

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

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

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Mag. Hannes Seidelberger

Die zu lösenden Rätsel der Omnibus-Richtlinie

- 1 Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M.**
Versteckte Haftungsfalle im neuen UWG bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs durch Mitbewerber?
- 4 Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens**
Kosten des nur teilweise berechtigten Abschlusschreibens
- 6 Dr. Moritz Schroeder und Dr. Jonathan Drescher**
Praktische Fragen bei der Anwendung von § 11 GeschGehG
- 11 Fabian Uebele**
Die Grenzen der Durchsetzung eines europäisierten Datenschutzrechts
- 16 Dr. Björn Christian Becker**
Einsicht in kartellbehördliche Akten für Kartellschadensersatzkläger vor und nach der 10. GWB-Novelle
- 24 Wikingerhof/Booking.com**
EuGH, Urteil vom 24.11.2020 – C-59/19
- 27 BY/CX**
EuGH, Urteil vom 28.10.2020 – C-637/19
- 29 Ferrari/DU**
EuGH, Urteil vom 22.10.2020 – C-720/18, C-721/18
- 34 Aktiebolaget Östgötatrafiken/Patent- und registreringsverket**
EuGH, Urteil vom 08.10.2020 – C-456/19
- 38 Gruppenversicherung**
BGH, Beschluss vom 15.10.2020 – I ZR 8/19
- 42 Vorwerk**
BGH, Urteil vom 15.10.2020 – I ZR 210/18
- 50 Querlieferungen**
BGH, Urteil vom 15.10.2020 – I ZR 147/18
- 56 Störerhaftung des Registrars**
BGH, Urteil vom 15.10.2020 – I ZR 13/19
- 60 Dash-Button**
BGH, Beschluss vom 13.10.2020 – VIII ZR 161/19
- 62 Abfangen von Patienten durch Versicherer**
OLG Dresden, Urteil vom 09.10.2020 – 14 U 807/20

Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), Erlangen-Nürnberg*

Versteckte Haftungsfall im neuen UWG bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs durch Mitbewerber?

INHALT

- I. Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs
- II. Fortbestehender Unterlassungsanspruch der Mitbewerber trotz Beschränkungen bei der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung als Problem
- III. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs (§ 13 Abs. 4 UWG n. F.)
- IV. Verbot der Vereinbarung einer Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG n. F.)
- V. Praktische Konsequenzen für den weiter bestehenden Unterlassungsanspruch der Mitbewerber und seine Durchsetzung
 - 1. Differenzierte Rechtsdurchsetzung
 - 2. Fortbestehender Unterlassungsanspruch
 - a) Gläubigerspektive
 - b) Schuldnerspektive
 - c) Berücksichtigung des Verbots der Vertragsstrafevereinbarung
- VI. Fazit

I. Eindämmung missbräuchlicher Abmahnungen durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

- 1 Die Rechtsdurchsetzung bewegt sich stets in einem Spannungsverhältnis: Einerseits müssen geltende Regeln effektiv durchgesetzt werden. Wenn dies nicht der Fall ist, drohen Vollzugsdefizite; das materielle Recht bestünde dann lediglich „auf dem Papier“. Andererseits darf die Rechtsdurchsetzung rechtmäßiges Handeln nicht einschränken. Sind Sanktionen besonders streng, können – vorsichtshalber – auch eigentlich erlaubte Handlungen unterbleiben.¹⁾ Auch kann die Regelsanktion außer Verhältnis zum Rechtsverstoß stehen. In diesem Sinne wird die effektive außergerichtliche Durchsetzung des materiellen Lauterkeitsrechts mittels Abmahnung und strafbewehrter Unterlassungserklärung zwar gelobt.²⁾ Erkannt wird aber auch das Missbrauchspotenzial. Letzteres sah der Gesetzgeber wiederholt als Problem.³⁾ „Abmahnungen“ sollten im Interesse eines rechtstreuen Wettbewerbs erfolgen und nicht zur Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen.⁴⁾ Über das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs soll dem (angeblichen) Abmahnmissbrauch nun endgültig ein Riegel vor-

