

Münker, Abmahnmissbrauch wirksam bekämpfen – einfache und klare Lösungen erforderlich

als von den Zivilgerichten in den Interessenabwägungen zuerkannt. Ob es dann jedoch ein anderes Ergebnis aus Karlsruhe geben wird, bleibt doch zu bezweifeln.

- 36 Schließlich bleibt höchstrichterlich noch die Frage zu klären, ob die Adblocker-Software als Verletzung von Urheberrechten anzusehen ist. Die Verlage haben als letzten Rettungsanker die etwas abenteuerlich anmutende These aufgestellt, ihre Webseiten mit redaktionellen Inhalten seien als Software i. S. v. § 69a UrhG anzusehen. Dafür lassen sich natürlich verschiedene Argumente ins Feld führen, wie die bereits vorliegenden Entscheidungen der Instanzgerichte zeigen.
- 37 Auch mit der urheberrechtlichen Argumentation haben die Verlage bislang weithin Schiffbruch erlitten. Dreh- und Angelpunkt ist die von den Instanzgerichten gern offengelassene Frage, ob denn Webseiten mit redaktionellen Inhalten überhaupt als Software i. S. v. § 69a UrhG anzusehen sein können. Dafür spricht

natürlich, dass sich auf Internetseiten Programmierungen finden. Dagegen spricht, dass das Gesamtergebnis, um dessen wirtschaftliche Verwertung es geht, also die „Internetseite“, ihrem Betrachter typischerweise als Kombination von Text, Bildern und ggf. weiteren medialen Elementen gegenübertritt und dass die für die Gesamtdarstellung notwendige und eventuell in der Website enthaltene Software als solche nicht verändert wird und dem Gesamtwerk nicht sein Gepräge gibt²⁸⁾. Daher genießen Internetseiten nach h. M.²⁹⁾ Schutz als sog. Multimediawerk, also als Kombination verschiedener medialer Elemente, und nicht als Software.

28) LG München, 27.05.15 – 37 O 11673/14, MMR 2015, 660; OLG München, 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, WRP 2017, 1347 – Whitelisting I; LG Hamburg, 03.05.16 – 308 O 46/16, CR 2016, 782.

29) Ahlberg, in: BeckOK UrhR, 21. Edition 2018, § 2 Rn. 152 m. w. N.

Dr. Reiner Münker, Bad Homburg*

Abmahnmissbrauch wirksam bekämpfen – einfache und klare Lösungen erforderlich

Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Referentenentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs**

INHALT

- I. Einige Anmerkungen zur Faktenbasis
- II. Einige kritische Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des RefE
1. § 8a Abs. 2 UWG-RefE – Eintragungskriterien
- § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-RefE
 - § 8a Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE
 - § 8a Abs. 2 Nr. 4 UWG-RefE
 - Dringend erforderliche weitere Eintragungskriterien
2. § 8b Abs. 2 UWG-RefE – Verbot missbräuchlicher Geltendmachung von Ansprüchen
- § 8b Abs. 2 Nr. 1 UWG-RefE
 - § 8b Abs. 2 Nr. 2 UWG-RefE
 - § 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE
 - § 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG-RefE
3. § 13 UWG-RefE – Abmahnung, Unterlassungsverpflichtung, Haftung
- § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-RefE
 - § 13 Abs. 4 UWG-RefE – Ausschluss des Aufwendersersatzes
 - § 13 Abs. 5 UWG-RefE – Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten
4. § 13a UWG-RefE – Vertragsstrafe
- § 13a Abs. 2 UWG-RefE
 - § 13a Abs. 3 UWG-RefE
 - § 13a Abs. 5 UWG-RefE

III. Zwischenfazit

IV. Eigener Vorschlag: Zweiteiliges Lösungskonzept

- Problem unseriöser Verbände: Geeignete Kriterien für die Eintragung als „qualifizierter Wirtschaftsverband“
- Unseriöse Abmahnungen durch Mitbewerber: Anspruchsberechtigung bei bestimmten Informations- und Kennzeichnungspflichten im Online-Bereich

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 11.09.2018 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung fairen Wettbewerbs (nachfolgend „RefE“) veröffentlicht.¹⁾ Ziel des Gesetzesentwurfs ist die „Eindämmung von Abmahnmissbrauch, ohne die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern.“²⁾ Abmahnungen sollen nicht der Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen erfolgen, sondern zur Förderung eines fairen Wettbewerbs im Sinne aller Marktteilnehmer.

I. Einige Anmerkungen zur Faktenbasis

Ausgangspunkt der Gesetzesinitiative ist der Druck aus einigen Wirtschaftsverbänden, die einen „gefühlten“ Abmahnmissbrauch reklamieren und monieren, dass es an wirksamen Regeln fehlt, was zu einem „Missstand“ führe. Um die politische Debatte aufzuheizen, wird seit längerer Zeit mit den Schlagworten „Abmahnindustrie“, „Existenzbedrohung“ und „Abmahnwellen“ operiert – selbst dort, wo es keine Abmahnwellen gibt. Verlässliche Zahlen über die angeblich missbräuchlichen Abmahnun-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1542.

** Der Beitrag basiert auf der Stellungnahme der Wettbewerbszentrale zum RefE und gibt diese in weiten Teilen hier wieder.

1) Siehe unter www.bmjv.de unter dem Stichwort „Stärkung des fairen Wettbewerbs“.

2) RefE, S. 1, A. Problem und Ziel.

