

A. Einführung

Viele praktische Fragen im Zusammenhang mit der Anspruchsdurchsetzung im „grünen Bereich“ werden im Wettbewerbsrecht beantwortet, das schwerpunktmäßig im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt ist. Es ist ein wesentlicher Teil des gewerblichen Rechtsschutzes, dem neben dem Wettbewerbsrecht die gewerblichen Schutzrechte angehören, die z.B. im Markengesetz (MarkenG), Patentgesetz (PatG), Gebrauchsmustergesetz (GebrMG) und Designgesetz (DesignG) gesetzlich geregelt sind.

Nach Bestimmung der materiellen Rechtslage ist es in der Praxis für den Gläubiger von großer Bedeutung, die ermittelten Ansprüche durchzusetzen, während der Schuldner sie abwehren möchte. Die prozessuale Durchsetzung bzw. Abwehr von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen ist vor dem Hintergrund stets zu beachtender kurzer Verjährungs- und Dringlichkeitsfristen sowie zahlreicher Spezialvorschriften schwierig und scheitert auch bei eindeutiger Rechtslage nicht selten allein aus formellen Gründen.

Die folgenden Erläuterungen geben vor diesem Hintergrund einen Einblick in die Handlungsmöglichkeiten von Gläubiger und Schuldner, die sich in der jeweiligen Konstellation bieten. Anknüpfungspunkt ist dabei jeweils die konkrete Verfahrenssituation (vorgerichtlich oder gerichtlich), wie sie sich den Streitparteien stellt.

Die Ausführungen sind – soweit möglich – chronologisch geordnet. Ausgangspunkt ist die vorgerichtliche Geltendmachung der Ansprüche, die im Falle der Erfolglosigkeit in die gerichtliche Durchsetzung mündet. Daran anschließend werden sachgerechte Reaktionsmöglichkeiten auf die gerichtlichen Maßnahmen dargestellt und das Vorgehen des Gläubigers im Falle einer (erneuten) Zuwiderhandlung durch den Schuldner erläutert.

B. Vorgerichtliches Verfahren

I. Verfahren im Allgemeinen

1. Zügige Abwicklung

- 5 Ein großer Teil der Streitigkeiten im Wettbewerbsrecht wird nicht im Klageverfahren, sondern im **einstweiligen Verfügungsverfahren** geführt und letztendlich im sog. Abschlussverfahren auch endgültig erledigt.¹
- 6 Ausgangspunkt für die Durchsetzung oder Abwehr wettbewerbsrechtlicher Ansprüche ist die **Kenntnisnahme vom beanstandeten Verhalten**. Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Gläubiger setzt – bis auf einige Ausnahmen – grundsätzlich den Lauf der Verjährungsfrist und Dringlichkeitsfrist in Gang.
- 7 Bei der vorgerichtlichen Verfolgung des Unterlassungsanspruchs ist es zweckmäßig, insbesondere die **kurze Dringlichkeitsfrist** für ein ggf. notwendiges gerichtliches Eilverfahren, die je nach angerufenem Gericht regelmäßig zwischen einem und zwei Monaten liegt (vgl. Rn. 323 ff.), direkt im Blick zu behalten. Etwaige Recherchen und Beweissicherungen müssen daher zügig durchgeführt werden, sodass nach einer Abmahnung mit angemessener Fristsetzung genügend Zeit für die Vorbereitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens verbleibt. Auch wenn die Dringlichkeit gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet wird (vgl. Rn. 319), kann sie z. B. infolge zögerlichen Vorgehens (nachträglich) entfallen (vgl. Rn. 320 ff.). Der Gläubiger muss also dafür sorgen, dass er insbesondere dann, wenn er die einschlägigen Reaktionszeitspannen, die im jeweiligen Oberlandesgerichtsbezirk im Ausgangspunkt als ausreichend angesehen werden, überschreitet, in der Lage ist, dem Gericht gegenüber darzulegen und glaubhaft zu machen, dass sein Verhalten bzw. das seines Prozessbevollmächtigten stets auf die eilige Durchsetzung seines Anspruchs gerichtet war.
- 8 Eine weitere Besonderheit im Wettbewerbsrecht ist die **kurze Verjährungsfrist** des § 11 UWG (vgl. Rn. 441 ff.). Danach verjähren die Unterlassungs-, Beseitigungs-, Schadensersatz- und Aufwendererstattungsansprüche in sechs Monaten. Während die gerichtliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs keine Probleme bereitet, da dessen Verjährung durch die Einleitung des einstweiligen Verfügungsverfahrens gem. §§ 209, 204 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 BGB gehemmt wird, wird in der Praxis häufig übersehen, dass dies für die damit einhergehenden Beseitigungs-, Schadensersatz- und Aufwendererstattungsansprüche (sog. Annexansprüche) nicht gilt, da diese vom einstweiligen Verfügungsverfahren grundsätzlich nicht erfasst werden (vgl. Rn. 284 f., 465 f.).

