

I. Einführung

Es ist durchaus legitim, Wettbewerbsverstöße von Wettbewerbern abzumahnen. Schließlich hält sich der Gegner nicht an das Gesetz und versucht sich so auf unlautere Weise einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen. Werde ich dagegen selber abgemahnt, muss die Reaktion sehr wohl überlegt sein. Was sind die Konsequenzen einer abgegebenen Unterlassungserklärung, was die Konsequenzen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens?

II. Die Abmahnung

Die Abmahnung wurde früher als ein Geschäft des Abgemahnten bezeichnet, eine Geschäftsführung ohne Auftrag. Dies war auch der Grund, weshalb der Abgemahnte die Kosten der Abmahnung zu tragen hatte. Nachdem die Kostenfrage nun in § 13 Abs. 3 (davor § 12) UWG geregelt ist, ist auch diese Begründung in den Hintergrund getreten. Die Abmahnung dient tatsächlich auch nur dazu, ein sofortiges Anerkenntnis im Prozess zu vermeiden. Die Abmahnkosten sind jedoch nur dann zu tragen, wenn die Abmahnung berechtigt ist und den Anforderungen des § 12 Abs. 2 UWG entspricht.

Ohne Abmahnung kann der Beklagte/Antragsgegner den Anspruch im Prozess sofort anerkennen mit der Folge, dass der Abmahnende (Kläger/Antragsteller) dann die Kosten des Rechtsstreites zu tragen hat.

1. Grundsätzliches

Die Abmahnung ist der grundsätzlich schriftliche¹ Hinweis auf einen konkret zu bezeichnenden Wettbewerbsverstoß, verbunden mit der Aufforderung, diesen für die Zukunft zu unterlassen und im Verletzungsfall eine Vertragsstrafe zu zahlen. Die Bestimmtheit der Abmahnung muss nicht § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechen, es reicht aus, wenn in der Abmahnung der Sachverhalt, der den Vorwurf enthält, genau angegeben wird und sich der Empfänger hieraus die gebotenen Folgerungen ziehen kann.²

Die Abmahnung ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage, die Beantragung einer Einstweiligen Verfügung oder die Klageerhebung ohne vorherige Abmahnung kann jedoch nachteilig sein.

1 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 26: grundsätzlich auch mündlich/telefonisch.

2 BGH, Urt. v. 9. 2. 2023, I ZR 61/22.

So kann der Abgemahnte den Anspruch im Prozess sofort anerkennen mit der Folge, dass der Abmahnende (Kläger/Antragsteller) dann die Kosten des Rechtsstreites zu tragen hat; § 93 ZPO.

Gibt der Abgemahnte im Prozess die Unterlassungserklärung ab, so muss der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklären und das Gericht wird die Kosten dem Abgemahnten auferlegen.

Wird ohne vorherige Abmahnung im Prozess die Unterlassungserklärung abgegeben, so wird nach beiderseitiger Erledigungserklärung der Kläger die Kosten nach § 91a ZPO tragen müssen.

Im Verfügungsverfahren kann der zuvor nicht Abgemahnte den Widerspruch auf die Kosten beschränken und (so) die Entscheidung in der Sache akzeptieren; die Kostenentscheidung muss dann korrigiert werden.

Missverständlich ist es auch, die Abmahnung als Voraussetzung eines Prozesses zu bezeichnen.

Zum Teil wird angenommen, ohne Abmahnung bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis³ für einen Prozess, sei es bei der Beantragung einer einstweiligen Verfügung, sei es für das Hauptsacheverfahren.

Dies ist unrichtig.

Die Abmahnung mag im Einzelfall einer „Obliegenheit“⁴ entsprechen, prozessual spielt sie aber nur für § 93 ZPO eine Rolle, also für die Frage eines sofortigen Anerkenntnisses und der Kostentragung.

Die Rechtsnatur der Abmahnung wird zumeist als geschäftsähnliche Handlung, ähnlich einer Mahnung, eingestuft.⁵

Folgt man dem, so gilt auch § 174 BGB entsprechend, und eine ohne Vollmacht ausgesprochene Abmahnung kann unverzüglich zurückgewiesen werden.⁶ Diese Auffassung ist jedoch bis heute umstritten. Der BGH vertritt wohl die Gegenauffassung, sodass § 174 BGB nicht entsprechend gilt.⁷

Wesentlich für die Abmahnung ist es, den Wettbewerbsverstoß möglichst genau zu bezeichnen und ein konkretes Verhalten zu beanstanden.

