechtsmissbrauch, aber auch schon eine einzige Abmahnung kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn entsprechende Indizien für sachfremde Motive vorliegen.

Dieser – klarstellende – Hinweis ist für die Praxis nicht unerheblich. Vor noch nicht allzu langer Zeit machten zahlreiche untergerichtliche Entscheidungen die Runde, bei denen im Wesentlichen die Anzahl der Abmahnungen im Verhältnis zum erzielten Umsatz für die Rechtsmissbräuchlichkeit herangezogen wurden.<sup>65)</sup> Es ist müßig, darüber zu diskutieren, ob fünf Abmahnungen bei einem Umsatz von 10.000 Euro rechtsmissbräuchlich sind. Darum geht es im Kern nicht nur. Die Verhältnismäßigkeit von Abmahnungen zur sonstigen Tätigkeit ist nur ein Indiz, aber nicht notwendige Voraussetzung, wie die Entscheidung des BGH in Sachen „*Bauheizgerät*“ deutlich gemacht hat. Für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs muss es sich nicht um eine Massenabmahnung handeln.

#### b) Weitere Indizien für eine missbräuchliche Geltendmachung

In seiner früheren Rechtsprechung hat der BGH weitere Indizien benannt, die angesichts der bereits bestehenden Literatur<sup>66)</sup> nur der Vollständigkeit halber kurz dargestellt werden.

##### aa) Einnahmenerzielungsinteresse

Das Gesetz nennt als typischen Beispielfall („insbesondere“) das Gebührenerzielungsinteresse. Der BGH hat entschieden, dass die Geltendmachung von Ansprüchen unzulässig ist, wenn der Anspruchsberechtigte kein nennenswertes wirtschaftliches oder sonstiges sachliches Interesse an der Rechtsverfolgung erkennen lässt, sondern sich aus der Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers von keinem anderen Zweck als dem des Gebührenerzielungsinteresses leiten lässt.<sup>67)</sup> Dies ist regelmäßig auch der Fall, wenn die Abmahntätigkeit sich verselbstständigt, d. h. in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit des Abmahners steht.<sup>68)</sup> Ein starkes Indiz

57) BGH, 15.12.2011 – IZR 174/10, WRP 2012, 930, 932, Rn. 19 – „Bauheizgerät“.

58) BGH, 15.12.2011 – IZR 174/10, WRP 2012, 930, 932, Rn. 21 – „Bauheizgerät“.

59) BGH, 15.12.2011 – IZR 174/10, WRP 2012, 930, 932, Rn. 23 m. w. N. – „Bauheizgerät“.

60) Dies sieht auch das BMI so, vgl. Referentenentwurf zum Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 12.03.2012.

61) So z. B. das OLG Düsseldorf, 05.07.2007 – I-20 W 15/07: falsche Widerrufsbelehrung Streitwert 900 Euro.

62) BGH, 15.12.2011 – IZR 174/10, WRP 2012, 930, 933, Rn. 26 – „Bauheizgerät“.

63) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 12 Rn. 1.15.

64) BGH, 15.12.2011 – IZR 174/10, WRP 2012, 930, 933, Rn. 27 – „Bauheizgerät“.

65) Vgl. *Solmecke/Dierking*, MMR 2009, 727 m. zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.

66) *Barbasch*, GRUR-Prax 2011, 486, *Solmecke/Dierking*, MMR 2009, 727.

67) BGH, 05.10.2000 – IZR 237/98, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 4.11.

68) BGH, 05.10.2000 – IZR 237/98, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“; OLG Frankfurt, 14.12.2006 – 6 U 129/06, GRUR-RR 2007, 56, 57; OLG Hamm, 28.07.2011 – 4 U 55/11, Rn. 33 f.

## Buchmann – Neuere Entwicklungen im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung

dafür ist, wenn eine unverhältnismäßig umfangreiche Abmahn-tätigkeit in einem Branchenbereich vorliegt, in dem der Abmah-nende selbst nur marginal tätig ist.<sup>69)</sup> In diesen Fällen sollte m. E. im Übrigen der Umsatz der sich überschneidenden Ge-schäftsbereiche herangezogen werden, um zu beurteilen, ob ein vernünftig wirtschaftender Unternehmer eine Abmahnung aus-gesprochen hätte oder ob offensichtlich pekuniäre Interessen im Vordergrund stehen.

Eine umfangreiche oder sogar massenhafte Abmahntätigkeit an sich stellt noch keinen Missbrauch dar.<sup>70)</sup> Auch der BGH schreibt im Bauheizgerät-Urteil einer hohen Anzahl von Abmah-nungen lediglich Indizwirkung zu.<sup>71)</sup> Ein auf privater Initiative beruhendes Vorgehen gegen eine Vielzahl von Lauterkeitsver-stößen ist dem Rechtsfolgensystem des Lauterkeitsrechts sogar immanent.<sup>72)</sup> Es ist aber ein Indiz dafür, gerade wenn die Um-sätze im sich überschneidenden Markt gering sind oder an der zu unterlassenden Handlung nur ein geringfügiges Interesse<sup>73)</sup> be-steht.

Ein Rechtsmissbrauch liegt indes vor, wenn der mandatierte Anwalt das Abmahngeschäft „in eigener Regie“ betreibt, insbe-sondere selbst Wettbewerbsverstöße erst ermittelt.<sup>74)</sup> Diese Fälle häufen sich vor allem im Online-Bereich. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn der Anwalt den Auftraggeber vom Kostenrisiko ganz oder teilweise freistellt, indem beispielsweise durch eine Zusamenarbeit eines Anwalts mit einem Prozessfinanzierer ein „kosten-neutrales“ Vorgehen gegen „Schwarzverkäufer“ angeboten wird.<sup>75)</sup> Ein Rechtsmissbrauch ist gleichfalls indiziert, wenn der Anspruchsberechtigte eine pauschale Honorarvereinbarung mit seinem Rechtsanwalt pro Abmahnung getroffen hat, dieser in seinen Abmahnungen jedoch Ansprüche mit einem Streitwert geltend macht, die zu weit höheren Gebühren nach RVG für die außergerichtliche Tätigkeit führen.<sup>76)</sup> Hier dürfte im Übrigen der Tatbestand des (gewerbsmäßigen) Betruges erfüllt sein.

