

## 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: Dr. Lambert Pechan

Die Modernisierung des europäischen Designrechts

## 129 Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M.

Anwendungsbereich der Verbote unlauterer Handelspraktiken im Agrarorganisationen-und-Lieferketten-Gesetz

## 139 Dr. Theresa Uhlenhut und Dr. Johannes Bernhardt, LL.B.

Markenrecht im Metaverse

## 147 Arno Lampmann

Rechtsmissbrauch im UWG: Von der konkreten Einzelfallprüfung zum pauschalen Charaktertest?

## 151 Dr. Frank-Erich Hufnagel

Die Lizenzbasis für FRAND-Lizenzen – Kartellrechtliche und immaterialgüterrechtliche Vorgaben und ein Blick auf das Arbeitnehmererfinderrecht

## 156 Benedict Kreitz, LL.M.

Erweiterte Haftungsrisiken für Datenschutzverstöße durch den Individualanspruch des Verbrauchers gem. § 9 Abs. 2 UWG?

## 161 „EUROOPTIEKA“

EuGH, Urteil vom 22.12.2022 – C-530/20

## 166 Christian Louboutin/Amazon Europe u.a.

EuGH, Urteil vom 22.12.2022 – C-148/21 und C-184/21

## 174 TU u.a./Google

EuGH, Urteil vom 08.12.2022 – C-460/20

## 184 Wegfall der Wiederholungsgefahr III

BGH, Versäumnisurteil vom 01.12.2022 – I ZR 144/21

## 189 App-Zentrum II

BGH, Beschluss vom 10.11.2022 – I ZR 186/17

## 193 Schlecker

BGH, Urteil vom 29.11.2022 – KZR 42/20

## 209 Unrichtiger Aktionspreis im Onlineshop

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 24.11.2022 – 6 U 276/21

RA Arno Lampmann, Köln\*

## Rechtsmissbrauch im UWG: Von der konkreten Einzelfallprüfung zum pauschalen Charaktertest?

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Beurteilungsrahmen: UWG, Abmahnung und Rechtsmissbrauchseinwand
  - 1. Sinn und Zweck des UWG
  - 2. Sinn und Zweck der Abmahnung
  - 3. Sinn und Zweck der Regeln zum Rechtsmissbrauch
- III. Einordnung des konkreten Rechtsmissbrauchsvorwurfs
  - 1. Kritik
  - 2. Beurteilung nach altem UWG
  - 3. Beurteilung nach neuem UWG
- IV. Schlussbemerkung

### I. Einleitung

- 1 Der Beitrag stellt eine Replik auf den Aufsatz des Kollegen Prof. Dr. *Felix Buchmann* und der Kollegin *Chiara Panfili* mit dem Titel „(K)ein selbstständiger Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten?“ dar, in der Ausgabe September 2022 in der WRP veröffentlicht worden ist.<sup>1)</sup> Die Autoren thematisieren dort eine – vor der durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (GSFW) veranlassten, weitreichenden UWG-Novelle ergangene – BGH-Entscheidung<sup>2)</sup> zu der Frage, ob und inwieweit der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten vom Bestand des damit geltend gemachten Unterlassungsanspruchs abhängt. Kernpunkt der Entscheidung ist der Einwand der dortigen Beklagten, dass die Klägerin rechtsmissbräuchlich gehandelt habe und ihr daher unter anderem die Erstattung der Abmahnkosten nicht zustehe. Während die Instanzgerichte der Klägerin undifferenziert sämtliche Ansprüche wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens abgesprochen hatten, beurteilte der BGH das Schicksal des Anspruchs auf Erstattung der Abmahnkosten auf der einen Seite und den später gerichtlich wegen Missbrauchs weggefallenen Unterlassungsanspruch auf der anderen Seite getrennt voneinander und verwies den Rechtsstreit zurück an das Berufungsgericht. Die Autoren kritisieren das Urteil auf der Basis des alten Rechts und stellen die These auf, dass es insbesondere nach neuem Recht so nicht mehr hätte ergehen können. Die Entscheidung laufe – vereinfacht gesagt – der gesetzgeberischen Intention der Eindämmung des finanziellen Anreizes zur missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen zuwider.
- 2 Der folgende Beitrag zeigt anhand des Sinn und Zwecks des UWG, der Abmahnung und der Rechtsmissbrauchsvorschriften mit einem kritischen Blick auf deren praktische Umsetzung auf, weshalb die genaue und differenzierte Betrachtung des Verhaltens

des Anspruchstellers bei der Beurteilung der Frage, ob dieser ein „Recht“ missbraucht, erforderlich ist und die Entscheidung des BGH sowohl nach altem als auch nach neuem Recht richtig und auch ein wichtiges Signal für eine Refokussierung von wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten auf Sachfragen sein dürfte.