Münker, Abmahnmissbrauch wirksam bekämpfen – einfache und klare Lösungen erforderlich

gen, den Umfang sowie die Qualität des Problems gibt es tatsächlich nicht. Es wird lediglich auf seit einigen Jahren durchgeführte Umfragen des Online-Shop-Siegelanbieters Trusted Shops GmbH verwiesen, die vom Unternehmen Trusted Shops als „Abmahnstudie“ bezeichnet werden. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich nicht um wissenschaftliche Studien handelt, die auf repräsentativen Stichproben beruhen. Vielmehr spiegeln sie allein die Meinung solcher Befragter wider, die – als Kunden oder Newsletter-Abonnenten von Trusted Shops oder informiert über die Industrie- und Handelskammern – an den Umfragen teilgenommen haben. Diese Befragungen können nicht als repräsentativ angesehen werden. Es sind auf dieser Basis keine Hochrechnungen auf „die“ gesamte Abmahnsituation bei allen Unternehmen, Gewerbetreibenden und Privaten in Deutschland möglich – weder für den Online-Handel, geschweige denn für den Gesamtmarkt. Die Umfragen liefern aufgrund der Fragestellungen keine Erkenntnisse darüber, wie viele der von den Befragten empfangenen Abmahnungen inhaltlich berechtigt waren, also aufgrund eines gegebenen Rechtsverstößes ausgesprochen worden sind;³⁾ ebenso nicht darüber, ob und wie viele der genannten Abmahnungen tatsächlich „rechtsmissbräuchlich“ waren. Tatsächlich ist es so, dass keinerlei valide Zahlen und Erhebungen zu Abmahnungen, insbesondere und erst Recht nicht zu „missbräuchlichen“ Abmahnungen existieren. Auch die Bundesregierung verfügt insoweit nicht über eine auch nur annähernd valide Zahlen- und Faktenbasis.⁴⁾ Der Gesetzesentwurf reagiert damit auf *subjektiv* als missbräuchlich *empfundene* Abmahnungen, nicht etwa auf gerichtlich festgestellte oder wissenschaftlich belegte Missbräuche.

- 3 Hiermit soll in keiner Weise das Problem des ausufernden und missbräuchlichen Abmahnwesens heruntergespielt oder gar negiert werden. Im Gegenteil: es gibt schwarze Schafe in diesem Bereich, deren Berechtigung zur Abmahnung mehr als zweifelhaft ist. Sie haben das zivilrechtliche Rechtsdurchsetzungssystem und insbesondere das Institut der Abmahnung spürbar in Misskredit gebracht.⁵⁾ Deshalb ist die Initiative des BMJV auch ausdrücklich zu begrüßen. Ebenso zu begrüßen ist das ausdrückliche Ziel des RefE, den „Abmahnmissbrauch zu bekämpfen, ohne die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern“.⁶⁾ Im Hinblick auf die Nennung von Zahlen zur Eingrenzung des Problems sollte aber mit großer Vorsicht agiert werden.⁷⁾
- 4 Nach Analyse des RefE verfestigt sich aber die Einschätzung, dass dieses Ziel mit den vorgeschlagenen Regelungen nur sehr unzureichend erreicht werden kann. Es ist zu befürchten, dass mit den bisher geplanten, zahlreichen kleinteiligen, zum Teil doch sehr bürokratischen Einzelregelungen eine einfache und wirksame Eindämmung schwarzer „Abmahn-Schafe“ nicht wirk-

lich nachhaltig erreicht werden kann. Stattdessen werden – auch für alle seriösen Anspruchsteller – die bewährten und wirksamen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im UWG verbürokratisiert, aufwändiger und zum Teil auch verhindert, ohne dass auch nur ansatzweise nachhaltig das Problem missbräuchlicher Abmahnungen durch einige „falsche“ Anspruchsteller eingedämmt werden wird. Das Kernproblem des RefE liegt darin, dass er nahezu schrotschussartig zahlreiche Detailregelungen normiert, die jeweils zu zahlreichen Einzelprozessen wegen unbestimmter Rechtsbegriffe führen werden und damit das Risiko nach wie vor zunächst beim Abgemahnten belassen.

Bei genauer Beobachtung des Phänomens „Abmahnmissbrauch“ lässt sich der Hauptnutzen in der Praxis betreffend Abmahnungen sehr fokussiert auf den Online-Handel und das Internet begrenzen. Die weitere Eingrenzung des Problems betrifft die mit den – zum Teil auch unseriösen – Abmahnungen geltend gemachten Vorschriften: Es handelt sich stets in der Masse um formale Informations- und Kennzeichnungspflichten rund um den Verbraucherschutz. Beides zusammen lädt ein, hier massenhaft tätig zu werden. Kern des Problems war dabei stets nicht, ob die Abmahnung insoweit berechtigt war/ist, also tatsächlich ein Verstoß gegen Verbraucherinformationspflichten gegeben ist oder nicht (die allermeisten Abmahnungen dürften in der Sache materiell-rechtlich angesichts der überbordenden Informationspflichten durchaus berechtigt sein). Beklagt wird vielmehr, dass im Grunde „jeder Hinz und Kunz“ berechtigt ist, als angeblicher Wettbewerber im Internet mit einem Anwalt derartige Verstöße massenweise geltend zu machen.

Es wäre daher vorzuzugswürdig, nicht durch zahlreiche Detailvorschriften in das Gesamtgefüge des UWG und den Rechtsdurchsetzungsmechanismus chirurgisch einzugreifen, sondern das Problem des Abmahnmissbrauchs ganz gezielt auf die Störfälle wie auch auf die „Störer“ (die unseriösen Abmahnenden) zu begrenzen und ebenso gezielt gesetzgeberisch wirksam auszumerzen. Dazu unten III.