3 Musielak-Huber, § 940 Rdnr. 25; zurecht anders: PG-Fischer, § 940 Rdnr. 25; zum Rechtsschutzbedürfnis: Köhler/Feddersen in KBF, § 12 Rdnr. 1.15.

4 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 7; m. E. stellt die Abmahnung nicht generell eine Obliegenheit dar; andernfalls müssten bei unterlassener Abmahnung stets eine Obliegenheitsverletzung und ein Schadensersatzanspruch bei Verschulden bejaht werden.

5 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 12 Rdnr. 10.

6 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 30 ff.; sehr streitig; anders Jauernig-Mansel § 174 Rn 1: Realakt.

7 Grüneberg-Ellenberger, § 174 Rdnr. 2 und 5, die Vorlage einer Fotokopie reicht hier nicht. mwN.

Fehler bei der rechtlichen Beurteilung sind (ähnlich im Prozess) dagegen unerheblich.

Die Abmahnung schließt mit der Aufforderung, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.

Andernfalls würden neben die gesetzlichen Unterlassungsansprüche nur vertragliche Unterlassungsansprüche treten, womit (fast) nichts gewonnen ist.

Die Abmahnung mit strafbewehrter Unterlassungserklärung soll ja gerade einen Prozess vermeiden, ohne Strafbewehrung kann der Wettbewerbsverstoß jedoch sanktionslos fortgesetzt werden.

Eine Mehrforderung oder eine zu hohe Vertragsstrafe ist dagegen grundsätzlich unschädlich, der Empfänger muss dann selber entsprechend reduzieren und die Erklärung abmildern.⁸

Gleiches gilt für eine zu kurz bemessene Frist zur Abgabe der Unterlassungserklärung und zur Zahlung der Abmahnkosten. Insoweit wird dann eine angemessene Frist in Lauf gesetzt.

In eiligen Sachen reicht eine Frist von wenigen Stunden oder einem Tag; im Regelfall wird jedoch eine Frist von einer Woche nach Zugang ausreichen.

Üblich ist auch ein Hinweis, dass bei Nichtabgabe der Unterlassungserklärung eine gerichtliche Klärung erfolgen wird. Dies unterstreicht die Ernsthaftigkeit der Abmahnung und wird zum Teil auch für eine Abmahnung als wesensnotwendig angesehen.⁹ Bei einer Abmahnung durch Verbände oder Anwälte liegt diese Voraussetzung jedenfalls konkludent vor. In § 13 Abs. 2 UWG ist dies jedoch nicht aufgeführt, sodass ein solcher Hinweis nicht (mehr) erforderlich ist.

Fehlen der Abmahnung Beweismittel und Belege, so muss der Empfänger dies rügen, sofern er überhaupt (ausnahmsweise) einen Anspruch auf diese Anlagen hat. Wer auch ohne Belege den Wettbewerbsverstoß zuordnen kann, bedarf auch keiner Belege hierzu und kann auch nicht Fristverlängerung wegen fehlender Belege verlangen.

Nachdem die Abmahnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung eine bestimmte Funktion zu erfüllen hat, kann nicht darauf verzichtet werden, dass die Abmahnung auch nach § 130 BGB zugeht.

8 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 19, OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 30.11.2017, 1 W 40/17.

9 OLG München, WRP 1981, 601.

Für die Frage der Kostentragung nach § 93 ZPO (bei sofortigem Anerkenntnis) gelten jedoch andere Regeln: Hier muss der Beklagte darlegen und notfalls belegen, er habe keinen Anlass zur Klage gegeben. Der detaillierte Vortrag der Versendung reicht daher im Ergebnis aus.¹⁰

Ausreichend ist i. d. R. die Übersendung per Fax (Protokoll aufbewahren!) und zugleich per Brief (wenn möglich sogar noch per E-Mail).¹¹

Wer unbegründet abgemahnt wird, braucht die Unterlassungserklärung nicht abzugeben. Im Schweigen des Abgemahnten liegt noch keine (Erst-) Begehungsgefahr.

Der unberechtigt Abgemahnte kann i. d. R. anwaltlich reagieren und die Abmahnung zurückweisen; die Anwaltskosten hat dann grundsätzlich der Abmahnende zu tragen.¹²

Bei besonderer Dringlichkeit ist eine Abmahnung entbehrlich; ebenso wenn die Abmahnung reine „Förmelei“ wäre, weil die Unnachgiebigkeit der Gegenseite feststeht.