Hervorzuheben ist, dass der Autor der Kanzlei angehört, die den BGH-Fall vom LG Berlin bis zum KG begleitet hat und dort jeweils die (Verfügungs-)Beklagte vertreten und den Rechtsmissbrauch bezüglich des Unterlassungsanspruchs erfolgreich eingewandt hat. Das Risiko, dass der Beitrag aufgrund dieser Prozessbeteiligung womöglich die erforderliche Neutralität vermissen lassen könnte, wird hoffentlich durch die dadurch gewährleistete Praxisnähe und den Umstand aufgewogen, dass der Autor dem immer weiter ausufernden Rechtsmissbrauchseinwand kritisch gegenübersteht und die BGH-Entscheidung – obwohl für die vertretene Beklagte nachteilig – daher begrüßt.

Die Parteien des BGH-Verfahrens boten Lebensmittel und Drogeartikel über Online-Handelsplattformen zum Kauf an. Die Klägerin erhielt am 08.02.2018 Kenntnis von vermeintlichen Wettbewerbsverstößen der Beklagten und mahnte sie am 12.02.2018 erfolglos ab. Die Beklagte nahm diese Abmahnung zum Anlass, um am 01.03.2018 eine „Gegenabmahnung“ wegen ähnlicher Verstöße im Onlineshop der Klägerin auszusprechen und ihrerseits eine Unterlassungserklärung und Kostenerstattung zu fordern. An dieser Stelle nimmt der Fall die Wendung, die die Gerichte letztlich zur Feststellung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bewogen hat. Die Gegenwehr nahm die Klägerin am 02.03.2018 nämlich wiederum zum Anlass, weitere, vermeintlich wettbewerbswidrige Angebote der Beklagten kostenpflichtig abzumahnern. In der Folgezeit beantragte die Klägerin bezüglich jeder der beiden Abmahnungen jeweils einen Verfügungsantrag, erhob Hauptsacheklage und strengte somit auf Basis von zwei Abmahnungen vier gerichtliche Verfahren an. Vor dem BGH stand aufgrund einer nur in Bezug auf diesen Teil zugelassenen Revision lediglich die Frage zur Entscheidung an, ob (wenigstens) die Kosten der ersten Abmahnung erstattungsfähig waren, was die Vorinstanzen verneint hatten. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

### II. Beurteilungsrahmen: UWG, Abmahnung und Rechtsmissbrauchseinwand

Um dem vorliegenden Beitrag einen Rahmen zu geben, ist es notwendig, Sinn und Zweck des UWG, der außergerichtlichen Abmahnung und des Rechtsmissbraucheinwands vor die Klammer zu ziehen und kurz näher zu beleuchten.

#### 1. Sinn und Zweck des UWG

Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG dient das UWG dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Der Gesetzgeber belässt es jedoch nicht bei einer personalen Anknüpfung und damit einer bloßen Interessenabwägung verschiedener Parteien. Das UWG schützt gem. § 1 Abs. 1 S. 2 UWG zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Das Gesetz nimmt damit auch das „große Ganze“ in den Blick und sieht

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 259.

1) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074 ff.

2) BGH, 27.01.2022 – I ZR 7/21, WRP 2022, 597 – Selbstständiger Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten. Der Autor gehört der Kanzlei an, die diesen BGH-Fall vom LG Berlin bis zum KG begleitet hat und dort jeweils die (Verfügungs-)Beklagte vertreten und den Rechtsmissbrauch bezüglich des Unterlassungsanspruchs erfolgreich eingewandt hat.