II. Einige kritische Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des RefE

Der Gesetzesentwurf erscheint an den maßgeblichen Stellen nicht zielführend und wenig praktikabel. Hier soll der Blick auf einige ausgewählte problematische Regelungen geworfen werden:

1. § 8a Abs. 2 UWG-RefE – Eintragungskriterien

Die aufgestellten Kriterien, mit denen unseriöse Verbände von der Liste der „qualifizierten Wirtschaftsverbände“ ferngehalten werden sollen, sind aus Sicht der Wettbewerbszentrale unpraktikabel und nicht ausreichend. Unseriöse Akteure, die mit dem Abmahnwesen in Verbindung gebracht werden, würden die Eintragungsvoraussetzungen womöglich selbst erfüllen und somit noch unangreifbarer werden.

a) § 8a Abs. 2 Nr. 1 UWG-RefE

Das Eintragungskriterium „Mitglieder mindestens 50 Unternehmer (...)“ funktioniert ausschließlich bei Branchen-, Fach- oder Berufsverbänden. Nur sie können – zum Zeitpunkt der Eintragung beim Bundesamt der Justiz – eine derartige Zahl von Wettbewerbern auf dem gleichen Markt darlegen und nachweisen.

Wettbewerbsverbände, die branchenübergreifend tätig sind, können im Zweifel eine derartige Anzahl nicht vorweisen: Sie müssten für jede – zunächst einmal zu definierende – Branche (lt. Statistischem Bundesamt gibt es mehrere hundert verschiedene Branchen) 50 Wettbewerber als Mitglieder nachweisen. D. h. dass zum Teil vor Eintragung in die Liste hunderte von Branchen definiert und sodann für jede Branche eine Klagebefugnis festgelegt oder abgelehnt würde. Dies wäre bürokratisch,

3) Die überwiegende Zahl der Abmahnungen dürfte in der Sache materiell-rechtlich angesichts der überbordenden Informationspflichten durchaus berechtigt sein.

4) So ausdrücklich die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion im Juli 2018, BT-Drs. 19/3510, S. 4: „Der Bundesregierung liegen hierzu keine Erkenntnisse vor. In der insoweit einschlägigen, vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Statistik der Zivilgerichte werden zur Vermeidung von unnötiger Bürokratisierung bei den Gerichten der Länder die UWG-Verfahren nicht gesondert erfasst. Sie sind vielmehr in der Sachgebietsgruppe der Wettbewerbsachen bei den Kammern für Handelssachen enthalten. Differenzierte Aussagen allein zu den UWG-Verfahren sind damit nicht möglich.“

5) Es darf aber auch nicht ausgeblendet werden, dass es gerade die materielle Rechtslage mit den zahlreichen, detaillierten und dennoch mit vielen offenen Rechtsfragen verbundenen Informations- und Kennzeichnungspflichten ist, welche insbesondere die EU-Kommission zum Schutze der Verbraucher immer stärker forciert hat, die letztlich zu einer überaus großen Zahl von Rechtsverstößen und damit auch zur Rechtsdurchsetzung führt.

6) RefE, S. 1, A. Problem und Ziel.

7) Woher das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz die Erkenntnis haben will, dass 10% der Abmahnungen in Deutschland rechtsmissbräuchlich sind (so die Berechnungsbasis des BMJV in der Begründung zum RefE, VI. Gesetzesfolgen 4. b)), bleibt dann doch etwas schleierhaft.

Münker, Abmahnmissbrauch wirksam bekämpfen – einfache und klare Lösungen erforderlich

im Zweifel angreifbar sowie abstrakt und unabhängig vom Einzelfall nicht leistbar. Zudem gibt es Branchen, in denen sich nicht einmal 50 Wettbewerber finden lassen (z. B. Airlines, Telekommunikationsanbieter, Drogerie- oder Baumärkte).

11 Nach dem jetzigen Wortlaut besteht daher insgesamt die Gefahr, dass seriöse Wettbewerbsverbände außen vor, unseriöse Verbände, die sich lediglich auf ein bestimmtes Feld konzentrieren, entgegen der gesetzgeberischen Intention in die Liste aufgenommen werden könnten. In dieser Form ist daher das Eintragungskriterium der Nr. 1 dringend überarbeitungsbedürftig. Zielführend wäre es, wenn im Rahmen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG – wie bisher auch – im konkreten Einzelfall überprüft wird, ob ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Mitgliedsunternehmen und dem Verletzer vorliegt.

b) § 8a Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE

12 Die in § 8a Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE genannten Kriterien sind grundsätzlich richtig und heute von der Rechtsprechung anerkannt. Dass jedoch allein die Verlagerung der Prüfung dieser Kriterien vom Gericht auf das Bundesamt für Justiz den Abmahnmissbrauch eindämmen kann, erscheint zweifelhaft. Die Eintragungsvoraussetzungen sind hier abstrakt und ohne konkrete Prüfungsanhaltspunkte normiert, sodass unklar bleibt, wie und wonach das Bundesamt die Nr. 3a und 3b prüfen und bewerten soll. Dies ist schon der Rechtsprechung bisher enorm schwergefallen.

13 Wichtig wäre hier, konkrete Indizien zu nennen, zu denen sich ein Verband erklären muss. So z. B. das Verhältnis der Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen und anderen Einnahmequellen (z. B. Informationsdienstleistungen) zu den „Einnahmen“ aus der Rechtsverfolgung zu setzen. Der Mitgliedsbeitrag sollte in angemessener Höhe erhoben werden und über die Kosten einer reinen Mitgliederverwaltung hinausgehen. Nur dann kann die Anforderung, dass der Verein auch in der Lage sein muss, Prozesse zu führen, auch erfüllt werden. Erst anhand derart konkreter Kriterien ist dem Amt eine Prüfung erst möglich.

c) § 8a Abs. 2 Nr. 4 UWG-RefE

14 Das Eintragungskriterium, wonach die „Personen, die für den Verein tätig sind, nicht durch unangemessen hohe Vergütungen begünstigt werden“, ist ein völlig unangemessener Eingriff in die Verbandsautonomie und letztlich als Indiz für ein unseriöses und missbräuchliches Tätigwerden ungeeignet. Dieser Passus ist daher strikt abzulehnen.