#### bb) Schädigungsinteresse

Eine weitere Fallgruppe ist die des Schädigungsinteresses, die zumeist im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Mehrfach-verfolgung genannt wird,<sup>77)</sup> darauf aber keineswegs beschränkt ist. Der Schwerpunkt des Missbrauchsvorwurfs verlagert sich hier darauf, dass es dem Abmahnden vornehmlich darum geht, den Abgemahnten mit Kosten und Risiken zu belasten und seine personellen und finanziellen Kräfte zu binden.<sup>78)</sup>

Die Rechtsprechung ist von missbräuchlicher Mehrfachverfol-gung in den folgenden Fallvarianten ausgegangen:<sup>79)</sup> die ge-trennte Rechtsverfolgung durch mehrere Kläger, obwohl die Möglichkeit einer Streitgenossenschaft bestand, die getrennte Mehrfachverfolgung durch verschiedene Unternehmen eines Konzerns, die gleichzeitige Verfolgung von Verfügungs- und Hauptsacheverfahren,<sup>80)</sup> wenn der Anspruchsberechtigte meh-rere aus einer einheitlichen Wettbewerbshandlung folgende Zu-widerhandlungen ohne sachliche Notwendigkeit gleichzeitig oder nacheinander gesondert verfolgt (sog. Verfahrensspaltung),<sup>81)</sup> sowie die Mehrfachabmahnung durch mehrere konzernverbundene Unternehmen für denselben Wettbewerbsverstoß.<sup>82)</sup>

In einem neueren Urteil hat der BGH<sup>83)</sup> auch die bislang offen gelassene Frage<sup>84)</sup> entschieden, dass die Maßstäbe für die miss-bräuchliche Geltendmachung von sachfremden, nicht schutz-würdigen Gründen nach § 8 Abs. 4 UWG wegen Mehrfachver-folgung eines einheitlichen Wettbewerbsverstoßes auf die Ver-folgung gleichartiger oder ähnlich gelagerter Wettbewerbsver-stöße zwischen denselben Parteien übertragbar sind.<sup>85)</sup> Im Ein-zelfall kann sich freilich ein sachlicher Grund für eine getrennte Inanspruchnahme rechtfertigen.

#### c) Folgen der rechtsmissbräuchlichen Abmahnung

Liegt eine missbräuchliche Abmahnung vor, so wird der Unterlassungserklärende ein nachhaltiges Interesse daran haben, sich von dem Unterlassungsvertrag zu lösen, um sich des Damokles-schwerts der Vertragsstrafe zu entledigen. Die Möglichkeiten, dieses Ziel zu erreichen, sind überschaubar. Der Unterlassungs-vertrag ist ein Dauerschuldverhältnis und unterliegt nicht der Verjährung;<sup>86)</sup> ein Recht zur ordentlichen Kündigung besteht regelmäßig nicht, weil sonst die Wiederholungsfahr nicht hin-reichend ausgeräumt ist. Neben der Kündigung des Unterlas-sungsvertrags aus wichtigem Grund<sup>87)</sup> kommt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, der allerdings noch schärfere Voraussetzungen als eine Kündigung aus wichtigem Grund hat. Jedenfalls müssen sich die Umstände wesentlich geändert haben, und diese Änderungen dürfen nicht nur im Bereich des Unterlassungserklärenden eingetreten sein;<sup>88)</sup> dies wird aber der Re-gelfall sein. Auch kommt eine Anfechtung in Betracht, wobei allerdings das Augenmerk auf die Frage gelegt werden muss,

69) BGH, 05.10.2000 – I ZR 237/98, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“; KG, 08.07.2008 – 5 W 34/08, MMR 2008, 742, 743.

70) *Fritzsche*, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 10), § 8 Rn. 457; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 4.12; *Jackowski*, WRP 2010, 38, 40; *Mayer*, WRP 2011, 534, 535 *Solmecke/Dierking*, MMR 2009, 727, 729; vgl. auch KG, 25.01.2008 – 5 W 371/07, GRUR-RR 2008, 212, 213 – „Fliegender Gerichtsstand“; OLG München, 12.12.2006 – 6 W 2908/06, GRUR-RR 2007, 55 „Media-Markt“; OLG Frankfurt, 14.12.2006 – 6 U 129/06, GRUR-RR 2007, 56, 57 – „sprechender Link“.

71) BGH, 15.12.2011 – I ZR 174/10, WRP 2012, 930, 933, Rn. 33 – „Bauheizgerät“.

72) Vgl. *Erdmann*, in: GrobKommentar-UWG (Fn. 10), § 13 Rn. 113.

73) So auch LG Siegen, 18.11.2011 – 7 O 40/11.

74) OLG Köln, 15.01.1993 – 6 U 147/92, GRUR 1993, 571; OLG München, 24.10.1991 – 6 U 2337/91, WRP 1992, 270.

75) KG, 08.07.2008 – 5 W 34/08, MMR 2008, 742, 743 ; siehe auch OLG Frankfurt, 14.12.2006 – 6 U 129/06, GRUR-RR 2007, 56, 57 – „Sprechender Link“.

76) LG Berlin, 30.04.2009 – 96 O 60/09, MMR 2009, 629 = BeckRS 2009, 19461.