## Lampmann, Rechtsmissbrauch im UWG

nicht bloß einen Ausgleich zwischen den unmittelbar an einem Streit beteiligten Parteien vor. Die Durchsetzung des Allgemeininteresses wird so in die Hände privater Marktteilnehmer gelegt.<sup>3)</sup> Dieser explizit normierte Gesetzeszweck macht deutlich, dass die Annahme, ein Marktteilnehmer missbrauche ein ihm im UWG zugewiesenes Recht, nicht nur die Individualinteressen betrifft, sondern auch die Verwirklichung des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb eingrenzt und damit die Ausnahme bleiben muss, wenn das UWG seine Aufgabe wirksam wahrnehmen soll.

## 2. Sinn und Zweck der Abmahnung

- 7 Nach § 13 Abs. 1 UWG soll der Gläubiger eines Unterlassungsanspruchs 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. Die Vorgabe stimmt mit § 12 Abs. 1 S. 1 UWG a. F. überein. Die wettbewerbsrechtliche Abmahnung ist die Mitteilung eines Anspruchsberechtigten an einen Verletzer, dass dieser sich durch eine bestimmte Handlung wettbewerbswidrig verhalten habe, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten in Zukunft zu unterlassen und binnen einer bestimmten Frist eine (im Fall der Wiederholungsgefahr strafbewehrte) Unterlassungserklärung abzugeben.<sup>4)</sup>
- 8 Auch wenn die Abmahnung für ein späteres gerichtliches Vorgehen keine zwingende Voraussetzung ist, so stellt sie eine Obliegenheit<sup>5)</sup> des Gläubigers dar. Sowohl der Verzicht auf eine Abmahnung als auch ihre nachlässige Formulierung können für den Gläubiger zahlreiche nachteilige Folgen haben, die sich bis in das später eventuell notwendig werdende Gerichtsverfahren auswirken bzw. in Gegenansprüchen auf Seiten des Schuldners münden können.<sup>6)</sup> Außerdem ist in der gerichtlichen Praxis insbesondere nach mehreren Entscheidungen des BVerfG im Jahre 2018 die Tendenz zu erkennen, im Hinblick auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit eine Beschlussverfügung, die grundsätzlich ohne Beteiligung des Schuldners ergehen kann, erst nach erfolgloser Abmahnung zu erlassen.<sup>7)</sup> Des Weiteren macht das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs seit dem 02.12.2020 dem Gläubiger umfangreiche Vorgaben zum Inhalt der Abmahnung, deren Nichtbeachtung nicht nur zum Verlust des Kostenerstattungsanspruchs und zu Gegenansprüchen des Schuldners führt, sondern ggf. sogar das gesamte Vorgehen unzulässig werden lässt. Die Verwirklichung eines der Regelbeispiele des § 8c Abs. 2 UWG führt nämlich nicht nur zu einer unberechtigten Abmahnung, sondern auch zur Unzulässigkeit einer nachfolgenden Klage oder eines Verfügungsantrags.<sup>8)</sup>
- 9 Festzuhalten bleibt, dass eine Abmahnung nicht, wie es landläufig angenommen wird, ohne Weiteres als bloßes Vehikel zur Generierung von Anwaltskosten verwendet werden kann und ihre ordnungsgemäße und zielführende Fertigung – wenn nicht bereits vor der letzten UWG-Novelle, dann spätestens jetzt – eine anwaltliche Expertise erfordert, die über gute allgemein-zivilprozessuale Kenntnisse weit hinausgeht. Dies vor allem gerade auch vor den neuesten BVerfG-Entscheidungen, die z. T. eine Kongru-

enz/Wortidentität zwischen Abmahnung und späterem Unterlassungsantrag fordern.<sup>9)</sup>