¹ Teplitzky, 10. Aufl., Kap. 41 Rn. 3.

2. Abmahnung

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG soll der Anspruchsberechtigte eines Unterlassungsan- 9
spruchs 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.

a) Wesen der Abmahnung

Die wettbewerbsrechtliche Abmahnung ist die Mitteilung eines Anspruchsberechtig- 10
ten an einen Verletzer, dass er sich durch eine im Einzelnen bezeichnete Handlung
wettbewerbswidrig verhalten habe; verbunden mit der Aufforderung, dieses Ver-
halten in Zukunft zu unterlassen und binnen einer bestimmten Frist eine (im Falle der
Wiederholungsgefahr strafbewehrte) **Unterlassungserklärung** abzugeben.²

Die außergerichtliche Abmahnung liegt zunächst im Interesse des Gläubigers, der 11
seinen Anspruch so außergerichtlich schnell und kostengünstig durchsetzen kann.
Sie **warn**t **zudem den Schuldner**, der sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns
vielleicht nicht bewusst war, und gibt ihm die Gelegenheit, durch die Abgabe einer
Unterlassungserklärung ein kostspieliges Gerichtsverfahren zu vermeiden.

Auch wenn die Abmahnung für ein späteres gerichtliches Vorgehen keine zwin- 12
gende Voraussetzung ist, so stellt sie eine **Obliegenheit**³ des Gläubigers dar. Sowohl
der Verzicht auf eine Abmahnung als auch deren nachlässige Formulierung können
zahlreiche nachteilige Folgen für den Gläubiger haben, die sich bis in das später
eventuell notwendig werdende Gerichtsverfahren auswirken bzw. sogar (Gegen-)An-
sprüche aufseiten des Schuldners auslösen können. So hat der nicht abgemahnte
Schuldner, der im Falle der gerichtlichen Geltendmachung den Klageanspruch so-
fort anerkennt, in der Regel keine Veranlassung zur Klage bzw. zum Antrag auf Erlass
einer einstweiligen Verfügung gegeben, sodass dem Gläubiger nach § 93 ZPO die
Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Rn. 418 ff.).

Eine Abmahnung hingegen, die ein in Wirklichkeit rechtmäßiges Verhalten des 13
Schuldners zu Unrecht beanstandet oder aus einem Rechtsverstoß einen zu weiten
Unterlassungsanspruch ableitet, kann zu Gunsten des Schuldners ein Rechtsschutz-
bedürfnis zur Erhebung einer **negativen Feststellungsklage** verursachen, mit der er
feststellen lassen kann, dass der geltend gemachte Anspruch nicht oder jedenfalls
nicht in dem Umfang besteht (vgl. Rn. 498 ff.). Schließlich ist in der gerichtlichen
Praxis die Tendenz zu erkennen, im Hinblick auf das verfassungsrechtlich garantierte
Recht auf rechtliches Gehör, eine Beschlussverfügung, die grundsätzlich ohne Betei-

² BT-Drs. 15/1487, S. 25; zur umsatzsteuerrechtlichen Behandlung der Abmahnung vgl. *Pustovalov*,
WRP 2019, 848, 848 ff.