77) *Bergmann*, in: Harte/Henning (Fn. 2), § 8 Rn. 319 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 4.13 ff.; *Fritzsche*, in: Münchener Kommentar UWG (Fn. 2), § 8 Rn. 458 ff.; *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka (Fn. 2), § 8 Rn. 160 (der als Oberbegriff die Mehrfachverfolgung nennt); *Jackowski*, WRP 2010, 38, 40; siehe auch *Hantke*, in: FS Erdmann, 2002, S. 831, 836 ff.

78) BGH, 06.04.2000 – I ZR 67/98, GRUR 2001, 82 – „Neu in Bielefeld I“.

79) Vgl. *Bergmann*, in: Harte/Henning (Fn. 2), § 8 Rn. 320.

80) BGH, 06.04.2000 – I ZR 76/98, GRUR 2000, 1091, 1093 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, 06.04.2000 – I ZR 67/98, GRUR 2001, 82 – Neu in Bielefeld I; BGH, 24.05.2000 – I ZR 222/97, GRUR 2001, 78, 79 – Falsche Herstellerpreismepfehlung; BGH, 20.12.2001 – I ZR 215/98, GRUR 2002, 715, 716 – Scanner-Werbung und OLG Nürnberg, 20.07.2004 – 3 W 1324/04, GRUR-RR 2004, 336 einerseits sowie OLG Köln, 09.02.2009 – 6 W 4/09, GRUR-RR 2009, 183 andererseits.

81) OLG Hamburg, 05.07.1984 – 3 U 46/84, GRUR 1984, 826 und 15.02.1996 – 3 U 6/96, WRP 1996, 579, 580; OLG München, 18.12.1997 – 29 U 3017/97, NJWE-WettBR 1998, 211, 212.

82) BGH, 17.01.2002 – I ZR 241/99, GRUR 2002, 357, 359 – „Missbräuchliche Mehrfachabmahnung“.

83) BGH, 22.04.2009 – I ZR 14/07, GRUR 2009, 1180, 1182 Rn. 20 – „0,00 Grundgebühre“.

84) BGH, 20.12.2001 – I ZR 15/98, GRUR 2002, 713, 714 – „Zeitlich versetzte Mehrfachverfolgung“, vgl. aber OLG Köln, 21.10.2005 – 6 U 106/05, GRUR-RR 2006, 203, 204 – „Der Beste Preis der Stadt“; OLG Hamburg, 12.07.2006 – 5 U 179/05, GRUR-RR 2006, 374, 375.

85) BGH, 22.04.2009 – I ZR 14/07, GRUR 2009, 1180, 1182 Rn. 20 – „0,00 Grundgebühre“; OLG Köln, 21.10.2005 – 6 U 106/05, GRUR-RR 2006, 203, 204 – „Der Beste Preis der Stadt“; OLG Hamburg, 12.07.2006 – 5 U 179/05, GRUR-RR 2006, 374, 375 – „200. Neueröffnung“.

86) Die häufig propagierten 30 Jahre finden im geltenden Recht keine Grundlage.

87) OLG Hamm, 17.08.2010 – I-4 U 62/10 Rn. 67; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 2), § 8 Rn. 4.6.

88) BGH, 09.03.2010 – VI ZR 52/09; LG Tübingen, 21.11.2011 – 20 O 27/11.



ob nicht lediglich ein unbeachtlicher Motivirrtum vorgelegen hat.<sup>89)</sup> Schließlich ist eine Lösung vom Vertrag über die Grundsätze der culpa in contrahendo denkbar.<sup>90)</sup> Im Falle von fahrlässigem Handeln des Gläubigers in Bezug auf die Rechtslage liegt eine Pflichtverletzung des Abmahnenden im vorvertraglichen Bereich vor. Dies kann einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB entstehen lassen, wenn der Vertrag für den Abgemahnten wirtschaftlich schädigend ist,<sup>91)</sup> wovon regelmäßig auszugehen sein wird. Es wird schließlich vertreten, dass eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung, sofern ihr bereits eine vorformulierte Unterlassungserklärung beigelegt war, kein gültiges Angebot für einen Unterlassungsvertrag darstellen kann.<sup>92)</sup> Hat der Unterlassungserklärende allerdings eine eigene Unterlassungserklärung formuliert, dürfte dieser Einwand keinen Bestand haben, weil das – ungültige – Angebot des Abmahnenden nicht angenommen, sondern ein eigenes Angebot abgegeben wurde, § 150 Abs. 2 BGB.

Gelingt es dem Unterlassungserklärenden, den Nachweis des Rechtsmissbrauchs zu führen, so kann er sich vom Unterlassungsvertrag lösen und die Unterlassungserklärung im Original vom angeblichen Unterlassungsgläubiger zurückverlangen (§ 812 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt für eine etwaig abgegebene Abschlusserklärung auf eine einstweilige Verfügung.<sup>93)</sup> Zudem ist zu prüfen, ob gemäß § 826 BGB auch ein Schadensersatzanspruch besteht, der insbesondere die Verteidigungskosten gegen die Abmahnung beinhaltet.<sup>94)</sup>

### III. Missbräuchliche Geltendmachung einer Vertragsstrafe

Hat der Unterlassungserklärende nicht oder erfolglos versucht, sich vom Unterlassungsvertrag zu lösen, bleibt ihm im Falle der Geltendmachung einer Vertragsstrafe aufgrund eines Verstoßes gegen die abgegebene Unterlassungserklärung der Einwand der rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung der Vertragsstrafe. Der BGH hat sich jüngst mit dieser Frage auseinandergesetzt und entschieden, dass sie nicht nach § 8 Abs. 4 UWG, sondern nach § 242 BGB zu beurteilen ist.<sup>95)</sup>

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien vertrieben im Internet Ersatz- und Zubehörteile für Geländefahrzeuge. Die Klägerin mahnte die Beklagte zweimal wegen verschiedener Lauterkeitsverstöße ab. In beiden Fällen gab die Beklagte entsprechende strafbewehrte Unterlassungserklärungen ab. Später verstieß die Beklagte in zwei Fällen gegen die erste Unterlassungserklärung. Die Klägerin forderte daraufhin die Entrichtung zweier Vertragsstrafen.