## 3. Sinn und Zweck der Regeln zum Rechtsmissbrauch

In einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1969 („Fotowettbewerb“)<sup>10)</sup> wurde erstmalig höchstrichterlich ein Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten anerkannt, um die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts mit seinem traditionell privatrechtlichen Sanktionensystem zu fördern. Nachdem sich dieser Anspruch in der Praxis durchgesetzt hatte, entdeckten einzelne Protagonisten aus Wirtschaft und Anwaltschaft die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen als Möglichkeit der Einnahmeerzielung.<sup>11)</sup> Die Voraussetzungen und Folgen dieser missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen wurden zunächst durch die Gerichte über § 13 Abs. 2 UWG a. F. definiert, in dem die Anspruchsberechtigung (Klagebefugnis) oder die Erforderlichkeit von Abmahnkosten verneint wurden. Sie wurden in der Folge explizit im UWG geregelt und sind mit Wirkung ab dem 02.12.2020 durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs nunmehr im § 8c UWG normiert. Die Norm soll negative Folgen der vielfachen Anspruchsberechtigung bekämpfen, die in erster Linie mit dem Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen für eine berechtigte Abmahnung nach § 13 Abs. 3 UWG in Zusammenhang stehen.<sup>12)</sup> Der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 8c UWG gilt nur für gesetzliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus dem UWG und ist – auch analog – nicht auf andere Ansprüche anwendbar, wie etwa Aufwendungsersatzansprüche, vertragliche Ansprüche oder allgemeine deliktische Unterlassungsansprüche; diese sind nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB zu beurteilen.<sup>13)</sup>

Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Ein Missbrauch liegt vor, wenn die Geltendmachung der Ansprüche überwiegend von sachfremden, nicht schutzwürdigen Interessen und Zielen geleitet ist.<sup>14)</sup> Voraussetzung dafür ist – trotz Abstellens auf äußere Umstände – immer auch ein Wissens- bzw. Willenselement.<sup>15)</sup>

In der Praxis tritt das Phänomen Rechtsmissbrauch weit überwiegend im Zusammenhang mit Abmahnungen, also der außergerichtlichen Inanspruchnahme von Schuldern der Unterlassungsansprüche in Erscheinung. Dies hat seinen Grund darin, dass zwar auch eine gerichtliche Inanspruchnahme – im Falle des Obsiegens – finanzielle Vorteile für den Gläubiger bzw. den diesen vertretenden Anwalt haben kann, ein solches Vorgehen jedoch mit erheblichen Prozesskostenrisiken einhergeht, die in (im Hauptsacheverfahren sogar vorzuschießenden) Gerichtskosten und Kosten des gegnerischen Anwalts liegen. Eine Abmahnung kann demgegenüber sehr kostengünstig oder sogar – mit einer entsprechenden (unzulässigen) Vereinbarung mit dem vertretenden Anwalt – fast völlig ohne finanzielles Risiko ausgesprochen werden. Die praktische Erfahrung zeigt allerdings, dass rechtsmissbräuchliche Abmahnungen in weit geringerer Zahl auftreten, als dies landläufig angenommen wird bzw. von einschlägigen Verbänden im Gesetzgebungsverfahren angeführt wurde. Ebenso erwähnt werden muss, dass sich auch redliche Gläubiger häufig zu Unrecht dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ausgesetzt sehen. Auch dies hat einen einfachen Grund: Ein Schuldner kann damit die Auseinandersetzung auf einen Kriegsschauplatz verlegen, der für ihn ungeachtet der materiell-

3) Podszun, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 5. Aufl. 2021, UWG § 1 Rn. 3.

4) BT-Drs. 15/1487, S. 25.

5) Sosnitsa, in: Ohly/Sosnitsa, UWG, 7. Aufl. 2016, § 12 Rn. 4.

6) Lampmann, in: Lampmann/Pustovalov, Anspruchsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2022, Rn. 193.

7) BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlussverfahren I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlussverfahren II. Vgl. insgesamt hierzu Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 Rn. 74 m. w. N.

8) Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson/Fedderson (Fn. 7), § 8c Rn. 7 m. w. N.

9) Vgl. BVerfG, 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, WRP 2020, 1179, BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423.

10) BGH, 15.10.1969 – I ZR 3/68, NJW 1970, 243 – Fotowettbewerb.

11) Fritzsche, in: MüKo UWG, 3. Aufl. 2022, UWG § 8c Rn. 2.

12) Fritzsche, in: MüKo UWG (Fn. 11), § 8c Rn. 1.

13) Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 7), § 8c Rn. 9 m. w. N.

14) Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 7), § 8c Rn. 11 m. w. N.

