

I. Einführung

Es ist durchaus legitim, Wettbewerbsverstöße von Wettbewerbern abzumahnern. 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 § 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.

Ohne Abmahnung kann der Beklagte/Antraggegner 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 Abmahnung ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage, die Beantragung einer Einstweiligen Verfügung oder die Klageerhebung ohne vorherige Abmahnung kann jedoch nachteilig sein.

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.

1 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr. 1.26: grundsätzlich auch mündlich/telefonisch.

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 Abgemahte 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 Rechtsschutzbedürfnis² für einen Prozess, sei es der Beantragung einer Einstweiligen Verfügung, sei es für das Hauptsacheverfahren.

Dies ist unrichtig.

Die Abmahnung mag im Einzelfall einer „Obliegenheit“³ 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.⁴

Folgt man dem, so gilt auch § 174 BGB entsprechend, und eine ohne Vollmacht ausgesprochene Abmahnung kann unverzüglich zurückgewiesen werden.⁵ Diese Auffassung ist jedoch bis heute umstritten. Der BGH vertritt wohl die Gegenauffassung, so dass § 174 BGB nicht entsprechend gilt.⁶

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

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

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

2 Musielak-Huber, § 940 Rdnr.25; zum Rechtsschutzbedürfnis: Köhler in KBF § 12 Rdnr.2.15.

3 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr.1.7; 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.

4 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr.1.10.

5 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr.1.30.

6 Palandt-Ellenberger § 174 Rn 2; BGH NJW 2011, 155; BGH, Urt. v. 19.5.2010 – I ZR 140/08; Götting-Schmitz-Fohrmann/Schwab, § 12 Rdnr.15; Bornkamm in KBF § 12 Rdnr.1.30 ff.

Andernfalls würden nur neben den gesetzlichen Unterlassungsansprüchen 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.⁷

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.⁸ Bei einer Abmahnung durch Verbände oder Anwälte liegt diese Voraussetzung jedenfalls konkludent vor.

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.

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.⁹

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

7 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr. 1.18 OLG Frankfurt am Main vom 30.11.2017, 1 W 40/17.

8 OLG München, WRP 1981, 601.

9 BGH, GRUR 2007, 629; Bornkamm in KBF § 12 Rdnr. 1.36 ff.

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 der Abmahnende zu tragen.¹⁰

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

Die Kostentragungspflicht des Abgemahnten ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Wird die Unterlassungserklärung nicht abgegeben, können diese Kosten¹¹ 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 ohnehin um die Hälfte, da die Geschäftsgebühr der Abmahnkosten anzurechnen ist.¹²

Abmahnkosten verjähren in sechs Monaten.¹³

Auch mit eigener Rechtsabteilung darf ein Unternehmen einen Anwalt einschalten und die Kosten bei der Gegenseite geltend machen.¹⁴ I. d. R. fällt eine 1,3 Gebühr an.¹⁵

Sonderregelungen gibt es z. B. bei Urheberrechtsverletzungen: wird etwa die Verwendung einer urheberrechtlich geschützten Karte (als Wegebeschreibung) abgemahnt, sind die Abmahnkosten auf 100,- € beschränkt.¹⁶

10 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr. 1.90; Piper-Sosnitzka § 12 Rdnr. 28; Feststellungsklage; Götting § 12 Rdnr. 54; Halfmeier in Prütting/Gehrlein, ZPO, § 5 UKlaG Rdnr. 4.

11 I. d. R. eine 1,3 Geschäftsgebühr nach VV 2400 aus dem Gegenstandswert des Hauptsacheverfahrens (nicht des Verfügungsverfahrens).

12 Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG: Anrechnung der Geschäftsgebühr zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr; hierzu auch Jungbauer, DAR 2008, 554; Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, § 15 a Rdnr. 34; ders: Anhang II Rn 109; KBF-Bornkamm § 12 Rdnr. 1116 ff.

13 BGHZ 115, 210.

14 Bornkamm in KBF § 12 Rdnr. 1112, 1116.

15 Götting § 12 Rdnr. 47.

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

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

verstößen 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 20. 8. 2018** 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	964,60 €
Postpauschale VV 7002 § 13 RVG	20,00 €
19% MwSt aus 984,60 €	<u>187,07 €</u>
Summe	1171,67 €

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,- € und 30 000,- €. Die Frist ist hier mit einer Woche bis zehn Tage ausreichend bemessen.

