

Teil 2: Die aktive Abmahnung

Wie verhält man sich, wenn man selbst abmahn möchte?

In Teil 2 lesen Sie, wie Sie vorgehen können, wenn ein Konkurrent einen Wettbewerbsverstoß begangen hat und Sie diesen stoppen wollen⁶².

Eine Abmahnung auszusprechen, muss reiflich überlegt sein. Trifft der Vorwurf nämlich nicht zu und ist deswegen die Abmahnung unbegründet, besteht die Gefahr Schadensersatz leisten zu müssen. Das war bisher schon in ähnlicher Form im Wege der negativen Feststellungsklage möglich, aber seit Mitte des letzten Jahres ist das in Gesetzesform gegossen.

Das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ wurde 2013 verabschiedet und damit die Voraussetzungen für einen Anspruch wegen falscher Abmahnung durch Gesetz festgelegt. Im Falle unbegründeter oder rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen sieht es vor, dass der missbräuchlich oder zu Unrecht Abgemahnte Schadensersatz vom Abmahnenden verlangen kann. Dazu muss er nachweisen, dass die Abmahnung missbräuchlich oder unbegründet war. Der Nachweis der Missbräuchlichkeit wird allerdings in den seltensten Fällen gelingen, da die dafür notwendigen Informationen fehlen (z.B. die Zahl der Abmahnungen, die zugrunde gelegten Gegenstandswerte, die verlangten Gebühren etc.), nach denen nach der Rechtsprechung eine Abmahnung rechtsmissbräuchlich ist.

Bei Schadenersatz wegen unbegründeter Abmahnung ist die Situation ähnlich. Die Frage, ob eine Abmahnung unbegründet ist, kann verbindlich nur ein Gericht entscheiden. Das bedeutet, dass erst ein Verfahren mit dem Ziel durchgeführt werden muss, dass festgestellt wird, dass die Abmahnung unbegründet war. Das Gesetz hat daher keine nennenswerten Änderungen mit sich gebracht.

Definition missbräuchliche Abmahnung:

Missbräuchlich – unbegründet?

Eine missbräuchliche Abmahnung kann begründet sein, aber unzulässig.

Eine unbegründete Abmahnung muss nicht missbräuchlich sein.

62 Hinweise für das Verhalten, wenn Sie eine Abmahnung erhalten haben, finden Sie in Teil 1.

Ist ein Vorwurf begründet, wird die Angelegenheit meist schnell durch die Abgabe einer Unterlassungserklärung erledigt sein, wenn die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe und der Übernahme der Kosten des Abgemahnten enthält. Verstößt der Abgemahnte dann gegen seine Unterlassungsverpflichtung, muss er die vereinbarte Vertragsstrafe bezahlen, die in die Kasse des Abmahnenden fließt.

Hält der Abgemahnte den Vorwurf dagegen für unbegründet und lässt sich die Klärung nur durch ein gerichtliches Verfahren erreichen, muss dem Abmahnenden bewusst sein, dass dieses Verfahren Zeit und Geld kosten kann, auch wenn die Kosten im Falle des Obsiegens vom Unterlegenen zu erstatten sind.

1. Motive für eine aktive Abmahnung

Die Motive, gegen einen Konkurrenten wegen eines Wettbewerbsverstoßes mit einer Abmahnung und gegebenenfalls weiteren rechtlichen Schritten vorzugehen, können vielfältig sein:

- die Werbung des Konkurrenten greift in die eigene geschäftliche Tätigkeit ein,
- sie führt zur Verunsicherung der Kunden
- einfach die Überlegung, dass sich auch andere an die Spielregeln halten müssen, an denen man sich selbst orientiert
- auch der Umstand, dass man selbst wegen eines Wettbewerbsverstoßes abgemahnt wurde und nun nicht zusehen möchte, wie Mitbewerber unbehindert den gleichen Verstoß begehen, kann Grund für eine aktive Abmahnung sein.