15 Im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzes wäre die Verpflichtung zu konkreten und detaillierten Angaben in Bezug auf Mitarbeiter-(Geschäftsführer-)einkommen unverhältnismäßig. Eine Behörde sollte nicht darüber befinden, welche Gehälter für welche Berufsgruppe angemessen sind. Nach welchem Maßstab sollte sie überhaupt agieren? Die Höhe der Vergütung für angestellte Volljuristen in einem spezialisierten Rechtsbereich ist im Übrigen als Indiz für eine unseriöse und missbräuchliche Tätigkeit eines Verbandes vollkommen ungeeignet. Vielmehr spricht eine angemessene Vergütung gut ausgebildeter spezialisierter Juristen eher für ein seriöses Geschäftsgebahren eines Wettbewerbsverbandes als die Anstellung günstiger Nicht-Juristen, die allein „Allerwelts“-Abmahnungen massenhaft herauschicken, wie dies bei manchen schwarzen Schafen zu beobachten ist. Schwarze Schafe könnten die Offenlegung von Vergütungen zudem durch andere „Zuwendungen“ umgehen. Auch insoweit ist die geplante Norm als Eintragungskriterium nicht geeignet.

16 Zudem können wichtige Gründe des Datenschutzes gegen eine Offenlegung von Vergütungen sprechen, zumindest soweit die natürliche Person identifizierbar sein würde.

17 Dieser Ansatz im RefE ist letztlich weder erforderlich noch geeignet, um das Ziel „Eindämmung des Abmahnmissbrauchs“ zu

erreichen. Es gibt andere wirkungsvollere Kriterien, die als Eintragungsvoraussetzung dienen sollten (siehe Vorschlag Wettbewerbszentrale, unten IV. 1.) und die als milderes Mittel ein Eingreifen in datenschutzrechtliche Belange einzelner Individuen und in die Verbandsautonomie nicht erfordern.

d) Dringend erforderliche weitere Eintragungskriterien

Die im RefE genannten Eintragungsvoraussetzungen sind aus Sicht der Wettbewerbszentrale insgesamt noch nicht ausreichend, um „die Spreu vom Weizen“ zu trennen. Um nachhaltig unseriöse Verbände auszuschließen, schlägt die Wettbewerbszentrale konkrete und strengere Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände vor. Siehe dazu im Einzelnen unten IV. 1.

2. § 8b Abs. 2 UWG-RefE – Verbot missbräuchlicher Geltendmachung von Ansprüchen

a) § 8b Abs. 2 Nr. 1 UWG-RefE

Die Norm ist nicht wirklich geeignet, die Rechtslage für Abgemahnte nachhaltig zu verbessern und somit missbräuchlichen Abmahnungen entgegen zu wirken. Die neu vorgesehene Vermutungsregel bringt nur auf den ersten Blick eine Erleichterung. In der Praxis wird jeder kleine abgemahnte Gewerbetreibende jedoch nach wie vor die in den Nr. 1 bis 5 normierten Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutung darlegen und beweisen müssen. Das bringt bürokratischen Aufwand und Prozessrisiken.

b) § 8b Abs. 2 Nr. 2 UWG-RefE

Diese vorgeschlagene Regelung übersieht, dass der Streitwert nicht von den Parteien selbst, sondern stets vom Gericht festgesetzt wird. Es geht allerdings nicht an, dem Kläger einen durch das Gericht zu hoch festgesetzten Streitwert als Missbrauch anzulasten. Die Bezugnahme auf Streitwerte sollte daher dringend gestrichen werden.

Der Gegenstandswert ist nur bei Abmahnungen von Mitbewerbern relevant, da der abmahnde Rechtsanwalt seine Vergütung nach dem Gegenstandswert (RVG) berechnet. Verbände machen ihre Aufwendungen für die Rechtsverfolgung unabhängig vom Streitwert als Pauschale geltend, die in der Regel erheblich unter den Kosten für eine „Mitbewerber-Abmahnung“ liegt. Um Transparenz zu schaffen, sollte die Norm daher ausdrücklich auf Mitbewerberabmahnungen eingegrenzt werden, um Verwirrungen zu vermeiden. Zu bedenken gilt es auch hier, dass der Abgemahnte zu Gericht gehen muss, um Missbrauch vorzutragen. Er trägt somit ein erhebliches Risiko und muss entsprechenden Aufwand betreiben.

c) § 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG-RefE

Ob eine Vertragsstrafe – die nach der Rechtsprechung wirksam und abschreckend sein soll – angemessen ist, hängt stets vom Einzelfall ab. Daher enthält die Regelung gerade nicht ein für den Abgemahnten klares und einfaches Indiz eines Missbrauchs. Sie wird vielmehr dazu führen, dass in einer Vielzahl von Einzelfällen Gerichte entscheiden müssten, ob die im Einzelfall vorgeschlagene Vertragsstrafe als „unangemessen hoch“ zu bewerten ist oder nicht. Es würde voraussichtlich eine Prozesslawine mit unsicherem Ausgang entstehen. Ob dies im Interesse klein- und mittelständischer Unternehmen ist, bleibt fraglich.

d) § 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG-RefE

§ 8b Abs. 2 Nr. 4 UWG-RefE geht von einem Missbrauch aus, wenn „eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht“. Eine solche Regelung würde dazu führen, dass – auch die außergerichtlichen – Verfahren zur Unterlassung von Rechtsverstößen für alle Beteiligten aufwändiger und teurer werden.