15) OLG Köln, 27.11.2020 – 6 U 65/20, WRP 2021, 371, 373.

rechtlichen Lage eine – und ohne Argumente in der Sache die einzige – Chance bedeutet, den Rechtsstreit zu gewinnen. Es soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass es für die angerufenen Gerichte manchmal schwer ist, der Versuchung zu widerstehen, mit dem Fokus auf den Rechtsmissbrauch den Aufwand eines womöglich umfangreichen Sachurteils zu vermeiden.

- 13 Interessanterweise ging es in dem hier interessierenden durch drei Instanzen geführten Verfahren hauptsächlich um die Frage, ob die gerichtlichen Schritte der Klägerin (immerhin zwei Verfügungsverfahren und zwei Hauptsacheverfahren) für sich genommen rechtsmissbräuchlich eingeleitet wurden. Nur am Rande ging es um die Abmahnkosten, mit denen sich der BGH auch nur deswegen befasst hat, weil er die Revision auf eine Nichtzulassungsbeschwerde bezüglich dieses kleinen Teils zugelassen hatte.

### III. Einordnung des konkreten Rechtsmissbrauchsvorwurfs

- 14 Die Autoren *Buchmann/Panfili* kritisieren das BGH-Urteil im Kern darin, dass es die Kriterien für die Bestimmung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Gläubigers sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage verkannt habe und es damit der gesetzgeberischen Intention der Eindämmung des finanziellen Anreizes zur missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen zuwiderlaufe.<sup>16)</sup>
- 15 Ausgangspunkt der These ist der unbestrittene Grundsatz, wonach die Frage, ob Rechtsmissbrauch gegeben ist, unter Berücksichtigung der „gesamten Umstände“ des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen ist.

#### 1. Kritik

- 16 Der Beitrag scheint die Beurteilung der „gesamten Umstände“ mit einer Art Charakterprüfung des Gläubigers gleichsetzen zu wollen. Jedenfalls differenziert er nicht zwischen einzelnen Durchsetzungsakten (Abmahnungen), geschweige denn einzelnen Ansprüchen, sondern will unter den „gesamten Umständen“ offenbar alle Streitigkeiten zwischen zwei Parteien in einem bestimmten Zeitraum verstanden wissen. Diese Sichtweise wird dem oben skizzierten Zweck des UWG jedoch nicht gerecht.
- 17 Sie findet auch in der Literatur keine Stütze. Die missbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch Abmahnung führt zwar zum Erlöschen des Anspruchs<sup>17)</sup> und hindert damit naturgemäß dessen gerichtliche Durchsetzung. Bei missbräuchlicher gerichtlicher Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist nach ganz herrschender Meinung das Fehlen der Klage- oder Prozessführungsbefugnis anzunehmen. Klage und Verfügungsantrag sind danach als unzulässig abzuweisen.<sup>18)</sup>
- 18 Ohne Weiteres liegt noch nicht einmal im Vorgehen im Rahmen einer „Retourkutsche“ – d. h., wenn der zuvor abgemahnte Schuldner den Gläubiger als Reaktion darauf seinerseits abmahnt – Rechtsmissbrauch.<sup>19)</sup> Um eine solche Retourkutsche handelte es sich bei der ersten Abmahnung, um deren Kosten es in der Entscheidung geht, aber auch nicht. Es gab auch – und deshalb sah sich der BGH dazu veranlasst, auf die Selbstständigkeit des Kostenerstattungsanspruchs hinzuweisen und den Rechtsstreit an das KG zurückzuverweisen – keine tragfähigen Feststellungen des Berufungsgerichts zu der maßgeblichen Frage, ob die Abmahnung wegen der behaupteten Wettbewerbsverstöße berechtigt (und damit auch nicht rechtsmissbräuchlich

ausgesprochen worden) war. Prozessual waren dem BGH damit die Hände gebunden; es wäre nicht statthaft gewesen, selbst entsprechende Tatsachen festzustellen oder zu ermitteln oder gar Vermutungen darüber anzustellen, wie sich die Motivlage bei der Klägerin zum Zeitpunkt der ersten Abmahnung dargestellt haben könnte. Dieses Ergebnis kann man im Hinblick auf das weitere Verhalten der Klägerin als unbefriedigend empfinden, für fachliche Kritik an der Entscheidung ist an dieser Stelle jedoch kein Raum.