Will man nicht selbst aktiv werden, gibt es die Möglichkeit, einen Wettbewerbsverstoß einem Verbraucherverein mit der Bitte um Verfolgung zu übermitteln. Da diese Vereine zur Übernahme solcher Beschwerden nicht verpflichtet sind und – sollten sie den Hinweis aufnehmen – auch nicht dazu, den Anzeigerstatter über den Fortgang zu informieren, ist den Anzeigerstattern damit meist nicht gedient.

Tipp: Weiterleitung von Informationen zu Wettbewerbsverstößen

Ein Verhalten, das gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstößt, kann man auch an klageberechtigte Organisationen oder Mitbewerber weiterleiten und diese um Verfolgung des Verstoßes bitten.

Bei der Weiterleitung der Informationen über den Wettbewerbsverstoß an die eigene Berufsvertretung ist dies nicht anders. Sie muss der Beschwerde nicht folgen und den Anzeigerstatter auch nicht informieren, ob sie etwas unternimmt oder nicht.

Die Weiterleitung der Informationen an einen anderen klageberechtigten Mitbewerber, damit dieser den Verstoß verfolgt, ist möglich. Allerdings kann dieser nur im eigenen Namen tätig werden, da die Abtretung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruches nicht zulässig ist.

2. Einigungsstelle

Eine weitere Möglichkeit besteht in der Anrufung einer sogenannten Einigungsstelle. Diese Einigungsstellen sind bei den Industrie- und Handelskammern installiert. Die Grundsätze und das Verfahren sind in § 15 UWG geregelt. An die Einigungsstelle kann man eine Beschwerde richten, in der die Umstände des Verstoßes und der „Übeltäter“ benannt werden. Voraussetzung für die Anrufung einer dieser Einigungsstellen ist aber die Zustimmung beider Parteien⁶³ zu diesem Verfahrensweg.

Die Anrufung der Einigungsstelle ist gebührenfrei, jede Partei muss aber ihre Kosten selbst tragen, selbst wenn sie im Recht ist. Werden in diesem Verfahren Zeugen vernommen oder Sachverständige angehört, sind diese Kosten zu ersetzen. Wer diese Kosten zu tragen hat, entscheidet die Einigungsstelle. Von dieser Möglichkeit wird – im Vergleich zur Zahl der Verfahren auf dem „normalen“ Weg – relativ wenig Gebrauch gemacht.

Durch dieses Verfahren erreicht man auch nicht den sofortigen Stopp des beanstandeten wettbewerbswidrigen Verhaltens, vielmehr wird ein gerichtliches Verfahren hinausgeschoben und die begehrte Lösung deswegen verzögert.

Tipp: Einigungsstelle

Gang zur Einigungsstelle beendet wettbewerbswidriges Verhalten nicht.

⁶³ § 15 Abs. 3 Satz 1 UWG, bei der Anrufung einer Einigungsstelle durch einen Verbraucher.

3. Selbstständige Abmahnung im eigenen Namen

Will man von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen, muss man die Sache selbst in die Hand nehmen. Allerdings ist eine anonyme Abmahnung nicht möglich.

Hinweis anonyme Abmahnung

Eine anonyme Abmahnung ist nicht möglich.

Zwar ist eine Abmahnung im eigenen Namen und ohne Hinzuziehung eines Anwaltes rechtlich möglich und zulässig, doch empfiehlt es sich, bereits in diesem Stadium zumindest rechtlichen Rat einzuholen oder sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Denn das „Recht der Abmahnung“ bietet eine Vielzahl von Fallen und Stolpersteinen, die nur die auf diesem Gebiet Tätigen kennen und zu vermeiden wissen. Wer in eine dieser Fallen tappt, mag zwar in der Sache Recht haben, aber die Aktivität kann dennoch ins Leere laufen. Spätestens, wenn der Abgemahnte sich gegen die Abmahnung wehrt und dazu einen Rechtsanwalt einschaltet, bleibt einem ohnehin nichts anderes übrig als diesem Beispiel zu folgen. Vor Gericht schließlich ist die Einschaltung eines Anwaltes vorgeschrieben, d. h., wer ohne Anwalt vor einem Landgericht erscheint, gilt gar nicht als anwesend⁶⁴.