Nachdem die mit der Abmahnung eingeforderte Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr beseitigen soll, fragt es sich, ob eine gegenüber einem Dritten abgegebene Unterlassungserklärung („Drittunterwerfung“) ausreichend ist und dies einem anderen Abmahnenden entgegengehalten werden kann.

Nach dem BGH muss der Abgemahnte darlegen und beweisen, dass die gegenüber einem Dritten abgegebene Unterlassungserklärung im konkreten Fall geeignet war, ihn wirklich und ernsthaft von Wiederholungen der Verletzung abzuhalten. Diese sei eine Frage des Einzelfalles¹³.

Die Kostentragungspflicht des Abgemahnten ergibt sich aus § 13 Abs. 3 UWG. Wird die Unterlassungserklärung nicht abgegeben, können diese Kosten nicht mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden, denn dies wäre eine Vorwegnahme der Hauptsache.

Diese können ggf. im Hauptsacheverfahren oder gesondert eingeklagt werden; die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens ermäßigt sich

10 BGH, GRUR 2007, 629; Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 36 ff.

11 BGH, Urt. v. 12. 1. 2023, I ZR 49/22.

12 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 83–94.

13 BGH, Urt. v. 4. 6. 2019, VI ZR 440/18; Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 68.

ohnehin um die Hälfte, da die Geschäftsgebühr der Abmahnkosten anzurechnen ist.¹⁴

Abmahnkosten verjähren in sechs Monaten.¹⁵

Auch mit eigener Rechtsabteilung darf ein Unternehmen einen Anwalt einschalten und die Kosten bei der Gegenseite geltend machen.¹⁶ I. d. R. fällt eine 1,3 Gebühr an.

Sonderregelungen gibt es z. B. bei Urheberrechtsverletzungen: wird etwa die Verwendung einer urheberrechtlich geschützten Karte (als Wegebeschreibung) abgemahnt, sind die Abmahnkosten auf 100 Euro beschränkt.¹⁷

Gleichlautende Abmahnungen gegenüber auch unterschiedlichen Unternehmen im engen zeitlichen Zusammenhang können jedoch eine Angelegenheit i. S. v. § 15 Abs. 2 RVG darstellen¹⁸.

14 Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG.

15 BGHZ 115, 210.

16 Bornkamm/Feddersen in KBF, § 13 Rdnr. 116.

17 Dies erst nach der Urheberrechtsnovelle: Gesetz zum Schutz des geistigen Eigentums, in Kraft seit 1.9.2008 für Urheberrechtsverstöße.

18 BGH, Urt. v. 6.6.2019, I ZR 150/18.

2. Muster

Ich zeige Ihnen an, dass ich Herrn Rechtsanwalt A anwaltlich vertrete. Originalvollmacht füge ich bei.

Sie werben im Internet damit, dass Sie als Rechtsagent beraten. Hierbei wird der Justizpalast München abgebildet und der Begriff Rechtsagent in Paragrafenzeichen gesetzt. Die rechtliche Beratung auch außergerichtlich ist jedoch grundsätzlich Rechtsanwälten vorbehalten. Hierzu gehören Sie nicht.

Mit der Werbung

– Rechtsagent, Beratung in vielen Problemfällen in Verbindung mit dem Justizpalast und Paragrafenzeichen

verstoßen Sie daher insbesondere gegen das/die §§ 3 und 10 Rechtsdienstleistungsg (RDG).

Ich habe Sie aufzufordern, diesen Wettbewerbsverstoß zu unterlassen.

Da der begangene Wettbewerbsverstoß die Wiederholungsgefahr indiziert, kann dieser nur durch Abgabe der angeschlossenen Unterlassungserklärung ausgeräumt werden.

Hierzu habe ich **bis (Datum, i. d. R. 4 bis 6 Tage)** aufzufordern.

Nach Ablauf der Frist müssen Sie mit der Einreichung eines Antrages auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung rechnen.

Mit freundlichen Grüßen

(Unterschrift)

Rechtsanwalt

Unterlassungserklärung

Hiermit verpflichtet sich

Frau B, (Anschrift)

gegenüber

RA A, (Anschrift)

es zu unterlassen,

im Internet oder anderweitig wie folgt oder inhaltsgleich zu werben,

– Rechtsagent, Beratung in vielen Problemfällen in Verbindung mit der Abbildung des Justizpalastes und Paragrafenzeichen.