³ *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza, UWG*, § 12 Rn. 4.

ligung des Schuldners ergehen kann, erst nach erfolgloser Abmahnung zu erlassen (vgl. Rn. 300 f.).⁴

b) Form und Inhalt

- 14 Die Abmahnung unterliegt **keinem Formzwang**.⁵ Obgleich damit sogar eine mündliche Abmahnung möglich und in dringenden Fällen, wie z. B. Messesachen, auch zweckmäßig sein kann, empfiehlt es sich aus Beweisgründen, die Abmahnung schriftlich bzw. in Textform (z. B. per E-Mail) auszusprechen. Damit die Abmahnung die gewünschten Wirkungen erzielen kann, muss sie jedoch einen **bestimmten Inhalt** haben. Grundsätzlich gilt, dass der Schuldner anhand der Abmahnung erkennen können muss, welches konkrete Verhalten ihm als rechtswidrig vorgeworfen wird, weshalb der Gläubiger meint, zur Geltendmachung befugt zu sein, und wie der Schuldner die drohende gerichtliche Inanspruchnahme innerhalb einer angemessenen Frist vermeiden kann. Die Abmahnung muss grundsätzlich keine rechtlichen Ausführungen enthalten,⁶ wenngleich das natürlich zur Verdeutlichung des Unterlassungsbegehrens im Einzelfall hilfreich sein kann und auch mit Blick auf die Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten zu empfehlen ist (vgl. Rn. 53).

aa) Aktiv- und Passivlegitimation

- 15 Die Aktivlegitimation wird sich meist aus den Umständen ergeben, insbesondere dann, wenn es sich bei den Streitparteien offensichtlich um unmittelbare **Wettbewerber** handelt. In Zeiten von allzeit zugänglichen und umfänglichen Informationsmöglichkeiten im Internet wird man dem Schuldner im Zweifelsfall sogar eine einfache Google-Suche zumuten können.

bb) Beanstandetes Verhalten

- 16 Der Gläubiger hat das **beanstandete Verhalten** konkret und tatsächlich so genau wie möglich zu beschreiben. In der Abmahnung muss mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen, welches konkrete Verhalten beanstandet wird, damit der Schuldner weiß, was genau für den Gläubiger den Stein des Anstoßes bildet.⁷ Ein vorgerichtliches Abmahnschreiben bezeichnet das dem Störer vorgeworfene wettbewerbswidrige Verhalten hinreichend konkret und ermöglicht ihm eine sachliche Prüfung z. B. dann, wenn die Verletzungshandlung nachvollziehbar beschrieben wird und wenn weiter der Name des verantwortlichen Vertriebsmitarbeiters des Abgemahnten sowie der Ort und das Datum der Verletzungshandlung mitgeteilt werden.

⁴ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 12 Rn. 1.74 m. w. N.

⁵ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 12 Rn. 1.26.

⁶ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 12 Rn. 1.16.

⁷ *OLG Köln*, GRUR-RR 2014, 80, 82.

Der Bekanntgabe des Namens und der Anschrift des kontaktierten Kunden bedarf es dann nicht.⁸