Hat man sich nun zu diesem Schritt entschlossen, muss man sich klar darüber sein, dass eine Abmahnung einen Aufwand an Zeit und Geld bedeuten kann. Man muss sich auch klar darüber sein, ob man nur eine Abmahnung aussprechen möchte, in der Hoffnung, dass die Gegenseite dann ihr Verhalten einstellt und die Angelegenheit nicht weiter verfolgt. Das macht in aller Regel keinen Sinn.

Vielmehr sollte man sich bewusst sein, dass eine Abmahnung nur mit dem Verlangen der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oder einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Gericht sinnvoll ist. Sinnvoll ist es deswegen auch, sich von vorneherein klarzumachen, ob man bereit ist, die zunächst anfallenden Kosten für eine Maßnahme zu tragen, auch wenn diese bei positivem Ausgang von der Gegenseite zu erstatten sind. Auch des möglichen Aufwandes an Zeit sollte man sich bewusst sein. Die Kosten bestehen in den Kosten des eigenen,

⁶⁴ Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann u. U. auch vor einem Amtsgericht gestellt werden, auch wenn dies nur außerordentlich selten geschieht. Eine Klage muss vor einem Landgericht erhoben werden.

eventuell des gegnerischen Rechtsanwaltes und bei Inanspruchnahme des Gerichtes den Gerichtskosten.

Aber auch wenn man den Rechtsstreit gewinnt, muss man sich darüber im Klaren sein, dass man sie eventuell selbst tragen muss – weil beim Abgemahnten und Unterlegenen nichts zu holen ist. Das gilt allerdings nur für die eigenen Kosten, also die des eigenen Anwaltes und die Gerichtskosten, nicht dagegen für die Kosten des Gegners bzw. dessen Anwalts.

Hinweis zu den wichtigsten Aspekten einer Abmahnung

Berechtigt zur Abmahnung ist jeder Mitbewerber⁶⁵.

Für die Abmahnung ist gesetzlich keine Form vorgeschrieben.

Die Abmahnung soll aber aus Beweisgründen schriftlich erfolgen.

Die Abmahnung muss nicht von einem Rechtsanwalt verfasst werden.

Es muss ein Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift vorliegen.

Der Verstoß muss eine spürbare Marktbeeinträchtigung darstellen, also relevant und darf keine „Bagatelle“⁶⁶ sein.

Eine Abmahnung im Wettbewerbsrecht⁶⁷ ist eine Aufforderung an einen Mitbewerber, ein wettbewerbswidriges Verhalten zu unterlassen, z. B. bestimmte Behauptungen in einer Anzeige, weil sie gegen gesetzliche Vorschriften verstößen. Der Abgemahnte ist darauf hinzuweisen, dass innerhalb einer bestimmten Frist eine Antwort erwartet wird und – sollte keine Antwort erfolgen – anzukündigen, dass der Gang zu Gericht folgen wird.

Diese Aufforderung bedarf keiner besonderen Form, sie kann also persönlich, mündlich, auch per Telefon, schriftlich, per Fax, E-Mail oder SMS ausgesprochen werden. Da man im Streitfalle die Aufforderung aber belegen, also vorlegen und damit beweisen muss, ist von einer Abmahnung in anderer als schriftlicher Form im eigenen Interesse dringend abzuraten.

Hinweis Zugangsnachweis

Abmahnungen immer schriftlich versenden, denn Zugang muss bewiesen werden können.