geschoben werden. Dazu bedient sich der Gesetzgeber mehrerer Instrumente:⁵⁾ Unter anderem wird der Kreis der Durchsetzungsberechtigten nach § 8 Abs. 3 UWG n. F. enger gefasst, der Missbrauchstatbestand konkretisiert (§ 8c UWG n. F.)⁶⁾ und der fliegende Gerichtsstand eingeschränkt (§ 14 Abs. 2 UWG n. F.). Wer zu Unrecht abgemahnt wurde, hat nunmehr grundsätzlich einen eigenen Aufwendungsersatzanspruch (§ 13 Abs. 5 S. 1 UWG n. F.).

II. Fortbestehender Unterlassungsanspruch der Mitbewerber trotz Beschränkungen bei der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung als Problem

Im folgenden Beitrag interessieren vor allem die Neuerungen bei der außergerichtlichen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs mittels Abmahnung und strafbewehrter Unterlassungserklärung. Neben der expliziten Regelung formaler Anforderungen an die Abmahnung werden sowohl der Aufwendungsersatzanspruch (III.) als auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe (IV.) teilweise eingeschränkt. Während die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs beschränkt wird, bleibt der Unterlassungsanspruch als solcher aber in allen Fällen bestehen. Dies wirft Fragen auf;⁷⁾ womöglich droht gar eine neue Haftungsfall. Es stellt sich nämlich das Problem, wie dieser Unterlassungsanspruch durchgesetzt wird (V.).

III. Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs (§ 13 Abs. 4 UWG n. F.)

Die außergerichtliche Durchsetzung von Wettbewerbsstreitigkeiten wird regelmäßig über eine Abmahnung und eine Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung eingeleitet.⁸⁾ Auch das neue UWG hält an dieser Übung fest. Nach § 13 Abs. 1 UWG n. F. sollen die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten den Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Der Gesetzgeber macht dabei gemäß § 13 Abs. 2 UWG n. F. nach dem Vorbild der urheberrechtlichen Abmahnung (vgl. § 97a Abs. 2 UrhG) formale Vorgaben. Aufwendungsersatz kann künftig nach § 13 Abs. 3 UWG n. F. nur verlangt werden, wenn die Abmahnung (wie bisher) berechtigt ist und den formalen Vorgaben des § 13 Abs. 2 UWG n. F. entspricht.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 128.

1) Es drohen „Phantomrechte“, *Raue*, ZUM 2017, 353, 354.
 2) *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513, 1513 f.
 3) Vgl. *Hohlweck*, WRP 2020, 266, 266 f.; *Fritzsche*, WRP 2020, 1367.
 4) BT-Drs. 19/12084, S. 1, 19. Das neue Gesetz ist nunmehr veröffentlicht in BGBl. I 2020, S. 2568, in Kraft seit dem 02.12.2020.

5) Übersicht bei *Fritzsche*, WRP 2020, 1367.

6) Übersicht bei *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513.

7) *Ulrici*, WRP 2019, 1117, 1120.

8) *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 2.

Hofmann, Versteckte Haftungsfälle im neuen UWG?

- 4 Grundlegende Neuerungen bringt § 13 Abs. 4 UWG n. F. Unter bestimmten Voraussetzungen wird der Aufwendungsersatzanspruch aus § 13 Abs. 3 UWG n. F. für Mitbewerber ausgeschlossen:

„Der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen nach Absatz 3 ist für Anspruchsberechtigte nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 [Mitbewerber] ausgeschlossen bei