Für jeden Verstoß verpflichtet sich Frau B eine Vertragsstrafe von 3000,– € zu zahlen ohne Einwand des Fortsetzungszusammenhangs.

Sie trägt auch die Kosten der Abmahnung wie folgt:

Gegenstandswert: 20 000,– €

1,3 Geschäftsgebühr VV 2400 § 13 RVG	1 068,60 €
--------------------------------------	------------

Postpauschale VV 7002 § 13 RVG	20,00 €
--------------------------------	---------

19 % MwSt aus 984,60 €	<u>157,53 €</u>
------------------------	-----------------

Summe	1 142,13 €
-------	------------

Frau B (Ort/Datum/Unterschrift)

3. Anmerkungen

Das Wettbewerbsverhältnis kann auch unter Anwälten bestehen, auch wie hier zwischen Anwälten und denen, die Rechtsberatung anbieten (was nur in eng beschränkten Fällen möglich ist).

Es ist nicht erforderlich, die Internetwerbung beizufügen, der Empfänger der Abmahnung kennt diese ohnehin.

Streitwert ist in Wettbewerbssachen der Wert der Hauptsache, i. d. R. zwischen 20 000 Euro und 30 000 Euro. Die Frist ist hier mit einer Woche bis zehn Tage ausreichend bemessen.

Hinweis:

Abmahnung, falls möglich, zugleich per Post, E-Mail und Fax senden.

4. Die missbräuchliche Abmahnung

Die Abmahnung dient nicht primär dazu, Abmahnvereinen oder Anwälten eine ständige Einnahmequelle zu verschaffen, insbesondere wenn es sich um geringe Wettbewerbsverstöße handelt. Durch ein neues Gesetz wurde versucht, einerseits berechnete Abmahnungen wie bisher anzuerkennen mit allen damit verbundenen (Kosten-)Folgen, andererseits den Missbrauch einzuschränken, da hier oft ein berechtigtes Anliegen nicht erkennbar war und die Abmahnung nur dem Gebühreninteresse galt.

Im Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz wird hierzu ausgeführt:

„ ... Im Sinne eines fairen Wettbewerbs müssen zum einen lauterkeitsrechtliche Regelungen eingehalten und Verstöße effektiv sanktioniert wer-

den. Abmahnungen dienen dabei der schnellen und kostengünstigen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, die eine teure und unter Umständen langwierige gerichtliche Auseinandersetzung vermeiden können. Allerdings sollen Abmahnungen im Interesse eines rechtstreuen Wettbewerbs erfolgen und nicht zur Generierung von Gebühren und Vertragsstrafen. Gewerbetreibende, die nur vergleichsweise geringfügige Rechtsverstöße begehen, müssen dabei erhebliche Verluste finanzieller oder immaterieller Art hinnehmen oder sind zumindest der Gefahr solcher Verluste ausgesetzt ...

Es liegt ein nicht hinnehmbarer Missstand vor, wenn Abmahnungen wegen geringfügiger Verstöße gegenüber Kleinstunternehmen zur Erzielung von Gebühren und Vertragsstrafen ausgesprochen werden. Die vorgeschlagenen Regeln zielen auf die Eindämmung von Abmahnmissbrauch, ohne die Interessen der in diesem Bereich tätigen seriösen Akteure unbillig zu behindern.“

In einem neuen § 13 wird der Grundsatz bestätigt: Die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten sollen 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. Zudem werden Minimalanforderungen der Abmahnung aufgenommen: In der Abmahnung muss klar und verständlich angegeben werden: Name oder Firma des Abmahnenden, sowie im Fall einer Vertretung zusätzlich Name oder Firma des Vertreters, die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung nach § 8 Absatz 3, in welcher Höhe ein Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht wird und wie sich dieser berechnet.

Ohne diese Angaben ist eine Abmahnung nicht ordnungsgemäß und Kostenersatz kann nicht mehr verlangt werden.