Münker, Abmahnmissbrauch wirksam bekämpfen – einfache und klare Lösungen erforderlich

- 24 Der Unterlassungsgläubiger ist nach ständiger Rechtsprechung nicht verpflichtet, dem Rechtsverletzer eine vorformulierte Unterlassungserklärung anzubieten. Wenn eine Vermutung dafür besteht, dass eine Abmahnung rechtsmissbräuchlich ist, wenn sie in ihrem Tenor zu weit geht, werden Unterlassungsgläubiger künftig keine Unterlassungserklärung vorformulieren. Der Abgemahnte müsste also in der Folge eine eigene Unterlassungserklärung formulieren, die die Wiederholungsgefahr ausräumt. Im Zweifel wird der Unternehmer Rechtsrat suchen müssen. Bis Einvernehmen über die den Sachverhalt zutreffend erfassende Unterlassungserklärung besteht, dürfte viel Zeit für einen längeren Schriftwechsel vergehen. Eine Verbesserung für den Abgemahnten ist nicht zu erkennen.
- 25 Gerade weil die Formulierung des Tenors zur „hohen Kunst“ im UWG gehört, ist es auch nicht unüblich, dass im Falle eines Prozesses ein Gericht den Unterlassungstenor im Verhältnis zur Abmahnung modifiziert. Man denke nur an die Fälle der Lockvogelwerbung, in denen immer wieder fraglich ist, wie weit der Unterlassungstenor gehen darf: nur auf das konkrete Produkt bezogen (dann wäre die Unterlassungserklärung sehr leicht zu umgehen) oder bezogen auf die Warengattung oder auf das gesamte Sortiment (das dürfte in der Tat zu weit gefasst sein)? Aus derart unzulänglichen Tenorierungen einen Missbrauch abzuleiten, erscheint bedenklich.
- 26 Auch hier zeigt sich, dass nicht gezielt und primär schwarze Schafe eingedämmt, sondern alle seriösen Gläubiger aus dem UWG betroffen sind – mit den entsprechenden negativen Folgen für die Rechtsdurchsetzung. Das will der Referentenentwurf aber ausdrücklich nicht (vgl. RefE, Se 1, unter A.).
- 3. § 13 UWG-RefE – Abmahnung, Unterlassungsverpflichtung, Haftung**
- a) **§ 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG-RefE**
- 27 Die Vorschrift schreibt für bestimmte Anspruchsberechtigte (Mitbewerber und Wettbewerbsverbände) eine Aufklärungspflicht vor, wonach in der Abmahnung dargelegt werden soll, aus welchem Grund der Aufwendungsersatzanspruch nicht nach § 13 Abs. 4 UWG RefE (Ausschluss des Aufwendungsersatzes) ausgeschlossen ist. Ob der Abgemahnte die Vorschrift versteht, mag dahin gestellt bleiben, da ein juristischer Laie vermutlich eine andere Definition von „erheblich“ haben wird als ein Wettbewerbsjurist bzw. Richter. Im Zweifel wird der Abgemahnte die Abmahnung als „ungerecht“ oder den Verstoß als „unerheblich“ einstufen, mit der Folge, dass zur Klärung der Gerichtsweg beschritten werden muss, welches auch für den Abgemahnten ein erhebliches Kostenrisiko birgt. Die Vorschrift ist also durchaus geeignet, den Abgemahnten „auf die falsche Spur“ zu setzen und sollte gestrichen werden.
- b) **§ 13 Abs. 4 UWG-RefE – Ausschluss des Aufwendungsersatzes**
- 28 Die Vorschrift normiert zwei Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen der Aufwendungsersatz ausgeschlossen ist. Das klingt auf den ersten Blick verlockend, aber auch hier steckt der Teufel wieder im Detail und wird angesichts des vollkommen unbestimmten Merkmals in Nr. 1 (Beeinträchtigung in „nur unerheblichem Maße“) im Ergebnis zu zahlreichen Gerichtsverfahren führen und damit zu erhöhten Prozessrisiken des Abgemahnten.
- 29 Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang vermerkt, dass bereits nach materiellem Recht hinreichender Schutz mit der gleichen Zielrichtung besteht, denn:
- nach § 3 Abs. 2 UWG müssen unlautere Handlungen gegenüber Verbrauchern geeignet sein, deren Verhalten wesentlich zu beeinflussen,
 - nach § 3a UWG müssen Verstöße geeignet sein, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen,
 - irreführende Handlungen nach § 5 UWG sind nur dann unlauter, wenn sie geeignet sind, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.
- Dass die nun geplante Norm Verbesserungen bringt, d. h. ob eine Vielzahl der abgemahnten Verstöße als nur „unerhebliche Beeinträchtigung“ gewertet werden kann, dürfte aber außerordentlich zweifelhaft sein. Ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel indiziert regelmäßig auch eine Beeinträchtigung der durch die Marktverhaltensregel geschützten Interessen.⁸⁾ Hinzu kommt, dass nach europäischem Recht jede Verletzung der im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationspflichten in Bezug auf die kommerzielle Kommunikation als „wesentlich“ gilt (Art. 7 Abs. 5 UGP-RL). Die Zahl der BGH-Entscheidungen, in denen ein Verstoß gegen Marktverhaltensregelungen (auch Informations- und Kennzeichnungspflichten) als nicht oder nur unerheblich beeinträchtigend eingeordnet worden ist, dürfte an einer Hand, vielleicht an zwei Händen abzuzählen sein. Wie bereits angemerkt, wird diese „Hilfe“ des Gesetzgebers den Abgemahnten leicht auf die „falsche Spur“ setzen und er einen Rechtsstreit riskieren in der falschen Hoffnung, sein Verstoß werde als „nur unerheblich“ eingeordnet. Die Vorschrift unter Nr. 1 wird daher zu weiteren Rechtsstreitigkeiten führen. Sie gibt damit auch dem Abgemahnten „Steine statt Brot“, weil er sich ggf. auf einen Rechtsstreit einlassen muss zur Klärung der Frage, ob der Verstoß unerheblich ist.
- Für die mit der Nr. 1 kumulativ verknüpften Regelung unter Nr. 2 bestehen aufgrund dieser Verknüpfung die gleichen Bedenken. Sie greift ein bei Vorliegen der Nr. 1, bleibt damit ebenso unklar und führt dadurch zur Rechtsunsicherheit. Die ohnehin unbestimmten Rechtsbegriffe „nur in unerheblichem Maße beeinträchtigt“ werden noch etwas unschärfer durch den in Nr. 2 verwendeten Begriff der „gleichartigen“ Verstöße. Was ist darunter zu fassen?
- § 13 Abs. 4 bringt daher für alle Beteiligten – insbesondere auch für den Abgemahnten – Nachteile in Form von Rechtsunsicherheit. Erst die Gerichte könnten hier im jeweiligen Einzelfall Klärung bringen, ob der Verstoß unerheblich und der Aufwendungsersatz ausgeschlossen ist. Der Abgemahnte müsste sich auf einen Rechtsstreit einlassen zur Klärung der Frage, ob der Verstoß unerheblich ist und er daher keinen Aufwendungsersatz entrichten muss.
- Eine zielführende und leichte Lösung gegen Abmahnmissbrauch kann so schwerlich erreicht werden.
- Darüber hinaus ist zu kritisieren, dass Abmahnungen von qualifizierten Verbraucherschutzeinrichtungen nicht von dieser bisher geplanten Norm betroffen sein sollen. Dies ist eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung der Wirtschaftsverbände. Richtigerweise sollte der Ausschluss der Abmahnkosten für die hier definierten Fälle gezielt auf die Mitbewerber-Abmahnungen beschränkt werden. Indem im Gesetzestext die Worte „oder Nr. 2“ gestrichen werden, wäre sichergestellt, dass auch bei von der EU-Kommission als erheblich angesehenen Verstößen gegen Verbraucherrechte weiterhin eine private Rechtsdurchsetzung mittels der (dann ja eingetragenen!) Einrichtungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 RefE möglich bleibt. Dies ist auch sinnvoll, da ein Verband ein Interesse daran hat, kollektive Verstöße, die eine Vielzahl von Marktbeteiligten treffen, auszuräumen. Bei einem Mitbewerber stellt sich hingegen die Frage, wo sein maßgebliches Interesse daran liegt, kleinere Verstöße seiner Mitbewer-

8) Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 3a, Rn. 1.112.

Münker, Abmahnmissbrauch wirksam bekämpfen – einfache und klare Lösungen erforderlich

ber gegen Verbraucherschützende Normen (wie z. B. Fehler in der Widerrufsbelehrung) mit in der Regel teuren „Anwalts-Abmahnungen“ zu verfolgen.

c) § 13 Abs. 5 UWG-RefE – Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten

- 35** Richtig ist, dem Abgemahnten im Falle einer unzulässigen Abmahnung einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen zuzusprechen. Diese Vorschrift soll zum einen unseriöse Abmahner abschrecken und zum anderen den Abgemahnten in Fällen unzulässiger Inanspruchnahme entlasten. Diese Zielrichtung unterstützt die Wettbewerbszentrale. Der Begriff der „unberechtigten“ Abmahnung ist allerdings nicht scharf umrissen und eignet sich daher nicht als Tatbestandsmerkmal für einen Gegenanspruch. Die Wettbewerbszentrale schlägt vielmehr vor, den bereits im Gesetzesentwurf verwendeten und beschriebenen Begriff des Missbrauchs zu verwenden, so dass im Ergebnis das Wort „unberechtigt“ durch „missbräuchlich im Sinne des § 8b“ ausgetauscht werden sollte. Dies schafft für alle Beteiligten Rechtssicherheit.

4. § 13a UWG-RefE – Vertragsstrafe

a) § 13a Abs. 2 UWG-RefE

- 36** Fraglich ist, ob mit der Höchstvertragsstrafe Kleingewerbetreibenden und Startups in der Praxis geholfen wird. Die Rechtsprechung zu Informationspflichten und Formaltatbeständen ist streng und lässt kaum den Einwand des Bagatell-Tatbestandes zu. Die auf dem Papier suggerierte Erleichterung für den Abgemahnten wird also gerade nicht eintreten – vielmehr werden viele Einzelfälle vor Gericht geklärt werden müssen, was auch zu Lasten der Wirtschaft bzw. der klein- und mittelständischen Unternehmen geht.

b) § 13a Abs. 3 UWG-RefE

- 37** § 13a Abs. 3 UWG-RefE legt eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe fest, wenn zuvor die Vertragsstrafe unangemessen hoch vereinbart worden ist. Auch hier stellt sich die Frage der praktischen Relevanz. Bei Kleingewerbetreibenden und Nicht-Kaufleuten besteht schon jetzt eine entsprechende Herabsetzungsmöglichkeit durch das Gericht (§ 343 BGB). Nach der Gesetzesbegründung auf S. 27 soll zwar mit der Regelung erreicht werden, dass die Vertragsstrafe nicht erst durch Urteil herabgesetzt werden muss. Besteht allerdings Streit darüber, ob die Vertragsstrafe vorher unangemessen hoch war, muss selbstverständlich auch weiterhin ein Rechtsstreit geführt werden.