1. im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten oder
 2. sonstigen Verstößen gegen die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016, S. 72; L 127 vom 23.5.2018, S. 2) und das Bundesdatenschutzgesetz durch Unternehmen sowie gewerblich tätige Vereine, sofern sie in der Regel weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen.“
- 5 Die Mitarbeiterzahl soll dabei insbesondere nach § 23 Abs. 1 S. 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ermittelt werden.⁹⁾
- 6 Der Gesetzgeber schließt also den Aufwendungsersatzanspruch (nicht jedoch den Unterlassungsanspruch als solchen!)¹⁰⁾ bei „besonders abmahnträchtigen“ Verstößen gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten im Internet sowie bei Datenschutzverstößen kleiner Unternehmen pauschal aus.¹¹⁾ Da diese Regelung abschließend ist, können auch die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag für einen Kostenerstattungsanspruch nicht fruchtbar gemacht werden.¹²⁾

IV. Verbot der Vereinbarung einer Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG n. F.)

- 7 Der neue § 13a UWG enthält detaillierte Regelungen zur Vertragsstrafe. Während in § 13a Abs. 1 UWG n. F. die bekannten Grundsätze zur Bemessung der Vertragsstrafe¹³⁾ kodifiziert werden, findet sich in § 13a Abs. 2 UWG n. F. ein Verbot für die Vereinbarung einer Vertragsstrafe:

„Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nach Absatz 1 ist für Anspruchsberechtigte nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 bei einer erstmaligen Abmahnung bei Verstößen nach § 13 Absatz 4 ausgeschlossen, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt.“

- 8 Der Gesetzgeber erhofft sich davon, dass Abmahnungen, die allein das Ziel der Generierung von Vertragsstrafen verfolgen, die Grundlage entzogen wird.¹⁴⁾ Qualifizierte Wirtschaftsverbände, Verbraucherverbände und die nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG Aktivlegitimierten können auch in Zukunft Vertragsstrafen zur Absicherung einer Unterlassungserklärung vereinbaren.¹⁵⁾ Darüber hinaus dürfen gemäß § 13a Abs. 3 UWG n. F. Vertragsstrafen eine Höhe von 1.000 Euro nicht überschreiten, wenn die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt, und wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt.

9) BT-Drs. 19/22238, S. 18.

10) BT-Drs. 19/12084, S. 32; kritisch *Ulrici*, WRP 2019, 1117, 1120 („Widerspruch“).

11) BT-Drs. 19/12084, S. 20 und S. 32; fraglich ist indes, ob ein Datenschutzverstoß überhaupt lauterkeitsrechtlich sanktioniert werden kann, *Köhler*, WRP 2019, 1550, 1552 f.

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

13) Vgl. BGH, 13.11.2013 – I Rz 77/12, WRP 2014, 587 Rn. 17 – Vertragsstrafenklausel.

14) BT-Drs. 19/12084, S. 33.

15) BT-Drs. 19/12084, S. 33 f.

V. Praktische Konsequenzen für den weiter bestehenden Unterlassungsanspruch der Mitbewerber und seine Durchsetzung

1. Differenzierte Rechtsdurchsetzung

Analytisch lassen sich die Regelungen zu unzulässigen geschäftlichen Handlungen gemäß §§ 3 ff. UWG und § 7 UWG (materielles Lauterkeitsrecht im engeren Sinne) und die Regelungen zur Durchsetzung des Lauterkeitsrechts nach §§ 8 ff. UWG (materielles Lauterkeitsrecht im weiteren Sinne) auseinanderhalten. Allen voran *Aufbrauchfristen* belegen,¹⁶⁾ dass auch auf der Durchsetzungsebene („*remedy*-Ebene“) weiterer Spielraum für eine interessengerechte Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts besteht.¹⁷⁾ Im Ausgangspunkt kann es daher auch überzeugen, die Rechtsdurchsetzung bei bestimmten Verstößen zurückzufahren, indem die Kosten der Rechtsdurchsetzung nicht vollumfänglich erstattungsfähig sind. Das Lauterkeitsrecht wird hinreichend verwirklicht, wenn beispielsweise ein aus Unkenntnis begangener, schlussendlich wenig ins Gewicht fallender Wettbewerbsverstoß nach einem formlosen Hinweis auf die Rechtsverletzung ohne Weiteres sofort abgestellt wird. Anders als namentlich bei fortgesetzten, bewusst vorgenommenen, strukturellen Wettbewerbsverstößen kann hier der reguläre wettbewerbsrechtliche Durchsetzungsapparat entbehrlich sein. Die konkrete Umsetzung dieses Gedankens im UWG 2020 wirft aber Fragen auf.