Der BGH entschied, dass die Einforderung der Vertragsstrafen nicht rechtsmissbräuchlich war. Die Frage sei an den Voraussetzungen des § 242 BGB und nicht an § 8 Abs. 4 UWG zu mes-

sen. § 8 Abs. 4 UWG sei im Wesentlichen Korrektiv für § 8 Abs. 3 UWG.<sup>96)</sup> Die Gefahr einer Gläubigermehrheit bestehe nicht, wenn eine Unterlassungserklärung bereits abgegeben worden sei, da § 8 Abs. 4 UWG auf vertragliche Ansprüche insgesamt nicht anwendbar sei. Lediglich die Umstände, die zur Ermittlung der Missbräuchlichkeit i. S. v. § 8 Abs. 4 UWG herangezogen werden, können auch bei § 242 BGB angeführt werden, sofern sie im Zusammenhang mit der Abgabe der Unterlassungserklärung stehen.<sup>97)</sup>

Die im vorliegenden Fall vom Beklagten vorgebrachten Indizien reichten jedoch nicht aus, eine Missbräuchlichkeit nach § 242 BGB festzustellen. Die angeführten Gründe (Forderung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafen, die Annahme unverhältnismäßig hoher Streitwerte und unterlassene Geltendmachung abgemahnter Wettbewerbsverstöße, Mehrfachverfolgung) bezogen sich auf die spätere Abmahnung und die daraufhin abgegebene Unterlassungserklärung.<sup>98)</sup> Der BGH stellte damit klar, dass zwischen den einzelnen Abmahnungen unterschieden werden muss. Die Umstände der Rechtsmissbräuchlichkeit müssen im Zeitpunkt der Geltendmachung für jede Unterlassungserklärung gesondert geprüft werden.

### IV. Einordnung der neuen Entscheidungen des BGH

Die angeführten Fallgruppen und Indizien sind nicht abschließend. Es ist zu erwarten, dass die Gerichte in ihrer zukünftigen Rechtsprechung weitere Hinweise herausarbeiten, die in dem ein oder anderen Fall ein Indiz für Rechtsmissbrauch sein können.

Diese Indizien mögen gelegentlich bei der Beurteilung einer Abmahnung helfen, dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass jeder Fall für sich geprüft werden muss. Nur weil eine Reihe von Indizien für den Rechtsmissbrauch spricht, bedeutet dies noch lange nicht, dass eine Abmahnung auch rechtsmissbräuchlich war. Genauso wenig bedeutet das Nichtvorliegen sämtlicher Indizien nicht, dass die Abmahnung deshalb rechtmäßig ist. Im Gegenteil, das Herausarbeiten von Indizien für den Rechtsmissbrauch gestaltet das Abmahnen deutlich leichter. Derjenige, der Missbräuchliches im Sinn hat, wird die überschaubaren Hürden umgehen können, indem er die Abmahnung den Vorgaben entsprechend anpasst. So erhält er die begehrte Unterlassungserklärung, die gerade bei Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften früher oder später zur Verwirkung einer Vertragsstrafe führen wird.

Statt einer festen Vertragsstrafe wird der Neue Hamburger Brauch genommen, die Fristen werden angemessen gesetzt und Zahlungsfristen für die Abmahnkosten nicht mit der Frist für die Abgabe einer Unterlassungserklärung gleichgesetzt. Es erfolgt eine genaue Belehrung darüber, dass es sich bei der vorformulierten Unterlassungserklärung nur um einen Vorschlag handelt und dass der Unterlassungsschuldner selbstverständlich eine eigene Unterlassungserklärung abgeben kann. Das Wort „verschuldensabhängig“ wird explizit erwähnt und der Fortsetzungszusammenhang nicht ausgeschlossen. Beim Streitwert bleibt man moderat. Damit sind nahezu alle objektiven Kriterien, die der BGH in seiner Rechtsprechung festgelegt hat, nicht erfüllt. Geht man dann noch davon aus, dass eine Amtsermittlungs-

89) Vgl. OLG Hamm, 22.03.2012 – I-4 U 194/11, MMR 2012, 538 f.

90) OLG Karlsruhe, 11.03.1998 – 6 U 141/97, CR 1998, 361 = EWIR § 1 UWG 12/98, 959, 960 m. Anm. *Mankowski; Köhler*, in: Großkommentar zum UWG (Fn. 10), Vorb. § 13 B Rn. 106; vgl. OLG Stuttgart, 16.04.1993 – 2 U 243/92, WM 1993, 2185, 2186 (unter Berufung auf Treu und Glauben).

91) *Bornkamm*, in: Köhler/ Bornkamm (Fn. 2), § 12 Rn. 1.165.

92) *Büscher*, in: Fezer (Fn. 10), § 8 Rn. 298.

93) Vgl. dazu KG, 15.05.2012 – 5 U 148/11, WRP 2012, 1140 ff.

94) Vgl. LG Berlin, 18.01.2007 – 16 O 570/06.

95) BGH, 31.05.2012 – IZR 45/11, WRP 2012, 1086 – „Missbräuchliche Vertragsstrafe“; dazu auch *Himmelsbach*, GRURPrax 2012, 321 ff.

96) BGH, 31.05.2012 – IZR 45/11, WRP 2012, 1086, 1087, Rn. 20 m. w. N. – „Missbräuchliche Vertragsstrafe“.

97) BGH, 31.05.2012 – IZR 45/11, WRP 2012, 1086, 1087, Rn. 21 – „Missbräuchliche Vertragsstrafe“.