Hinweis:

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

III. Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung

Wird keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, wird der Abmahnende eine Einstweilige Verfügung beantragen, denn nur so kann kurzfristig der Wettbewerbsverstoß abgestellt werden. Zulässig ist es natürlich auch, sogleich Hauptsacheklage einzureichen. Auch ein sofortiges Anerkenntnis wäre nach Abmahnung nicht mehr möglich. Das Verfahren dauert dann jedoch ungleich länger und ist wesentlich kostenintensiver.

Das Verfügungsverfahren hat auch den Vorteil, dass die Rechtsauffassung des Gerichts mit wenig Kostenrisiko in Erfahrung gebracht wird und die Sache meist schon mit Erlass einer Einstweiligen Verfügung und ohne Hauptsacheverfahren erledigt werden kann.

1. Grundsätzliches

Der Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung setzt einen Verfügungsanspruch sowie einen Verfügungsgrund voraus. Beides ist glaubhaft zu machen. Auf hinreichende Bestimmtheit des prozessualen Anspruchs ist zu achten.¹⁷ Zudem darf die Einstweilige Verfügung keine endgültige Regelung schaffen und die Hauptsacheentscheidung nicht vorwegnehmen.

Ausnahmen hiervon sind eng begrenzt auf Fälle echter Not und Existenzgefährdung (sog. Leistungsverfügung nach § 940 ZPO¹⁸).

Der Verfügungsanspruch ist ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung¹⁹ oder Duldung nach dem Wettbewerbsrecht oder anderen Bestimmungen:

- Der Gegner wirbt mit Rechtsberatung, ohne Anwalt zu sein
- Der Gegner verwendet unwirksame Geschäftsbedingungen²⁰
- Der Gegner würdigt den Abmahnenden so herab, dass dessen Allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzt ist

17 BGH, Urt. v. 30.6.2011 – I ZR 157/10; BGH, Urt. v. 4.11.2010 – I ZR 118/09; BGH, Urt. v. 5.10.2010 – I ZR 46/09; Sosnitza § 12 Rn 60; KBF-Köhler § 12 Rdnr.2.23b, 2.35 ff. und 2.43 ff. (für Hauptsache und eV gilt im Grundsatz das gleiche!) auch der Klagegrund muss hinreichend bestimmt sein: BG v. 5.10.2017, I ZR 184/16.

18 Musielak-Huber, § 940 Rdnr.12; Zöller-G.Vollkommer, § 940 Rdnr.4.

19 Für Geldforderungen gibt es nur den Arrest.

20 Köhler, NJW 2008, 177; ders. in KBF § 3a Rdnr.1283: Marktverhaltensregeln; Niebling, in AGBR-K, Vor § 307 Rdnr.27, § 4 Rdnr.2.22 und Rdnr.11, 156a; Musielak-Huber, § 940 Rdnr.6; BGH, Urt. v. 24.7.2008 – VII ZR 55/07 zur VOB/B.

- Händler erwerben Bundesligakarten beim HSV (der eine Abgabe an Wiederverkäufer ausgeschlossen hat), um diese weiterzuverreiben²¹
- Werbung per E-Mail oder per Fax wird ohne Einwilligung des Adressaten verschickt²²
- Der Gesamtpreis wird nicht angegeben, weil die Überführungskosten fehlen.

Ein Verfügungsgrund liegt vor, wenn die vorläufige Regelung dringlich ist. Es muss eine vorläufige Sicherung im Eilverfahren notwendig sein.

§ 12 Abs. 2 UWG macht hiervon eine wesentliche Ausnahme: Eine Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO genannten Voraussetzungen ist nicht erforderlich.

Dies bedeutet Folgendes: Bei Unterlassungsansprüchen nach dem UWG und dem UKlaG, dort § 5, besteht eine widerlegliche Vermutung der Dringlichkeit.

Analog werden diese Regelungen auch überwiegend im Markenrecht angewendet.²³

Bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts²⁴ und Unterlassungsansprüchen nach Bürgerlichen Recht wird dagegen zu Unrecht die Analogie verneint.²⁵

Die Auskunft kann nicht als vorläufige Regelung angesehen werden; insoweit bleibt hierfür grundsätzlich nur das Hauptsacheverfahren.²⁶

Die Maßnahme muss zur Abwendung weiterer Verletzungen (oder einer bevorstehenden ersten Verletzung) erforderlich sein. Hierbei begründet eine frühere Verletzung die Vermutung für eine Wiederholung.²⁷

Eine Dringlichkeit liegt nicht mehr vor, wenn der Antragsteller längere Zeit untätig ist, obwohl er den Verursacher/Antragsgegner und den Wettbewerbsverstoß kennt oder grobfahrlässig nicht kennt. Hierbei reicht u. U. die Kenntnis von einem Monat²⁸.