2. Fortbestehender Unterlassungsanspruch

Der Gesetzgeber hat (für bestimmte Sonderfälle, s. o.) mittels des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs lediglich den Aufwendungsersatzanspruch zulasten von Mitbewerbern beschränkt und ein Verbot der Vereinbarung einer Vertragsstrafe statuiert. Unberührt bleibt somit *erstens* der Streitwert. Der Gesetzgeber betont selbst, dass der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts des Abmahnenden gegen den Abmahnenden als Auftraggeber selbst hierdurch nicht reduziert wird.¹⁸⁾ *Zweitens* wird lediglich der Aufwendungsersatzanspruch von Mitbewerbern ausgeschlossen. Der Anspruch der weiteren Aktivlegitimierten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 UWG auf die Erstattung der Kosten für eine berechtigte Abmahnung bleibt unberührt.¹⁹⁾ *Drittens* – und darum geht es in diesem Beitrag – steht selbst Mitbewerbern weiterhin ein vollwertiger materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch zu. Dieser wird durch die Neuregelung (vorbehaltlich der freilich erforderlichen, ebenfalls modifizierten Aktivlegitimation aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG n. F.)²⁰⁾ nicht angetastet.²¹⁾

Wie kann nun aber *dieser* Unterlassungsanspruch aus der Perspektive des Gläubigers durchgesetzt und aus der Perspektive des Unterlassungsschuldners „erfüllt“ (besser: zum Erlöschen gebracht) werden?

a) Gläubigerperspektive

Zunächst zur Gläubigerperspektive: Fraglich ist, ob künftig Mitbewerber in der Lage sind, den Unterlassungsanspruch (zumindest indirekt) durchzusetzen. Der Gesetzgeber macht zunächst darauf aufmerksam, dass sich ein Mitbewerber an einen qualifizierten Wirtschaftsverband wenden kann, der sodann in der Lage ist, den Verstoß (kostenpflichtig) durchzusetzen.²²⁾ Auch ist es

16) Überblick zu *Aufbrauchfristen* bei *J. B. Nordemann*, ZGE 2019, 309.

17) Vgl. *F. Hofmann*, WRP 2018, 1, 1 f., 4 ff.; bereits *Köhler*, GRUR 1996, 82.

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

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

20) Dazu *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1368 f.

21) Im Verhältnis zum teilweisen Ausschluss der Vertragsstrafe sei dies widersprüchlich, *Ulrici*, WRP 2019, 1117, 1120.

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

dem Mitbewerber nicht verwehrt, auf eigene Kosten eine Abmahnung auszusprechen.²³⁾ Eine solche Abmahnung ist nicht unrechtmäßig und löst insbesondere keine Gegenansprüche gemäß § 13 Abs. 5 UWG n. F. aus. Die Möglichkeit, eine Vertragsstrafe zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr zu vereinbaren (strafbewehrte Unterlassungserklärung), besteht jedoch nicht.²⁴⁾ Der Unterlassungsschuldner müsste sich einem Dritten gegenüber unterwerfen (näher u. V. 2. c)). Dessen ungeachtet bleiben Mitbewerber aber zur Klageerhebung berechtigt.²⁵⁾ Der Gesetzgeber sieht dabei kein Problem, da „ohne eine vorherige Aufforderung oder Abmahnung“ gegenüber dem vermeintlichen Rechtsverletzer der klagende Mitbewerber das Risiko trägt, dass er die Kosten des Verfahrens tragen muss (vgl. § 93 ZPO).²⁶⁾ Im Ergebnis bestehen daher trotz der Einschränkungen weiter hinreichend effektive Durchsetzungsinstrumente (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 2 ff. UWG), so dass unionsrechtliche Bedenken wegen eines „underenforcement“ nicht durchdringen.²⁷⁾