65 Selbstverständlich auch klageberechtigte Verein oder Verbände.

66 Im rechtlichen Sinn.

67 Auch im Arbeitsrecht gibt es das Instrument der „Abmahnung“.

4. Telefonische Abmahnung

Wer eine telefonische Abmahnung ausspricht und sich den Beweis durch die Aufzeichnung des Gespräches sichern will, muss beachten, dass dies ohne Zustimmung der Gesprächsteilnehmer nicht nur nicht möglich, sondern gemäß § 201 Strafgesetzbuches sogar strafbar ist⁶⁸.

Nur Mitbewerber können abmahn

Eine Abmahnung setzt die Befugnis voraus, eine solche aussprechen zu können (= Aktivlegitimation). Diese Befugnis ergibt sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG, sie steht allen Mitbewerbern zu⁶⁹. Nicht zur Abmahnung berechtigt sind Verbraucher.

Hinweis Berechtigung zur Abmahnung

Verbraucher können im eigenen Namen nicht abmahn.

Die Mitbewerbereigenschaft muss im Zeitpunkt der Beanstandung vorliegen. Bereits im Stadium der Gründung eines Unternehmens kann diese Berechtigung gegeben sein⁷⁰. Ein Unternehmen wird zum Mitbewerber, sobald es auf dem Immobilienmarkt tätig wird. Das bedeutet, dass es dann auch abmahn – und abgemahnt werden kann.

Umgekehrt liegt keine Aktivlegitimation mehr vor, wenn der Abmahnende im Zeitpunkt der Abmahnung seine gewerbliche Tätigkeit bereits beendet, z. B. seine Gewerbeanmeldung zurückgeben hat.

5. Wer ist Mitbewerber?

„Mitbewerber“ ist jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen auf demselben Markt in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Weniger juristisch formuliert bedeutet dies, dass zwischen den beiden Parteien „in irgendeiner Form“ ein Wettbewerb bestehen muss.

68 Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

69 Außerdem sind auch Verbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG), sog. qualifizierte Einrichtungen (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG) sowie die Industrie- und Handelskammer und die Handwerkskammern (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG) aktivlegitimiert.

70 Aber BGH GRUR 1995, 697 – Funny Paper: gewerbepolizeiliche Anmeldung reicht nicht aus.

In Bezug auf Immobilienangebote können Makler, Bauträger und auch Unternehmer Mitbewerber sein⁷¹. Der Begriff des Mitbewerbers ist in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG definiert. Maßgeblich ist auch, dass derselbe Abnehmerkreis betroffen ist:⁷²

Definition Mitbewerber:

Mitbewerber ist jedes Unternehmen, zu dem ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht und das auf demselben Markt tätig ist.

Wettbewerbsverhältnis

Im Hinblick auf Immobilienangebote können deswegen Bauträger und Bauunternehmer Mitbewerber eines Maklers sein⁷³ – und umgekehrt. Die Zugehörigkeit zu derselben Branche ist nicht entscheidend. Es kommt nur darauf an, ob die Handlung, die als Wettbewerbsverletzung beanstandet wird, den Mitbewerber beeinträchtigen kann.

Hinweis Wettbewerbsverhältnis

Anlageberater kann mit Steuerberater in Wettbewerbsverhältnis stehen

Das ist der Fall, wenn der Mitbewerber auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig ist⁷⁴. Deswegen betrifft die Werbung eines Münchner Immobilienmaklers für Immobilien in München in einer bundesweit erscheinenden Zeitung nach Auffassung des BGH einen Berliner Immobilienmakler nicht⁷⁵. Mit anderen Worten: Der Berliner Makler kann wegen einer wettbewerbswidrigen Anzeige für ein Objekt in Berlin in einer bundesweit erscheinenden Zeitung von einem Münchner Makler nicht abgemahnt werden.⁷⁶

⁷¹ BGH GRUR 1997, Nr. 34 – 50 % SonderAfA; BGH NJW 2001, 371.

⁷² BGH GRUR 2001, 258 – Immobilien Preisangaben, BGH GRUR 2001, 62 – Vielfachabmahnner.

⁷³ BGH GRUR 1997, 934.