21 BGH, Urt. v. 11. 9. 2008 – I ZR 74/06.

22 BGH, Urt. v. 17. 7. 2008 – I ZR 75/06.

23 Umstritten: hiergegen Köhler in KBF § 12 Rdnr. 3.14.

24 Hierzu: Palandt-Sprau, Einführung vor § 823 Rdnr. 24 und § 823 Rdnr. 83.

25 Keine Analogie bei Unterlassungsansprüchen nach BGB: Köhler in KBF § 12 Rdnr. 3.14.

26 Köhler in KBF § 12 Rdnr. 3.10.

27 Musielak-Huber, § 935 Rdnr. 17; Zöller-G.Vollkommer, § 935 Rdnr. 10 und § 940 Rdnr. 1.

28 So OLG München, WRP 1993, 49; Hierzu: Köhler in KBF § 12 Rdnr. 3.15 ff.

Wer gegen einen gleichartigen früheren Verstoß nicht vorgegangen ist, soll auch nicht gegen einen aktuellen Verstoß vorgehen können.²⁹

2. Muster

RA ... (Anschrift)

Landgericht München I
Lenbachplatz 7
80316 München

Antrag auf Erlass einer

Einstweiligen Verfügung

namens und im Auftrag von

RA A, (Anschrift) – Antragsteller/Kläger –
Prozessbevollmächtigter: RA ...
gegen

Frau B, (Anschrift) – Antragsgegnerin/Beklagte –
Prozessbevollmächtigter: offen
wegen Wettbewerbsrecht

mit dem **Antrag**, für Recht zu erkennen:

Der Antragsgegnerin wird bei Meidung eines

– Ordnungsgeldes von 5,- € bis zu 250 000,- €, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten tritt, oder

– einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten

für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung verboten,

²⁹ So Köhler in KBF § 12 Rdnr.3.19; zweifelhaft, da ja dann ein anderer Wettbewerber vorgehen oder der Abgewiesene Hauptsacheklage einreichen kann.

im geschäftlichen Verkehr im Internet mit Rechtsberatungsleistungen zu werben, insbesondere, wenn dies unter Abbildung des Münchner Justizpalastes und von Paragrafenzeichen und mit dem Hinweis auf Beratungsleistungen als „Rechtsagent“ erfolgt.

Streitwert: 20000,- €

Begründung:

Der Antragsteller ist seit vielen Jahren als Anwalt in München tätig. Die Antragsgegnerin ist ohne juristischen Ausbildungsabschluss und hat nach ihren Angaben in Kroatien einige Semester Jura studiert. Sie war nie als Juristin tätig.

Sie ist in Deutschland insbesondere nicht als Rechtsanwalt oder Rechtsbeistand zugelassen und kann insoweit auch nicht zugelassen werden.

Beweis: Eidesstattliche Versicherung des Unterzeichners

Seit kurzem wirbt die Antragsgegnerin im Internet. Diese Werbung findet sich, wenn man „Rechtsberatung B“ oder „Rechtsagent“ oder „B“ bei einer Suchmaschine eingibt.

Im Internet wirbt die Antragsgegnerin damit, als Rechtsagent rechtlich zu beraten. Hierbei wird der Justizpalast München abgebildet und der Begriff Rechtsagent in Paragrafenzeichen gesetzt.

Mit der Werbung

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

verstößt die Antragsgegnerin insbesondere gegen §§ 3 und 10 des RDG (früher: Art. 1 § 1 Rechtsberatungsgesetz) §§ 3, 5 UWG

Die rechtliche Beratung, auch außergerichtlich, ist grundsätzlich Rechtsanwälten vorbehalten. Hierzu gehört die Antragsgegnerin nicht.

Der Begriff Rechtsagent ist zudem zu dem Begriff Rechtsbeistand synonym, jedenfalls kann insoweit eine Verwechslung erfolgen. Insoweit liegt eine zur Verwechslung ähnliche Bezeichnung i. S. v. § 6 RDGEG vor.

Insbesondere wird in anderen Ländern, so der Schweiz, statt des Begriffs Rechtsbeistand der Begriff Rechtsagent verwendet.

In jedem Fall wird durch diesen Begriff der Eindruck erweckt, zur Rechtsberatung autorisiert zu sein und eine Rechtsberatung durchzuführen.

Der Antragsteller kann es auch nicht hinnehmen, dass bei der Suche nach seinem Werbeauftritt im Internet potenzielle Klienten auf die Antragsgegnerin stoßen. In jedem Fall liegt ein Wettbewerbsverhältnis vor, da auch die Antragsgegnerin mit Rechtsberatung wirbt.