b) Schuldnerperspektive

- 13 Die Klagemöglichkeit des Mitbewerbers leitet über zur Schuldnerperspektive: Obwohl der Unterlassungsschuldner in den Fällen des § 13 Abs. 4 UWG seitens der Mitbewerber keinen Aufwendungsersatzanspruch fürchten muss, sieht er sich einem vollwertigen Unterlassungsanspruch ausgesetzt. Dabei besteht zum einen das Risiko, dass beispielsweise ein qualifizierter Wirtschaftsverband den Unterlassungsanspruch unter Geltendmachung der erforderlichen Aufwendungen außergerichtlich durchsetzt. Zum anderen kann der Unterlassungsanspruch (auch ausweislich der Gesetzesbegründung) durch einen Mitbewerber gerichtlich geltend gemacht werden.²⁸⁾ Wenn der Unterlassungsschuldner im Sinne von § 93 ZPO durch sein Verhalten Anlass zur Klage gegeben hat, läuft dieser zudem Gefahr, den Prozess nicht nur in der Sache, sondern auch in den Kosten zu verlieren. Wann hat der Unterlassungsschuldner nun aber durch sein Verhalten Anlass zur Klage gegeben?
- 14 Dies führt zunächst zur Frage, wie der Unterlassungsanspruch „erfüllt“ werden kann.²⁹⁾ Erforderlich ist die Ausräumung der Wiederholungsgefahr (rechtsvernichtende Einwendung).³⁰⁾ Dies obliegt dem Schuldner. Bekanntlich erlischt der Unterlassungsanspruch praktisch nur dadurch, dass die Wiederholungsgefahr durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ausgeräumt wird.³¹⁾ Dass auch die Formulierung der strafbewehrten Unterlassungserklärung die Aufgabe des Schuldners ist, geht vielfach unter, weil der Gläubiger dies mit der Abmahnung regelmäßig übernimmt. Diese wird typischerweise durch eine vorformulierte Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafversprechen flankiert.³²⁾ Den Aufwand lässt sich der Gläubiger freilich über den Aufwendungsersatzanspruch erstatten.
- 15 Übernimmt der Gläubiger die Formulierung der Unterlassungserklärung (mangels Aufwendungsersatzanspruchs) aber nicht (mehr), entfällt dadurch nicht die Notwendigkeit einer solchen Erklärung zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr. Die neue Gesetzessystematik und die Gesetzesbegründung geben nichts dafür her, dass künftig die Wiederholungsgefahr beispielsweise

allein durch die Einstellung des rechtsverletzenden Verhaltens entfällt.³³⁾ Das wäre auch ein grundsätzlicher Bruch mit der bisherigen Dogmatik des Unterlassungsanspruchs. Richtigerweise bleibt damit der Schuldner in der Pflicht. Ihm steht es wie gesagt an, die Wiederholungsgefahr auszuräumen, was eben anerkanntermaßen nur durch eine präzise formulierte Unterlassungserklärung (die den gesetzlichen Unterlassungsanspruch vollumfänglich abdeckt)³⁴⁾ einschließlich eines Vertragsstrafversprechens geht (zu § 13a Abs. 2 UWG n. F. sogleich). Es genügt gerade nicht, dass der Unterlassungsschuldner das rechtsverletzende Verhalten einstellt.³⁵⁾ Daran wird der Unterlassungsschuldner regelmäßig scheitern, wenn er sich keinen anwaltlichen Rat einholt. Dieser kostet freilich ebenfalls,³⁶⁾ so dass die beabsichtigten Entlastungen durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs zumindest nur abgeschwächt auftreten.