⁷⁴ BGH GRUR 2001, 78, BGH GRUR 2002, 828.

⁷⁵ BGH GRUR 2001, 258, 260.

⁷⁶ Diese Entscheidung ist allerdings mit Vorsicht zu genießen und sollte und darf nicht verallgemeinert werden, da sie den Fall eines „Vielfachabmahnners“ betraf und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der BGH vor allem dessen Tätigkeit stoppen wollte.

Hinweis Abmahnungsberechtigung

Eine Abmahnung wegen eines Verstoßes gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften können nur Mitbewerber⁷⁷ aussprechen.

6. Muss ein Rechtsanwalt die Abmahnung verfassen?

Eine juristische Notwendigkeit, einen Anwalt einzuschalten, besteht nicht. Jeder Marktteilnehmer kann abmahnen, wenn er die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Das gilt für einzelne Gewerbetreibende ebenso wie für Unternehmen. Werden bei einer Abmahnung Fehler gemacht, kann sie wirkungslos sein und unter Umständen sogar einen Schadensersatzanspruch auslösen.

Hinweis Rechtsanwalt

Die Einschaltung eines Rechtsanwaltes für die Abmahnung nicht vorgeschrieben.

Die Abmahnung muss nicht von einem Anwalt verfasst oder unterzeichnet sein. Allerdings ist die Materie zwischenzeitlich so kompliziert geworden und birgt so viele Risiken, etwas falsch zu machen, dass es sehr sinnvoll ist, sich eines in Wettbewerbssachen erfahrenen Anwaltes zu bedienen.

Mehrere Abmahnungen wegen ein und desselben Verstoßes durch verschiedene Mitbewerber

Mehrere zur Abmahnung berechtigte Wettbewerber können ihren jeweiligen Unterlassungsanspruch wegen ein und desselben Verhaltens gegen ein und denselben „Täter“ nebeneinander geltend machen.

Hinweis mehrere Abmahnende

Mehrere Mitbewerber können ein und denselben Verstoß unabhängig voneinander abmahn.

Unter Umständen kann der zum zweiten Mal Abgemahnte einem zweiten Abmahnern entgegenhalten, er habe bereits eine wirksame strafbewehrte Unterlassungserklärung gegenüber dem Erstabmahnern abgegeben oder sei

⁷⁷ Selbstverständlich neben Verbraucherverbänden, IHKs und Handwerkskammern, s. § 8 Abs. 3 Nr. 2–4 UWG.

zur Unterlassung rechtskräftig verurteilt, weswegen das Rechtsschutzbedürfnis für eine weitere strafbewehrte Unterlassungserklärung fehle⁷⁸.

Da nach dem Gesetz bei unbegründeter Abmahnung der Abgemahnte die Kosten eines Abmahnens selbst zu tragen hat⁷⁹, besteht die Gefahr, dass bei mehreren Abmahnungen wegen ein und desselben Verstoßes die vom Abgemahnten zu tragenden Kosten unverhältnismäßig hoch und sogar existenzgefährdend werden. Da außerdem jeder Mitbewerber theoretisch eine Abmahnung aussprechen kann, kann die Zahl der Abmahnungen und damit Kosten – theoretisch – ins Unermessliche steigen⁸⁰. Deswegen wird man davon ausgehen müssen, dass nach einer bestimmten Zahl von Abmahnungen kein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten mehr besteht. Gerichtlich ist bisher allerdings noch nicht entschieden, ab der wievielten Abmahnung die Abmahngebühren nicht zu bezahlen sind.

Keine anonyme Abmahnung und keine Abtretung

In der Abmahnung müssen der eigene Name und die Adresse genannt werden. Eine anonyme Abmahnung ist nicht möglich.