98) BGH, 31.05.2012 – IZR 45/11, WRP 2012, 1086, 1088, Rn. 24 – „Missbräuchliche Vertragsstrafe“.

pfligt der Gerichte nicht besteht, wird es für einen Abgemahnten fast unmöglich sein, Rechtsmissbrauch nachzuweisen, da er keinen Einblick in die Verhältnisse des Abmahnenenden hat und auch keine Handhabe, an die relevanten Informationen zu gelangen. Die gegenwärtige Regelung zum Missbrauch des Lauterkeitsrechts ist so nicht ausreichend.

## V. Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken

Das vorgenannte Dilemma zeigt, dass es zu einfach ist, das geltende Rechtssystem missbräuchlich auszunutzen. Wer einmal eine Unterlassungserklärung abgegeben hat, ist an diese sein Lebtag gebunden, sofern sich nicht eine der (schwer zu beweisenden) Möglichkeiten bietet, sich irgendwie vom Unterlassungsvertrag zu lösen.<sup>99)</sup> Neue Regelungen, die die lauterkeitsrechtliche Abmahnung nicht zu einer Farce verkommen lassen, sind daher dringend notwendig. Dies wurde auch in Berlin erkannt. In der Begründung des Referentenentwurfs zum „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ heißt es wörtlich: „Durch die in dem Entwurf enthaltenen Regelungen werden finanzielle Anreize für Abmahnungen deutlich verringert und die Position des Abgemahnten gegenüber einem missbräuchlich Abmahnenenden gestärkt. Dadurch soll die Zahl der Abmahnungen abnehmen, die weniger im Interesse eines lautereren Wettbewerbs als zur Gebührenerzielung ausgesprochen werden.“<sup>100)</sup>

Zur Eingrenzung des Rechtsmissbrauchs enthält der Entwurf folgende Vorschläge:

### 1. Erstattung von Rechtsanwaltskosten (§ 8 Abs. 4 S. 2 UWG-E)

Einem rechtsmissbräuchlich auf Unterlassung in Anspruch Genommenem soll die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Anwaltskosten vom angeblichen Unterlassungsgläubiger erstattet zu erhalten. Der Referentenentwurf begründet dies damit, dass „die Regelung in § 8 Abs. 4 UWG in ihrer bisherigen Form keine ausreichende Wirkung“ entfalte. Viele der missbräuchlich Abgemahnten würden die geforderte Unterlassungserklärung abgeben, weil sie sich vor noch höheren Kosten einer anwaltlichen Beratung oder eines Prozesses scheuten.<sup>101)</sup> Mit der Neuregelung werde ein Ersatzanspruch geschaffen, auch wenn es nicht zum Prozess komme und Abgemahnte würden ermuntert, anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Die Vorschrift ändert an der bestehenden Rechtslage faktisch nichts. Auch jetzt schon hat ein rechtsmissbräuchlich Abgemahnter Anspruch auf Ersatz seiner Anwaltskosten aus § 826 BGB, der im Falle des Rechtsmissbrauchs regelmäßig einschlägig sein dürfte. Zudem wird ein Abmahner wohl kaum auf einfachen Zuruf die Kosten des Rechtsanwalts des Abgemahnten begleichen und sich für seine Untat entschuldigen. Eine gerichtliche Geltendmachung des Ersatzanspruchs wird der Regelfall sein, die Hürden bleiben.<sup>102)</sup> Das eigentliche Problem – nämlich der Nachweis des Rechtsmissbrauchs – wird von der Neuregelung

überhaupt nicht angegangen, geschweige denn gelöst. In dieser Form ist ein Kostenerstattungsanspruch unbrauchbar.<sup>103)</sup>

### 2. Streitwertbegünstigung (§ 12 Abs. 4 und Abs. 5 UWG-E)

Der Referentenentwurf schlägt vor, dass der Streitwert auf Antrag des Abgemahnten gemindert werden kann. Die beantragende Partei muss glaubhaft machen, dass der Streitwert in voller Höhe eine Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Existenz darstellt, was eine Offenlegung der Bücher im Prozess bedeutet.<sup>104)</sup> Das BMJ hatte dabei den besonderen Fall vor Augen, dass „wirtschaftlich unterschiedlich starke Parteien wie etwa ein Großunternehmen auf der einen und ein kleiner Einzelhändler auf der anderen Seite aufeinander[treffen und] sich daraus ein Ungleichgewicht in dem Sinne ergeben [kann], dass die Belastung der schwächeren Partei mit Kosten nach dem vollen Streit- oder Gegenstandswert deren wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde.“<sup>105)</sup>

Der Gedanke einer Streitwertreduzierung für den Abgemahnten mag nicht ganz falsch sein, obgleich es nicht zwingend einzusehen ist, warum ein berechtigt Abmahrender für einen ihm zustehenden Unterlassungsanspruch ggf. auch erhebliche Mehrkosten für ein gerichtliches Verfahren tragen soll, wenn der Abgemahnte auf die berechtigte Abmahnung nicht reagiert hat und so durch Nichtstun dazu beiträgt, dass die Kosten exorbitant steigen.<sup>106)</sup> Die Regelung krankt aber noch an einer weiteren Ungerechtigkeit: der verteidigende Anwalt erhält sein Honorar vom Abgemahnten nur aus dem niedrigeren Streitwert, der Entwurf sieht keinen Erstattungsanspruch für die Differenz zum höheren Streitwert durch den Unterlassungsgläubiger vor. Warum gleiche Arbeit ungleich entlohnt werden soll, erschließt sich nicht. Gleiches muss vom Gesetzgeber gleich behandelt werden. Die Regelung dürfte gegen Art. 3 GG verstoßen.<sup>107)</sup>