Zudem droht eine echte Kostenfalle: Räumt der Unterlassungsschuldner die Wiederholungsgefahr nicht aus, obwohl der Unterlassungsgläubiger (formlos) auf den Rechtsverstoß hingewiesen und mit rechtlichen Schritten gedroht hat, hat der Unterlassungsschuldner (nach hier vertretener Ansicht) Anlass zur Klage im Sinne von § 93 ZPO gegeben.³⁷⁾ Dies ist weder rechtsmissbräuchlich gemäß § 8c UWG noch treuwidrig (§ 242 BGB), da vom Unterlassungsgläubiger nach Wegfall des Kostenerstattungsanspruchs nicht verlangt werden kann, den Schuldner gleichsam zu beraten. Es muss daher genügen, dass der Unterlassungsgläubiger den Unterlassungsschuldner auf die Rechtsverletzung hinweist, ihn zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr auffordert und rechtliche Schritte androht, sollte der Schuldner die Wiederholungsgefahr nicht ausräumen, zumal eben ein Unterlassungsanspruch im Raum steht, der letztlich auch durchsetzbar sein muss. Das bedeutet aber auch: Mitbewerber (genauer: deren „Abmahnanwälte“) können künftig zwar nicht an Abmahngebühren verdienen,³⁸⁾ allerdings könnten dies künftig Prozessvergütungen hinreichend kompensieren. Gerade unerfahrene Rechtsverletzer könnten mit Klagedrohungen überfordert sein und Unterlassungserklärungen – wenn überhaupt – fehlerhaft formulieren.³⁹⁾ Der Schuldner wird sich nicht selten fälschlicherweise auf der sicheren Seite wähnen, wenn er die rechtsverletzende Handlung einstellt. Zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr reicht das aber – wie schon gesagt – gerade nicht. Entsprechend wären Prozessserfolge einschließlich der „Gebührenerwirtschaftung“ der (Anwälte der) Mitbewerber garantiert.⁴⁰⁾ Nochmals: § 13 Abs. 4 UWG schließt den Unterlassungsanspruch und seine gerichtliche Durchsetzung gerade nicht aus. Der vom Gesetzgeber identifizierte „Missionsstand“ verlagert sich also zumindest teilweise in den Prozess. Der Gesetzgeber ist gleichsam auf halber Strecke stehen geblieben, weil er den Unterlassungsanspruch als solchen und die Dogmatik zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr gerade nicht ausgeschlossen hat.⁴¹⁾

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

24) Vgl. *Ulrica*, WRP 2019, 1117, 1120.

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

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

27) Vgl. *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1373; *Köhler*, WRP 2019, 1550, 1552.

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

29) Freilich können Unterlassungsansprüche nicht im traditionellen Sinne erfüllt werden, *Fritzsche*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 143.

30) *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 29.

31) *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 38. Aufl. 2020, § 8 Rn. 1.48.

32) *Sosniza*, in: *Ohly/Sosniza* (Fn. 8), § 12 Rn. 16.

33) BGH, 14.01.2016 – I ZR 65/14, WRP 2016, 958 Rn. 53 – Freunde finden.

34) *Ohly*, in: *Ohly/Sosniza* (Fn. 8), § 8 Rn. 11.

35) BGH, 14.01.2016 – I ZR 65/14, WRP 2016, 958 Rn. 53 – Freunde finden.

36) Daher ist die Kostentragungspflicht des Abgemahnenden wertungsmäßig überzeugend, *F. Hofmann*, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, 2017, S. 449.

37) Vgl. *Schulz*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 93 Rn. 22 und Rn. 50.

38) Soweit Anwalt und Mitbewerber kollusiv zusammenwirken („unter einer Decke stecken“), handelt es sich um einen Fall missbräuchlicher Rechtsdurchsetzung gemäß § 8c UWG.