c) § 13a Abs. 5 UWG-RefE

- 38** Die geplante Vorschrift schafft eine Kostentragungspflicht des Unterlassungsgläubigers im Unterlassungsklageverfahren, wenn mit der Abmahnung eine unangemessen hohe Vertragsstrafe vereinbart wurde (zumindest nach der Begründung soll dies so sein, beim Wortlaut müsste noch nachgebessert werden). Dieser Vorschlag ist allerdings aus mehreren Gründen als problematisch anzusehen. Zum einen kann der Unterlassungsgläubiger das Risiko der Kostentragungspflicht dadurch leicht vermeiden, dass mit der Abmahnung ein Vertragsstraferversprechen nach sogenanntem „Neuem Hamburger Brauch“ verlangt wird. Die Vorschrift könnte also ausgehöhlt werden, obwohl es gerade bei schweren Verstößen großer Unternehmen oder bei hartnäckigen Wiederholungstätern sinnvoll wäre, mit hohen Vertragsstraferversprechen zu arbeiten, um die gewollte Abschreckwirkung zu erreichen.
- 39** Zum anderen könnte diese Regelung vom Rechtsverletzer missbraucht werden. Dazu ein Beispiel: Ein Wettbewerbsverband mahnt ein großes Portal ab, das bereits mehrfach auf unterschiedliche Weise gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hat. Der Verband entscheidet sich bewusst gegen den „Hamburger Brauch“

und verlangt die Abgabe einer Unterlassungserklärung mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 20.000,- €. Der Rechtsverletzer reagiert nicht, der Verband klagt den Unterlassungsanspruch ein. Vor Gericht teilt der Rechtsverletzer mit, dass er den Anspruch anerkennt. Man habe zuvor auf die Abmahnung nicht reagiert, da die verlangte Vertragsstrafe unangemessen hoch gewesen sei. Käme ein Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Vertragsstrafe in Höhe von 15.000,- € angemessen gewesen wäre, würde der Rechtsdurchsetzer – trotz Obsiegens in der Sache – auf den Kosten des Verfahrens sitzen bleiben, obwohl sein Einschreiten dazu geführt hat, dass ein erheblicher Verstoß ausgeräumt wurde – das wäre in keiner Weise sachgerecht.

Aufgrund der Missbrauchsanfälligkeit der Norm sollte die Regelung in § 13a Abs. 5 UWG-RefE ersatzlos gestrichen werden, da sie Rechtsverletzer in nicht nachvollziehbarer Weise privilegiert. **40**

III. Zwischenfazit

Insgesamt kann festgestellt werden, dass der Ref-E durchaus gute Ansätze enthält. So werden auch in einigen Stellungnahmen zum Entwurf einzelne der zahlreichen geplanten Normen prima vista begrüßt. In der Praxis besteht aber die große Gefahr, dass der Vorschlag aus dem BMJV aufgrund der zahlreichen detaillierten und dennoch unbestimmten Regelungen nicht wirklich zu einer einfachen und damit nachhaltigen Lösung des Problems des Abmahnmissbrauchs führt. An vielen Stellen werden unseriöse Mitbewerber ihr Abmahngeschäft munter weiterreiben können, da zunächst erneut der Abgemahnte das Risiko trägt, die vielen kleinen Einwendungen in den §§ 8b, 13, 13a darzulegen und ein entsprechendes positives Gerichtsurteil zu erhoffen. Vielfach werden den Abgemahnten hier „Steine statt Brot“ gereicht. Gleichzeitig – und dies ist besonders misslich – werden den seriösen Unterlassungsgläubigern und damit dem gesamten Rechtsdurchsetzungssystem des UWG insgesamt bürokratische Hürden aufgezwungen. **41**

So dürfte die Abmahn-Problemik in der Praxis zwar punktuell angegangen werden, insgesamt jedoch weiter auf der Agenda der Onlinehändler bleiben. **42**

IV. Eigener Vorschlag: Zweiteiliges Lösungskonzept

Aufgrund der soeben dargestellten Unzulänglichkeiten und der Möglichkeit zur fokussierten Eingrenzung des tatsächlichen Abmahn-Problems⁹⁾ schlägt die Wettbewerbszentrale ein zweiteiliges Lösungskonzept vor, mit dem effektiv sicherlich 90% der bemängelten Probleme abgestellt werden können. Es bedarf zweier einfacher und klarer, aber eben auch mutiger Regelungen, die gezielt auf die tatsächlichen Problemfelder zugeschnitten sind: **43**

1. Verbände jeglicher Art (Verbraucherorganisationen, Umweltorganisationen und Wirtschaftsorganisationen) sind nur noch klagebefugt nach staatlicher Prüfung und Eintragung in eine beim Bundesamt für Justiz geführten Liste. Die Eintragung soll nur bei Erfüllung strenger Kriterien erfolgen, wie sie oben ausgeführt sind. **44**
2. Für den mit weitem Abstand hauptsächlich von missbräuchlichen Abmahnungen betroffenen Bereich des Onlinehandels/Internet wird die Klagebefugnis für Mitbewerber ausgeschlossen, soweit es um Verstöße gegen bestimmte formale Kennzeichnungs- und Informationspflichten geht. Die betreffenden Kennzeichnungs- und Informationsvorschriften sind enumerativ in einer Liste im Anhang zum UWG festzusetzen. In allen anderen Fällen (bei denen es eben nicht um Formalverstöße im Internet geht) sind auch wei-

⁹⁾ Siehe oben vor II.

terhin Mitbewerber abmahnbefugt. Ein ähnlicher Ansatz existiert bereits im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) und könnte als Vorbild dienen: Auch hier ist die Mitbewerber-Klagebefugnis ausgeschlossen. Ein Systembruch könnte damit vermieden werden.