### 3. Streitwertfestlegung (§ 51 Abs. 3 GKG-E)

Sofern sich der Streitwert nicht nach Anhaltspunkten im Sach- und Streitstand bemessen lässt (§ 51 Abs. 2 GKG), soll künftig von einem Streitwert i. H. v. 1.000 Euro ausgegangen werden. Zur Begründung heißt es: „In vielen lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten werden von abmahnenenden Rechtsanwälten Gegenstandswerte festgelegt, die zu Gebühren führen, die von den Abgemahnten als ungerecht hoch empfunden werden und diese teilweise empfindlich treffen.“<sup>108)</sup>

Die vorgeschlagene Norm ist zu unbestimmt und ihr Verhältnis zu § 12 Abs. 4 UWG-E unklar. Für einen kleinen Händler wird ein Unterlassungsanspruch z. B. wegen Verstoßes gegen eine Verbraucherschutzvorschrift basierend auf § 3, 4 Nr. 11 UWG in der Regel tatsächlich keine nennenswerte Bedeutung haben. Ist nun der Streitwert insgesamt zu reduzieren oder greift die Streitwertbegünstigung? Fraglich ist zudem, ob diese Regelung

103) A. A. *Bitkom*, „Positionspapier zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, (18.07.2012), S. 10; *DHfK*, Stellungnahme, S. 11; *RAK -Sachsen* Stellungnahme Nr. 4/2012, S. 7.

104) *Rätze*, Referentenentwurf: Neue Regeln zum Streitwert bei Abmahnungen, <http://www.shopbetreiber-blog.de/2012/04/18/referentenentwurf-streitwert-abmahnung/>.

105) Referentenentwurf des BMJ, S. 44.

106) Vgl. auch Stellungnahme der *BRÄK* zum Referentenentwurf des BMJ gegen unseriöse Geschäftspraktiken, S. 14.

107) Vgl. BVerfG, 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 51; BVerfG, 30.09.1987 – 2 BvR 933/82; BVerfGE 76, 256, 329; BVerfG, 08.06.1988 – 2 BvL 9/85, BVerfGE 78, 249, 287.

108) Referentenentwurf des BMJ, S. 50.

99) Vgl. dazu etwa *Gottschalk*, GRUR 2004, 827 ff.

100) Referentenentwurf des BMJ, Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Stand: 12.03.2012, S. 16. Zum Entwurf auch *Maafen*, GRURPrax 2012, 252 ff.

101) Referentenentwurf des BMJ, S. 43.

102) *DHfK*, „Stellungnahme zum inoffiziellen RefE eines Gesetzes zur Bekämpfung unseriöser Geschäftspraktiken“ (12.03.2012), S. 11.

bis auf wenige Härtefälle überhaupt zur Anwendung kommen wird.<sup>109)</sup> Zudem besteht die (zutreffende) Befürchtung, dass bei einem so niedrigen Streitwert keine kostendeckende und damit qualitativ hochwertige Rechtsberatung mehr möglich ist.<sup>110)</sup> Das Ziel eines rechtsmissbräuchlich Abmahnenden wird damit aber auch nur zum Teil verhindert. Denn dieser erhält seine Unterlassungserklärung und damit die Möglichkeit, bei weiteren Verstößen Vertragsstrafen geltend zu machen. Die Streitwertdebatte klebt zu sehr an der Vorstellung, die Kosten der Abmahnung seien das Kernproblem. Wer Rechtsmissbrauch nachhaltig betreibt, verdient sein Geld mit der Geltendmachung von Vertragsstrafen. Warum sollte ein Unternehmer sonst seinen Namen für die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen hergeben, wenn er rein gar nichts davon hat? Sicherlich nicht nur aus dem altruistischen Ansatz, um seinem Anwalt eine Einnahmequelle zu verschaffen.

#### 4. Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstands“ (§ 14 Abs. 2 UWG-E)

Der Referentenentwurf sieht die Abschaffung des umstrittenen „fliegenden Gerichtsstands“ vor, um dem sog. „forum shopping“ ein Ende zu bereiten, das häufig missbräuchlich ausgenutzt werde. So soll Gerichtsstand nur noch bei dem Gericht sein, in dessen – innerdeutschen – Bezirk der Antragsgegner eine Niederlassung oder seinen Wohnsitz hat. Dies dient nach der Begründung der „Wiederherstellung der Waffengleichheit der Parteien“.<sup>111)</sup> Ohne einen Sitz des Antragsgegners im Inland bleibt das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde.

Während von Seiten der Wirtschaft die gesetzliche Festlegung des Gerichtsstandes auf den Begehungsort mit Hinweis auf die missbräuchliche Ausnutzung von Gerichten mit bestimmten Rechtsansichten begrüßt wird,<sup>112)</sup> sprechen sich andere mit dem Argument, dass viele Gerichte nicht über die notwendige Kompetenz im Wettbewerbsrecht verfügen, gegen diese Regelung aus.<sup>113)</sup> Insgesamt handelt es sich bei der Diskussion um ein Randthema, das in der Praxis keine nennenswerte Bedeutung hat.<sup>114)</sup> Eine Spezialzuständigkeit bestimmter Gerichte – ähnlich wie im Urheberrecht – wäre wünschenswert, allein schon um die Hinterlegung einer Schutzschrift einfacher zu gestalten.

## VI. Vorschläge zur Eindämmung des Missbrauchs bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen

Der Referentenentwurf ist nicht geeignet, dem teilweise bestehenden Rechtsmissbrauch Einhalt zu gebieten. Die Probleme liegen in der Praxis woanders. Zudem muss bedacht werden, dass die Vielzahl der ausgesprochenen Abmahnungen berechtigt und keineswegs missbräuchlich ist, wenn neue Regelungen geschaffen werden. Das System der Durchsetzung lauterkeitsrecht-

licher Ansprüche in Deutschland hat sich grundsätzlich bewährt.<sup>115)</sup>

Um die rechtsmissbräuchlich vorgehenden Unternehmer – und auch die sie vertretenden Anwälte – von der Geltendmachung unberechtigter Unterlassungsansprüche abzuhalten, müssen die typischen Fallkonstellationen verhindert werden. Die Indizien der Rechtsprechung sind im Einzelfall im Zweifel wertlos, weil es recht einfach ist, sie zu vermeiden, um an das Ziel – den Erhalt einer Unterlassungserklärung – zu gelangen.