19 Vielleicht mit Blick auf das unbefriedigende Ergebnis und damit verständlicherweise stellen die Autoren in ihrem Beitrag Vermutungen darüber an, wie sich der Sachverhalt abgespielt haben könnte. Entweder die in der zweiten Abmahnung monierten Verstöße seien bekannt gewesen, sollten im Rahmen der ersten Abmahnung aber nicht ausgesprochen werden oder sie seien nicht bekannt gewesen, weil es nur darum ging, einen offensichtlichen Verstoß zu verfolgen, der künftige Verstöße gegen eine Unterlassungserklärung erwarten lässt. Darauf folgt die Schlussfolgerung, dass es in diesem Fall gar nicht um wettbewerbsrechtliche Belange gegangen sein könne.<sup>20)</sup>

20 Die Feststellung, dass nur diese beiden Sachverhaltsvarianten in Betracht kommen, ist nicht zwingend. Zudem dürfte der Plan, durch die Abmahnung „offensichtlicher“ Verstöße, künftige Verstöße gegen eine Unterlassungserklärung und damit Vertragsstrafen zu generieren, nicht zielführend sein. Erstens setzt die Verwirkung einer Vertragsstrafe eine weitere, eigenverantwortliche Handlung des Schuldners und einen Verstoß gegen einen noch zu schließenden Unterlassungsvertrag voraus. Zweitens liegt es nahe, dass ein offensichtlicher Verstoß eben aufgrund seiner Offensichtlichkeit vom Schuldner in Zukunft ohne großen Aufwand vermieden werden kann. Die Spekulationen geben damit sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht wenig für die Lösung des Falls her.

21 Die Autoren führen weiter aus, dass man im vorliegenden Fall auch vorhandene und bekannte Indizien werten können, z. B. wie häufig der Unterlassungsgläubiger bereits Abmahnungen ausgesprochen habe und die fachliche Spezialisierung seines Rechtsanwalts; sie sprächen für die Erfahrung, Lauterkeitsverstöße zu erkennen.<sup>21)</sup> Die Zahl der ausgesprochenen Abmahnungen gehört jedoch zu den Feststellungen, die das KG gerade nicht getroffen hat und hätte nachholen müssen. Zudem bleibt offen, weshalb die fachliche Spezialisierung eines Rechtsanwalts und die Fähigkeit, Rechtsverstöße zu erkennen, per se als Indiz für rechtsmissbräuchliches Verhalten seines Mandanten sprechen soll. Voraussetzung für diesen Vorwurf wäre jedenfalls die Feststellung, dass der Rechtsanwalt Verstöße beim Schuldner zwar als solche erkannt, deren Abmahnung jedoch dann, ggf. auf Geheiß des Mandanten, zurückgestellt hat, um sie für eine zweite Abmahnung in der Hinterhand zu halten.

22 Auch die Auffassung, dass aus den Entscheidungsgründen des KG hervorgehe, dass bereits für die fehlende Berechtigung der Abmahnung zahlreiche Anhaltspunkte bestanden hätten,<sup>22)</sup> kann man kritisieren. Sie verwundert auch ein wenig, da die Autoren an anderer Stelle<sup>23)</sup> selbst darauf hinweisen, dass das KG gerade nicht ermittelt habe, wie die Fallgestaltung im vom BGH zu entscheidenden Fall lag. Es trifft zwar zu, dass sich das KG – sogar sehr ausführlich – mit möglichen sachfremden Motiven der Klägerin beschäftigt hat. Dies allerdings nur in Bezug auf das Verhalten *nach* der ersten Abmahnung und insbesondere mit Hinblick auf das prozessuale Vorgehen. Mit der Motivlage im

16) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 26 f.

17) *Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 7), § 8c Rn. 5.

18) *Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 7), § 8c Rn. 3.

19) OLG Köln, 23.12.2020 – 6 U 74/20, WRP 2021, 377; OLG Frankfurt a. M., 08.08.2019 – 6 U 40/19, WRP 2019, 1354.

20) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 10.

21) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 10.

22) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 18.

23) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 10.