46 Im Einzelnen:

1. Problem unseriöse Verbände: Geeignete Kriterien für die Eintragung als „qualifizierter Wirtschaftsverband“

47 Klare geeignete Kriterien für die Eintragung in die Liste anspruchsberechtigter Verbände sowie Pflichten für die „qualifizierten Einrichtungen“ sind unerlässlich. Die Wettbewerbszentrale hält folgende kumulativ zu erfüllende Eintragungskriterien für notwendig, um das angestrebte Ziel zu erreichen:

- Dem Verein muss eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehören, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben.
- Er muss insbesondere nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sein, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen.
- Die Mitgliedsbeiträge müssen derart bemessen sein, dass sie den Verband in die Lage versetzen, satzungsgemäß tätig zu werden. Sie dürfen nicht derart niedrig sein, dass sie einen „Schein-Beitrag“ darstellen.
- Die „Einnahmen“ aus Abmahnpauschalen und Vertragsstrafen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen stehen.
- Der Verein muss jährlich eine nachvollziehbare Berechnung der geforderten Aufwendungsersatzpauschale vorlegen.
- Der Verein muss zur Geltendmachung der Ansprüche über eigene Juristen verfügen, die die notwendigen Abmahnungen erstellen.
- Der Verein soll nicht nur Abmahnungen aussprechen, sondern nachweislich Beratung und Informationen über die Rechtslage erteilen und
- seine Mitgliederliste jederzeit aktuell veröffentlichen/veröffentlicht halten.

48 Nur bei Vorliegen aller dieser Kriterien sollte ein Wirtschaftsverband auf seinen Antrag hin in die Liste qualifizierter Wirtschaftsverbände aufgenommen werden. Diese höheren Anforderungen verringern die Zahl der anspruchsberechtigten Verbände

und damit die Gefahr von Abmahnungen aus rein finanziellen Erwägungen. Der Referentenentwurf bleibt im Hinblick auf die Eintragungsvoraussetzungen hinter diesen Erfordernissen zurück bzw. bietet zum Teil keine angemessenen und praktikablen Lösungen, siehe dazu unter II. 1. d).

2. Unseriöse Abmahnungen durch Mitbewerber: Anspruchsberechtigung bei bestimmten Informations- und Kennzeichnungspflichten im Online-Bereich

Im Online-Bereich sollte Mitbewerbern die Abmahnbefugnis bei konkret festgelegten Informations- und Kennzeichnungspflichten entzogen werden: Ansprüche auf der Grundlage von § 3a oder § 5a UWG wegen Verstößen gegen konkret genannte und abschließend aufgezählte gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten (insbesondere solche rund um die VRRL), sofern diese im Online-Bereich stattfinden, sollten ausschließlich von qualifizierten Einrichtungen (in Zukunft eingetragene Verbraucherschutzinstitutionen und eingetragene qualifizierte Wirtschaftsverbände), die in den jeweiligen Listen eingetragen sind, geltend gemacht werden können. Als Vorbild dafür könnte das UKlaG mit den dort aufgezählten Vorschriften dienen. In diesem klar abgegrenzten Bereich wären dann Abmahnungen durch Mitbewerber ausgeschlossen. Da dies bereits für bestimmte Normen im UKlaG vorgesehen ist, wäre es folgerichtig, dies auch für das UWG vorzunehmen. Eine enumerative Aufzählung der betreffenden Informations- und Kennzeichnungsvorschriften könnte im Anhang zum UWG vorgenommen werden. Für alle anderen Fälle blieben Mitbewerber dagegen anspruchsberechtigt. Das Problem „Abmahnmissbrauch bei Formalverstößen im Internet“ wäre damit nachhaltig gelöst. Zudem könnte der Gesetzgeber mit diesem Ansatz auf extrem streitige Punkte, wie etwa die doch sehr stark kritisierte Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstands“, verzichten.

Eine einfache und klare Lösung, wie sie hier vorgeschlagen wird, könnte zielgerichteter und effektiver zur Lösung des Problems beitragen, ohne den bisher hochgradig effizienten Durchsetzungsmechanismus des UWG zu stark in Mitleidenschaft zu ziehen.

Dr. Patrick Steinmetz, Berlin *

Lauterkeitsrechtliche Beurteilung von In-App-Werbung**

INHALT

I. Einleitung

II. In-App-Werbung als geschäftliche Handlung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

III. § 5a Abs. 6 UWG – Verschleierung des kommerziellen Zwecks

1. Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters von In-App-Werbung

2. Anforderungen an die Kenntlichmachung der In-App-Werbung

IV. § 7 UWG

- § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG – Hartnäckige unerwünschte Ansprache eines Verbrauchers unter Verwendung eines Fernkommunikationsmittels
- § 7 Abs. 1 S. 2 UWG – Erkennbar unerwünschte Werbung
- § 7 Abs. 1 S. 1 UWG – „Kleine Generalklausel“
 - Belästigung
 - Unzumutbarkeit
 - Banner
 - Native-Ads
 - Interstitials
 - Videos

V. Fazit

Ob als Informationsquelle, zur sozialen Kommunikation oder zum bloßen Zeitvertreib, mobile Anwendungen, kurz Apps, lassen sich vielseitig nutzen und sind aus dem Alltag kaum noch hinwegzudenken. Aus der unaufhörlich steigenden gesellschaftlichen und ökonomischen Relevanz von Apps erwächst die Not-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1542.

** Der Beitrag basiert auf der Dissertation des Autors „Apps im Lauterkeitsrecht“, 2018, Nomos Verlag, betreut von Prof. Dr. Boris Paal, M.Jur. (Oxford), Inhaber des Lehrstuhls für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Medien- und Informationsrecht, Abt. 1 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.