39) Vgl. *Rätze*, WRP 2020, 1519, 1522.

40) Während Mitbewerber eigentlich gar keine Gebühren „erwirtschaften“ können, sondern nur einen Anspruch auf tatsächlich entstandene Aufwendungen haben, geht der Gesetzgeber augenscheinlich davon aus, dass über entsprechende – eigentlich missbräuchliche Gestaltungen – auch Mitbewerber an den Gebühren beteiligt werden.

41) Zum fehlenden Ausschluss der Aktivlegitimation von Mitbewerbern als Webfehler *Rätze*, WRP 2020, 1519, 1525.

c) Berücksichtigung des Verbots der Vertragsstrafevereinbarung

- 17 Es bleibt zu untersuchen, ob sich an diesem, aus Sicht des Gesetzgebers ernüchternden Befund etwas ändert, wenn man § 13a UWG n. F. in die Überlegungen einbezieht. In der Literatur wird vertreten, dass sich der Wortlaut des § 13a Abs. 2 UWG n. F. nur auf die erste Abmahnung, nicht jedoch auf die gesamte Verfolgung eines erstmalig begangenen Verstoßes bezieht.⁴²⁾ Reagiert der Unterlassungsschuldner nicht auf eine erste Abmahnung, könnte demnach der Unterlassungsgläubiger eine weitere Abmahnung aussprechen und nunmehr auch eine Vertragsstrafe vereinbaren.⁴³⁾
- 18 Selbst wenn man dieser Ansicht folgt, bleibt das soeben beschriebene Kostenrisiko des Unterlassungsschuldners bestehen. Schlägt der Abmahnende keinen Text für eine Unterwerfung vor, muss der Unterlassungsschuldner die Formulierung selbst vornehmen.⁴⁴⁾ Auch kann man den Unterlassungsgläubiger nicht darauf verweisen, eine zweite, zudem nicht erstattungsfähige Abmahnung (§ 13 Abs. 4 UWG n. F.) auszusprechen. Den Unterlassungsschuldner trifft nun aber das Problem, dass er die Wiederholungsgefahr auszuräumen hat, ohne sich gegenüber einem Mitbewerber (jedenfalls bei dessen erster Abmahnung) strafbewehrt unterwerfen zu können. Aus der fehlenden Möglichkeit der Vertragsstrafevereinbarung in den Fällen des § 13a Abs. 2 UWG n. F. kann schließlich nicht gefolgert werden, dass die Wiederholungsgefahr ohne Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung entfällt.⁴⁵⁾ Der Unterlassungsanspruch bleibt durch die Neuregelungen unberührt; gleiches gilt für die Dogmatik mit Blick auf die Ausräumung der Wiederholungsgefahr. Dies wird schon dadurch bestätigt, dass namentlich qualifizierte Wirtschaftsverbände weiterhin eine Vertragsstrafe vereinbaren können, um eine Unterlassungserklärung abzusichern.⁴⁶⁾ Die Wiederholungsgefahr ist aber nach bisherigem Verständnis unteilbar.⁴⁷⁾ Der Unterlassungsschuldner muss sich also aus eigener Initiative gegenüber einem Dritten, z. B. einem verfolgungsbereiten qualifizierten Wirtschaftsverband, unterwerfen.⁴⁸⁾ Es bedarf einer Drittunterwerfung.⁴⁹⁾