Diese Vorschläge sollten freilich auf solche Abmahnungen begrenzt werden, bei denen das Unterlassungsinteresse faktisch nicht besteht, insbesondere also Ansprüche, die (zumindest auch) auf § 4 Nr. 11 UWG begründet, also materiell-rechtlich außerhalb des UWG verankert sind. Denn dort, wo es scheinbar um nichts geht, ist die Anfälligkeit für Missbrauch besonders hoch.<sup>116)</sup>

### 1. Kollusion als typisches Merkmal des Rechtsmissbrauchs

Zur Geltendmachung eines rechtsmissbräuchlichen Unterlassungsanspruchs bedarf es in der Regel zweier Täter, die kollusiv zum Schaden eines Dritten zusammenwirken: den Unternehmer, in dessen Namen der Lauterkeitsanspruch geltend gemacht wird, und einen Rechtsanwalt, der die Unterlassungsansprüche und die Rechtsanwaltskosten geltend macht. Typisch für diese Konstellation ist, dass zwischen Anwalt und Abmahner Gebührenabsprachen dergestalt bestehen, dass der Abmahner keine Anwaltskosten ersetzen muss – auch wenn von der Gegenseite nichts zu holen ist – und dass man sich im Gegenzug z. B. die Vertragsstrafen teilt. Der Rechtsanwalt macht dann bei der Gegenseite anwaltliche Kosten geltend, für die kein Aufwendungsersatzanspruch nach § 12 Abs. 1 S. 2. UWG besteht, weil dieser im Innenverhältnis explizit ausgeschlossen wurde. Vermutlich wird vielfach übersehen, dass es sich hier um (ggf. versuchten) gewerbsmäßigen Betrug handelt.

Möchte man den Missbrauch erschweren, muss folglich an diesem Punkt angesetzt werden. Das Innenverhältnis ist dem Abgemahnten regelmäßig unbekannt und es besteht für ihn auch keine Möglichkeit, an diese Informationen zu gelangen. Zu überlegen wäre z. B., ob sowohl Abmahnender als auch dessen Rechtsanwalt der Abmahnung eine eidesstattliche Versicherung beifügen müssen, dass die bereits entstandenen Anwaltskosten für die Aussprache der Abmahnung auf das Konto des Rechtsanwalts angewiesen wurden und dass zwischen Anwalt und Unterlassungsgläubiger keine Gebührenvereinbarung getroffen wurde, die von den Sätzen des RVG abweicht, kein Erfolgshonorar etc. vereinbart wurde, bzw. wie eine etwaige Gebührenvereinbarung beschaffen ist und welche Kosten bislang angefallen sind (z. B. im Falle einer Stundenhonorarvereinbarung). Im Zweifel muss dies nachgewiesen werden können. Damit würde zumindest die Hemmschwelle für eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung deutlich steigen.

109) BRAK, Stellungnahme, S. 13.

110) BRAK, Stellungnahme, S. 15; RAK-Sachsen Stellungnahme Nr. 4/2012, S. 10.

111) Referentenentwurf des BMJ, S. 45.

112) DIHK, Stellungnahme, S. 14-16.

113) Faustmann, WRP 2012, Heft 9, Editorial; BRAK, Stellungnahme Nr. 27 Mai 2012, S. 7; RAK-Sachsen Stellungnahme Nr. 4/2012, S. 8.

114) So auch Faustmann (Fn. 105).

115) Leutheusser-Schnarrenberger, WRP 2012, Heft 7, Editorial: „Selbstregulierung des Wettbewerbs im Dienste der Wirtschaft und der Verbraucher“.

116) Es ist bezeichnend, dass sogar der Gesetzgeber das so sieht. Die Vorgaben kommen von europäischer Ebene, ggf. wäre es ein Ansatz, die Paradigmen dort zu ändern.

## 2. Anzahl der Abmahnungen/Geschäftstätigkeit

Immer wieder zeigt sich, dass rechtsmissbräuchlich vorgehende Abmahner typischerweise eine Vielzahl von Abmahnungen aussprechen. Zwar kann im Internet recherchiert werden, ob der Abmahner bereits bekannt ist. Dies führt aber nicht zwangsläufig dazu, dass die tatsächliche Anzahl der Abmahnungen herausgefunden werden kann. Sollten daher Indizien für eine große Zahl von Abmahnungen sprechen, könnte ein Auskunftsanspruch eingeräumt werden, wie viele Abmahnungen tatsächlich ausgesprochen wurden, ggf. im Zeitraum der letzten ein oder zwei Jahre.

Die Anzahl der ausgesprochenen Abmahnungen ist aber nur dann von Interesse, wenn das Kostenrisiko ins Verhältnis zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Abmahners gestellt werden kann. Einen Auskunftsanspruch gegen den Abmahner bei Vorliegen zahlreicher Abmahnungen zu etablieren, ist allerdings schwierig, auch der berechtigt Abmahnde müsste ggf. seine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Zu erwägen wäre deshalb, ob in einem gerichtlichen Verfahren der Abmahner seine Kennzahlen nur dem Gericht vorlegen muss, das dann entscheidet, ob die Geschäftstätigkeit in einem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis zur Abmahntätigkeit steht. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Gesamtumsätze eines Unternehmens nicht von Relevanz sind, sondern der tatsächlich erzielte Gewinn, denn nur dieser bleibt für die Finanzierung der Abmahnungen. Schließlich ist auch nur auf den Teil des Umsatzes/der Rendite abzustellen, der mit der für das Wettbewerbsverhältnis relevanten Warengruppen erzielt wurde. Insgesamt wäre eine eindeutige gesetzliche Regelung einer richterlichen Ermittlungspflicht wünschenswert.<sup>117)</sup>