Zeitpunkt der ersten Abmahnung befasst sich das KG indes nicht. Das ist aus seiner Sicht auch konsequent, da es nicht – wie der BGH – zwischen dem Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten auf der einen und dem Unterlassungsanspruch auf der anderen Seite differenziert, sondern das Schicksal der Nebenansprüche an das des Unterlassungsanspruchs knüpft.<sup>24)</sup> Diese undifferenzierte Sichtweise veranlasste den BGH zur Zurückverweisung.

## 2. Beurteilung nach altem UWG

**23** Nach hiesiger Auffassung ist eine Differenzierung zwingend, wenn nicht die außergerichtliche, sondern erst die gerichtliche Durchsetzung von sachfremden Motiven geleitet ist. Gerade wegen seiner einschneidenden Folgen muss der Missbrauch eines Rechts (übrigens ein schwerwiegender Vorwurf, der bereits begrifflich den Bestand einer zumindest anfänglich durchsetzbaren Rechtsposition voraussetzt) an konkreten Tatsachen festgemacht werden. Eine begründete, berechtigte und formwirksame Abmahnung löst einen Erstattungsanspruch aus. Spätere Ereignisse haben darauf grundsätzlich keinen Einfluss. Warum auch? Ein bei der ersten Tat vorsatzlos handelnder Täter wird nicht rückwirkend dennoch bestraft, weil er bei einer zweiten Tat vorsätzlich gehandelt hat. Es sei denn, das weitere Verhalten lässt auf sachfremde Motive bereits bei der ersten Abmahnung schließen, was z. B. der Fall sein kann, wenn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch später nicht weiterverfolgt wird.<sup>25)</sup> Das Gegenteil war aber hier der Fall.

**24** Es trifft zwar zu, dass die Frage, ob Rechtsmissbrauch vorliegt, unter Berücksichtigung der „gesamten Umstände“ zu beurteilen ist. In diesem Sinne lassen auch spätere Verhaltensweisen den Schluss auf frühere sachfremde Motive zu. Entbehrlich wird deren Feststellung im betreffenden Zeitpunkt indessen nicht. Der konkrete Fall ist das Parade-Praxisbeispiel, in dem bei der Abmahnung zunächst (nach den gerichtlichen Feststellungen) noch nichts falsch gemacht, dann aber die gerichtliche Durchsetzung unnötig aufgespalten wurde. Ein Indiz für die rechtsmissbräuchliche „Gesinnung“ bereits bei der ersten Abmahnung kann daraus nicht ohne Weiteres abgeleitet werden.

**25** Es könnte zwar ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen darin gesehen werden, dass der Gläubiger die mit der zweiten Abmahnung geltend gemachten Verstöße bereits zum Zeitpunkt der ersten Abmahnung kannte, weil das womöglich den Schluss zuließe, dass er diese bewusst für eine zweite Abmahnung zurückgehalten hat. Aber auch dafür gab die Entscheidung des KG nun einmal nichts Tatsächliches her. Es mag „praxisfern“ sein, dass der Unterlassungsgläubiger den „Pfad der Tugend“ zwischen Abmahnung und gerichtlicher Durchsetzung *dokumentierbar* verlässt, also dass ihm das Hinzutreten sachfremder Motive gerade in diesem Zeitraum nachgewiesen werden kann. Die Beweisnot einer Partei ist jedoch kein Problem des Rechtsmissbrauchs, sondern ein mit jedem Zivilprozess einhergehendes Phänomen. Abgesehen davon legt die vorliegende Sachverhaltskonstellation sogar umgekehrt nahe, dass der Kläger zunächst bestehende Ansprüche tatsächlich regelkonform per Abmahnung geltend machen wollte und sich dann erst aus Ärger über die Gegenabmahnung (die in dem Fall gerade einen validen Anknüpfungspunkt für die Änderung der klägerischen Gesinnung bildet) zu einer „Retourkutsche“ und einer möglichst kostenintensiven Durchsetzung seiner Ansprüche entschieden hat.

24) Vgl. KG, 22.12.2020 – 5 U 69/19, juris, Rn. 75.

25) OLG Hamm, 23.01.2014 – 4 U 87/13, BeckRS 2016, 909.

26) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 17.