VI. Fazit

Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs kann für Unterlassungsschuldner eine neue Haftungsfalle begründen. Auch wenn Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) in bestimmten Konstellationen weder einen Aufwendungsersatzanspruch für Abmahnungen geltend machen noch eine Vertragsstrafe zur Beilegung eines Wettbewerbsverstoßes vereinbaren können, besteht auch weiterhin zugunsten der Mitbewerber ein vollwertiger Unterlassungsanspruch. Es obliegt dem Unterlassungsschuldner, den Unterlassungsanspruch zu „erfüllen“, also die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Liefern wegen der Beschränkungen in § 13 Abs. 4 UWG n. F. und § 13a Abs. 2 UWG n. F. Mitbewerber künftig keine vorformulierte Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafeversprechen,⁵⁰⁾ ist der Schuldner hier ganz auf sich gestellt. Versäumt es der Unterlassungsschuldner nach einem formlosen Hinweis auf eine Rechtsverletzung und der Androhung gerichtlicher Schritte, die Wiederholungsgefahr (durch eine vorbeugende Drittunterwerfung) auszuräumen, kann auch ein Mitbewerber den Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend machen. Der Unterlassungsschuldner verliert dabei nicht nur in der Sache, sondern auch in den Kosten, da § 93 ZPO in dieser Situation nicht greift. Oder frei in den Worten des Reformgesetzgebers: Auch künftig können „Gebühren generiert“ werden.

42) *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1374.

43) *Fritzsche*, WRP 2020, 1367, 1374.

44) Zur vorbeugenden Unterwerfung BGH, 28.02.2013 – I ZR 237/11, WRP 2013, 1196 Rn. 20 – Vorbeugende Unterwerfungserklärung.

45) *Ulrici*, WRP 2019, 1117, 1120.

46) BT-Drs. 19/12084, S. 33 f.

47) BGH, 02.12.1982 – I ZR 121/80, WRP 1983, 264 – Wiederholte Unterwerfung; *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 30), § 8 Rn. 53.

48) Zur vorbeugenden Unterwerfung BGH, 28.02.2013 – I ZR 237/11, WRP 2013, 1196 Rn. 20 – Vorbeugende Unterwerfungserklärung.

49) Zur Drittunterwerfung *Apel/Drescher*, JURA 2019, 526, 531.

50) Auch § 8c Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 UWG n. F. können Auslöser dafür sein, dass der Abmahnende auf die Formulierung einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung verzichtet, *Rätze*, WRP 2020, 1519, 1522.

Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens, Osnabrück*

Kosten des nur teilweise berechtigten Abschluss Schreibens

INHALT

- I. Differenzierung von Abmahnung und Abschluss Schreiben?
- II. Der Fall *BretarisGenuair*
- III. Ungelöstes Problem oder prozessuales Missgeschick des Verfügungsbeklagten?

I. Differenzierung von Abmahnung und Abschluss Schreiben?

- 1 *Schwippert* hat sich jüngst mit Fallstricken im Abschlussverfahren befasst.¹⁾ Aufgrund einer Analyse der Entscheidung „*Bretaris*“

Genuair“ des BGH hat er die These aufgestellt, der BGH habe sich dort dafür entschieden, für ein nur teilweise berechtigtes Abschluss Schreiben könne volle Kostenerstattung verlangt werden,²⁾ anders als bei einer nur teilweise berechtigten Abmahnung. Werden die Kosten der Abmahnung nach dem Gegenstandswert berechnet, soll deren Erstattung nach der Rechtsprechung des BGH in der Tat nur derjenige Wertanteil zugrunde gelegt werden dürfen, der dem berechtigten Teil der Abmahnung entspricht.³⁾ Anders als *Schwippert* angenommen hat, hat der BGH hinsichtlich der Kosten des Abschluss Schreibens bei nur teilweise berechtigtem Unterlassungsanspruch noch keine abweichende Festlegung getroffen. Allerdings hat *Schwippert* ein noch nicht behandeltes Verfahrensproblem entdeckt.

2) *Schwippert* WRP 2020, 1237, 1241 Rn. 29.

3) BGH, 10.12.2009 – I ZR 149/07, WRP 2010, 1023, 1029 – Sondernewsletter; BGH 14.01.2016 – I ZR 61/14, WRP 2016, 581, 586 Rn. 45 – Wir helfen im Trauerfall.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 128.

1) *Schwippert* WRP 2020, 1237.