## 3. Zeitliche Befristung des Unterlassungsvertrags

Ein besonderes Problem für den Unterlassungsschuldner ist die zeitlich unbegrenzte Bindung an den Unterlassungsvertrag. Es könnte erwogen werden, ob der Unterlassungsvertrag zeitlich befristet wird. Gerade bei Verstößen gegen Verbraucherschützer-Vorschriften ist völlig unklar, worin der Wettbewerbsvorteil beim Abgemahnten liegen soll, wenn er z. B. auf § 312 e statt auf § 312 g BGB in der Widerrufsbelehrung verweist. Typischerweise sind solche Verstöße schlichte Versehen oder sie entstehen aus Unkenntnis. Wird der Wettbewerber darauf hingewiesen, wird er diese Punkte künftig von sich aus richtig machen, weil er gar kein Interesse an einem Verstoß hat. Sein Lebtage lang jeden – möglicherweise nur leicht fahrlässigen – Verstoß gegen die Unterlassungserklärung mit einer erheblichen Vertragsstrafe zu belegen, ist unverhältnismäßig. Eine zeitliche Befristung des Unterlassungsversprechens könnte dieses Risiko auf ein erträgliches Maß reduzieren. Sollte der ursprüngliche Unterlassungsgläubiger nach Ablauf des Unterlassungsvertrags erneute Lauterkeitsverstöße und daraus einen Nachteil für sein eigenes Fortkommen im Wettbewerb erkennen, mag er erneut abmahnen. Unterlassungsanspruch und Wiederholungsgefahr leben dann neu auf.

## 4. Zu weiter Wettbewerbsbegriff im Internet

Das Wettbewerbsverhältnis ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich weit zu fassen.<sup>118)</sup> Die raschen Entwicklungen im Internet in den letzten Jahren rechtfertigen es, diesen weiten Wettbewerbsbegriff zu überdenken. Z. B. sollte es einer besonderen Begründung bedürfen, warum ein Unternehmen mit Sitz in Norddeutschland mit einem Unternehmen mit Sitz in Süddeutschland in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht, wenn beide Unternehmen ihre Waren zwar über das Internet bewerben, es sich aber um Waren handelt, die typischerweise nicht verschickt werden und der Markt eher lokal ausgestaltet ist (z. B. Gebrauchtwagen). Auch die Frage, ob ein stationärer Händler mit einem Onlinehändler per se in einem Wettbewerbsverhältnis steht, bedarf einer stichhaltigen Begründung und Nachprüfung.<sup>119)</sup>

## 5. Höhe der Vertragsstrafe

Exorbitante Summen<sup>120)</sup> kommen bei der Geltendmachung von Vertragsstrafen auch deswegen zustande, weil im Einzelfall unklar ist, ob es sich z. B. bei zehn einzelnen eBay-Auktionen, die jeweils eine falsche Widerrufsbelehrung beinhalten, um einen oder um mehrere Verstöße handelt.<sup>121)</sup> Eine geltend gemachte Millionenvertragsstrafe über § 242 BGB auf zweihunderttausend Euro zu reduzieren, beinhaltet eine gewisse Willkür und kann nicht Sinne eines verlässlichen Lauterkeitsrechts sein. Hier sollte eine eindeutige gesetzliche Regelung getroffen werden. Für die Höhe der Vertragsstrafe ist zu überlegen, ob diese nicht zumindest bei Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften an den Umsatz bzw. die Rendite der beteiligten Wettbewerber geknüpft werden kann.

## VII. Fazit

In der Rechtsprechung ist eine erfreuliche Tendenz zu erkennen, solchen lauterkeitsrechtlichen Abmahnungen einen Riegel vorzuschieben, die evident nicht lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche, sondern andere Ziele im Auge haben. Die herausgearbeiteten Indizien sind jedoch nur bedingt geeignet, sämtliche Sachverhalte zu beurteilen. Es ist für einen rechtsmissbräuchlich Abmahnden viel zu einfach, den Anschein einer „sauberen“ Abmahnung nach außen zu tragen.

Der Referentenentwurf des BMJ zu einem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken greift nur wenige offensichtliche Symptome des Rechtsmissbrauchs auf, ist aber nicht geeignet, dem Kernproblem – typischerweise die Kollusion von Abmahner und Rechtsanwalt zu Lasten eines Dritten – beizukommen. De lege lata gilt es, bei Abmahnungen gerade in solchen Bereichen, wo zwar ein Lauterkeitsverstoß vorliegen mag, weil dies in den zugrundeliegenden europäischen Richtlinien so bestimmt ist, aber nicht einmal der nationale Gesetzgeber erkennen kann, warum ein Verstoß in irgend einer Form zu einer spürbaren Veränderung der Wettbewerbssituation führen könnte, mehr Transparenz zu schaffen, um die Hemmschwelle zum Rechtsmissbrauch zu erhöhen.

119) Einschränkung bereits OLG Celle, 08.03.2012 – 13 U 174/11, WRP 2012, 743; OLG Braunschweig, 27.01.2010 – 2 U 225/09, MMR 2010, 252 f.

120) BGH, 17.07.2008 – IZR 168/05, WRP 2009, 182 – „Kinderwärmekissen“.

121) BGH, 17.07.2008 – IZR 168/05, WRP 2009, 182 – „Kinderwärmekissen“; BGH, 18.12.2008, I ZB 32/06, NJW 2009, 921 – Mehrfachverstoß gegen Unterlassungstitel.

117) Vgl. die berechtigten Hinweise des LG Bonn, 08.11.2007 – 12 O 159/07

118) BGH, 12.01.1972 – IZR 60/70, BB 1972, 375 – „Statt Blumen Onko-Kaffee“.