Eine Abtretung des Anspruches an einen anderen Mitbewerber oder auch an einen Verband ist ausgeschlossen, weil der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch dem Ziel dient, ausschließlich den betroffenen Mitbewerber vor dem wettbewerbswidrigen Verhalten zu schützen.⁸¹

Abgemahnter muss Kosten erstatten

Der zu Recht Abgemahnte muss dem Abmahnenden die Kosten erstatten, die ihm wegen der Abmahnung entstanden sind. War kein Rechtsanwalt eingeschaltet, sind in der Regel auch keine Kosten entstanden. In Betracht kommen dann allenfalls Kosten für einen Detektiv, wenn dieser für die Feststellung und Beweissicherung des beanstandeten wettbewerbswidrigen Verhaltens notwendig war. In den allermeisten Fällen handelt es sich aber bei den zu erstattenden Kosten um die Kosten des Anwaltes, der mit der Erstellung der Abmahnung beauftragt wurde. Die Verpflichtung zur Erstattung der Kosten ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 3 UWG.

Vollmacht

Ist ein Anwalt eingeschaltet, empfiehlt es sich, diesem mit dem Auftrag eine Vollmacht zu übermitteln. Die Vollmacht sollte den Verstoß (z. B. we-

78 Köhler/Bornkamm, a. a. O., Rn. 3.25 zu § 8 UWG.

79 Dazu s. o.

80 Vgl. Schothöfer, Rechtsprobleme bei Mehrfach-Abmahnungen, WRP 1977, 529.

81 Vgl. Schothöfer, Rechtsprobleme bei Mehrfach-Abmahnungen, WRP 1977, 529.

gen Anzeige in der Süddeutschen Zeitung vom ...) enthalten, den Auftraggeber mit Namen und Anschrift angeben und unterzeichnet sein.

Kann der Anwalt bereits mit der Abmahnung eine solche Vollmacht vorlegen, erspart dies Zeit – vor allem, wenn der Gegner sich nicht freiwillig unterwirft und innerhalb einer bestimmten Frist ein Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung gestellt werden muss⁸². Auch kann der Abgemahnte das Fehlen der Vollmacht rügen und so weitere Zeit gewinnen – und der Abmahnner verlieren.

Die Vollmacht kann formlos erteilt und per Post oder Fax an den Rechtsanwalt übermittelt werden. Eine per E-Mail übermittelte Vollmacht ist nur dann sinnvoll, wenn sie die persönliche Unterschrift des Auftraggebers erkennen lässt.

7. Hinzuziehung eines Anwalts

Zwar ist eine Abmahnung im eigenen Namen und ohne Hinzuziehung eines Anwaltes rechtlich möglich und zulässig, doch empfiehlt es sich, bereits in diesem Stadium zumindest rechtlichen Rat einzuholen oder sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Denn das „Recht der Abmahnung“ bietet eine Vielzahl von Fallen und Stolpersteinen, die nur die auf diesem Gebiet Tätigen kennen und zu vermeiden wissen. Wer in eine dieser Fallen tappt, mag zwar in der Sache Recht haben, aber die Abmahnung kann ins Leere laufen.

Spätestens, wenn der Abgemahnte sich gegen die Abmahnung wehrt und dazu einen Rechtsanwalt einschaltet, bleibt einem nichts anderes übrig, als diesem Beispiel zu folgen. Vor einem Landgericht schließlich ist die Einschaltung eines Anwaltes vorgeschrieben, d.h., wer ohne Anwalt erscheint, gilt nicht als anwesend.

Hat man sich zu diesem Schritt entschlossen, muss man sich klar darüber sein, dass eine Abmahnung einen Aufwand an Zeit und Geld bedeuten kann. Man muss sich klar darüber sein, ob man nur eine Abmahnung aussprechen möchte, in der Hoffnung, dass die Gegenseite dann ihr Verhalten einstellt bzw. den Vorgang nicht weiter verfolgt, wenn dies nicht der Fall ist. Das macht in aller Regel keinen Sinn.

Vielmehr sollte man sich bewusst sein, dass eine Abmahnung nur mit der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oder einem An-

⁸² Zum Problem bei Fristen für einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung s.o. S. 34.