Nur soweit die Abmahnung berechtigt ist und diesen Anforderungen entspricht, kann der Abmahnende vom Abgemahnten Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Zudem ist der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen ausgeschlossen, wenn die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihrer Schwere, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt und der Abgemahnte gegenüber dem Abmahnenden nicht bereits aufgrund einer gleichartigen Zuwiderhandlung durch Vertrag, aufgrund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verpflichtet ist. Einzelheiten sind in § 8c UWG aufgeführt. Unzulässig sind Abmahnungen insbesondere, wenn das

Gebühreninteresse im Vordergrund steht oder Massenabmahnungen geringfügiger Verstöße dies indizieren.

Hier wird es der Rechtsprechung überlassen, eine etwas schärfere Grenze zu ziehen.

Soweit die Abmahnung unberechtigt ist oder nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, hat der Abgemahnte gegen den Abmahnenden einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen, es sei denn, es war für den Abmahnenden zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht erkennbar, dass die Abmahnung unberechtigt war.

Auch bisher konnte u.U. eine Feststellungsklage erhoben werden, dass kein (wesentlicher) Wettbewerbsverstoß vorliegt; das Gesetz schafft jedoch hinsichtlich der vorgerichtlichen Kosten Klarheit.

Bei der Festlegung einer angemessenen Vertragsstrafe nach § 13a UWG sind folgende Umstände zu berücksichtigen: 1. Art, Schwere, Ausmaß und Folgen der Zuwiderhandlung, 2. Schwere des Verschuldens, 3. Größe, Marktstärke und Wettbewerbsfähigkeit des Abgemahnten sowie 4. wirtschaftliches Interesse des Abgemahnten an erfolgten und zukünftigen Verstößen. Vertragsstrafen für Zuwiderhandlungen nach § 13 Absatz 4 Nummer 1 dürfen eine Höhe von 1000 Euro nicht überschreiten.

Vertragsstrafen von 5100 Euro sind bei erheblichen Wettbewerbsverstößen daher weiterhin zulässig.

Verspricht der Abgemahnte auf Verlangen des Abmahnenden eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, schuldet er lediglich eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe.

Der Einwand, die Vertragsstrafe sei eine unwirksame Klausel nach AGB-Recht und entfalle ersatzlos, greift daher durch diese speziellere Regelung in § 13a Abs. 4 UWG nicht.

Verlangt der Abmahnende eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, so kann er sich nicht darauf berufen, der Abgemahnte habe durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben, wenn der Abgemahnte bei Erhebung der Klage den Anspruch sofort anerkennt.

Für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch nach dem UWG geltend gemacht wird, sind die Landgerichte ausschließlich zuständig. Es gilt § 95 Absatz 1 Nummer 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Ausschließlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Hat der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen worden ist.

Im **Unterlassungsklagengesetz** wurde § 2c eingefügt:

Missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen

Die Geltendmachung eines Anspruchs nach den §§ 1 bis 2a ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Anspruchsgegner einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Eine missbräuchliche Geltendmachung ist im Zweifel anzunehmen, wenn

1. die Vereinbarung einer offensichtlich überhöhten Vertragsstrafe verlangt wird,
2. die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht,
3. mehrere Zuwiderhandlungen, die zusammen hätten abgemahnt werden können, einzeln abgemahnt werden oder
4. wegen einer Zuwiderhandlung, für die mehrere Zuwiderhandelnde verantwortlich sind, die Ansprüche gegen die Zuwiderhandelnden ohne sachlichen Grund nicht zusammen geltend gemacht werden.

In diesen Fällen kann der Anspruchsgegner Ersatz der für seine Rechtsvertheidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen. Weitergehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.

Ansprüche auf Unterlassung, auf Widerruf und auf Beseitigung stehen insbesondere Wettbewerbern zu sowie qualifizierten Einrichtungen, die in der Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 8b UWG eingetragen sind, ferner rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, die in der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8b UWG eingetragen sind, soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt, sowie den Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern. Einzelheiten in §§ 8 Abs. 3, 8b UWG.

Das Bundesamt für Justiz führt eine Liste der qualifizierten Einrichtungen und veröffentlicht sie in der jeweils aktuellen Fassung auf seiner Internetseite; § 8b Abs. 1 UWG.

Das Bundesamt für Justiz kann die qualifizierte Einrichtung und deren Vorstandsmitglieder zur Befolgung der Pflichten nach Absatz 1 durch Festsetzung eines Zwangsgelds anhalten.

Gerichte haben dem Bundesamt für Justiz Entscheidungen mitzuteilen, in denen festgestellt wird, dass eine qualifizierte Einrichtung, die in der Liste