Schließlich muss man auch die Kritik von *Buchmann/Panfili*<sup>26)</sup> der Bezugnahme des BGH auf seine Entscheidung „Unbedenkliche Mehrfachabmahnung“<sup>27)</sup> nicht unbedingt teilen. Sie bezieht sich offenbar darauf, dass der BGH in der betreffenden Entscheidung nur festgestellt habe, dass sich die Rechtsmissbräuchlichkeit einer zweiten Abmahnung (und eines späteren gerichtlichen Vorgehens) nicht auf die Berechtigung der ersten Abmahnung auswirken könne, und er nicht auch zum Anspruch auf Erstattung der entsprechenden Kosten als solchem Stellung genommen hat. Das trifft zwar zu, war für eine Inbezugnahme aber auch nicht notwendig. Die Abmahnkosten hängen nämlich unmittelbar von der Berechtigung der Abmahnung ab. Denn § 12 Abs. 1 S. 2 UWG a. F. regelte, dass der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden kann, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Auch in der Literatur ist nicht streitig, dass der mit der Abmahnung entstandene materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch vom Schicksal des ihm zugrundeliegenden Unterlassungsanspruchs unabhängig ist.<sup>28)</sup>

## 3. Beurteilung nach neuem UWG

Auch die Beurteilung der Autoren, dass der BGH den Fall jedenfalls dann anders hätte entscheiden müssen, wenn die einschlägigen Normen des UWG in der durch das GSFW in Kraft getretenen Fassung anzuwenden gewesen wären,<sup>29)</sup> ist nicht zwingend.

Sie stellen diese nämlich unter dieselbe Prämisse, wonach dem Gläubiger auch dem Zeitpunkt der Abmahnung nachfolgendes Verhalten gewissermaßen rückwirkend zur Last gelegt und seine Abmahnung dadurch rückwirkend als rechtsmissbräuchlich gebrandmarkt werden müsse. Das dürfte jedoch – wie gezeigt – unstatthaft und insbesondere im fraglichen BGH-Fall auch nicht sachgerecht sein. Die bereits erwähnten umfangreichen Neuerungen, wie die Formvorschriften und die Regelungen zum Rechtsmissbrauch sowie die Rechtsprechung des BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit stellen bereits für sich genommen hohe Anforderungen an die Handhabung der außergerichtlichen Anspruchsdurchsetzung und schützen (vermeintliche) Schuldner ausreichend vor einer von sachfremden Motiven geleiteten Inanspruchnahme.

## IV. Schlussbemerkung

Im Fazit des Beitrags der Kollegen *Buchmann/Panfili* findet sich ein Hinweis auf ein mögliches Missverständnis, das zu der hier besprochenen Einschätzung der Autoren geführt haben könnte. Sie sprechen dort davon, dass der I. Zivilsenat des BGH davon ausgehe, dass eine *Abmahnung* berechtigt gewesen sein könne und *deren* gerichtliche Durchsetzung missbräuchlich sei. Man setzt jedoch in einem späteren gerichtlichen Verfahren nicht die Abmahnung, sondern den Anspruch durch; die Abmahnung ist selbst eine Form der Anspruchsdurchsetzung. Ist die Anspruchsdurchsetzung mittels Abmahnung korrekt gewesen, erhält man deren Kosten erstattet. Der weitere Weg der Anspruchsdurchsetzung – der gerichtliche – ist davon zu trennen und eigenständig zu bewerten. Wird dieser missbräuchlich beschränkt, mangelt es dem Anspruch *an dieser Stelle* an der Durchsetzbarkeit. Ein Durchschlagen auf das vorangegangene, bis dahin bereits vollständig abgeschlossene Stadium der vorgerichtlichen Durchsetzung mittels Abmahnung erscheint angesichts dessen und nach dem Vorstehenden nicht statthaft und auch nicht notwendig.

27) BGH, 19.07.2012 – I ZR 199/10, WRP 2013, 329 – Unbedenkliche Mehrfachabmahnung.

28) *Tavanti/Scholz*: in BeckOK UWG, Fritzsche/Münker/Stollwerck, 18. Ed., § 13 Rn. 49; *Bütscher*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2021, § 13, Rn. 137.

29) *Buchmann/Panfili*, WRP 2022, 1074, Rn. 24.