Obwohl rechtliche Ausführungen grundsätzlich nicht notwendig sind (vgl. 17 Rn. 14), sollte der Gläubiger insbesondere bei mehreren Beanstandungen bereits jetzt planen, auf welche Klagegründe er sein **späteres gerichtliches Vorgehen** stützen möchte, falls die begehrte Unterlassungserklärung ausbleibt. Selbst ein auf lediglich eine Rechtsfolge gerichtetes Vorgehen kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verschiedene Streitgegenstände darstellen (vgl. Rn. 229 ff.). Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Anspruch auf eine wettbewerbsrechtliche Verunglimpfung oder Herabsetzung und zusätzlich auf eine Kennzeichenverletzung gestützt wird.⁹

cc) Forderung einer Unterlassungserklärung

Zwingender Bestandteil der Abmahnung ist die **Forderung nach einer Unterlassungserklärung**. Je nachdem, um welche Art der Begehungsgefahr (Erstbegehungs- 18 oder Wiederholungsgefahr) es sich handelt, kann entweder eine einfache oder eine – etwa durch ein Vertragsstrafeversprechen – gesicherte Unterlassungserklärung gefordert werden (vgl. Rn. 90 ff.). Der Gläubiger muss dem Schuldner den Wortlaut der Unterlassungserklärung nicht vorgeben. Letzterer hat grundsätzlich selbst durch die Abgabe einer adäquaten Unterlassungserklärung für die wirksame Ausräumung der Ansprüche des Gläubigers zu sorgen.¹⁰

Die **Vorformulierung** der gewünschten Unterlassungserklärung ist jedoch aus 19 mehreren Gründen empfehlenswert. Erstens kann der Gläubiger so dem unerfahrenen Schuldner einen ihm genehmen und wirkungsvollen Weg aufzeigen, den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu erfüllen. Zweitens handelt es sich bei der vorformulierten Unterlassungserklärung um ein Vertragsangebot, das vom Schuldner nur angenommen zu werden braucht (vgl. Rn. 79). Drittens umgeht der Gläubiger damit den in der Praxis von findigen Schuldnern bzw. deren Prozessbevollmächtigten erhobenen Einwand, dass die Abmahnung eine geschäftsähnliche Handlung sei, auf die § 174 BGB entsprechend anwendbar und die ohne **Vollmachtvorlage** unwirksam sei (vgl. Rn. 22 ff.). Fügt der Gläubiger seiner Abmahnung jedoch eine vorformulierte Unterlassungserklärung bei, die der Schuldner nur noch zu unterschreiben braucht, muss er darauf achten, dass der Anspruch auch tatsächlich dem entspricht, was der Schuldner gesetzlich schuldet, bzw. später gerichtlich geltend gemacht werden soll. Bleibt die Erklärung dahinter zurück, besteht die Gefahr, dass rechtswidriges Verhalten in der Zukunft aus dem Unterlassungsvertrag nicht gehandelt werden kann.

⁸ OLG Saarbrücken, MDR 2015, 1154, 1155.

⁹ BGH, GRUR 2011, 521, 523 – TÜV I; s. aber auch GRUR 2013, 401, 403 – Biomineralwasser; GRUR 2012, 184, 185 – Branchenbuch Berg.

¹⁰ BGH, GRUR 2007, 607, 610 – Telefonwerbung für „Individualverträge“; OLG Düsseldorf, WRP 2016, 246, 249; OLG Köln, WRP 1988, 56, 56; OLG Hamburg, WRP 1977, 808, 808; OLG Stuttgart, WRP 1985, 53, 53; a. A. OLG München, WRP 1982, 600, 601.

Geht sie darüber hinaus, ändert dies zwar nichts an der **Wirksamkeit der Abmahnung**,¹¹ der Gläubiger berührt sich damit jedoch ggf. eines Anspruchs, der ihm nicht zusteht und kann deswegen vom Schuldner ohne Weiteres mit einer negativen Feststellungsklage angegriffen werden (vgl. Rn. 54 f., 498 ff.).

dd) Androhung gerichtlicher Schritte

- 20 Der Gläubiger muss dem Schuldner in seiner Abmahnung signalisieren, dass er „**es ernst meint**“ und nötigenfalls gerichtliche Schritte einleiten wird.¹² Das ergibt sich in der Regel aus den Umständen,¹³ sodass eine ausdrückliche Androhung oft nicht erforderlich sein wird, allerdings, um Streitigkeiten zu vermeiden, zu empfehlen ist. Eine reine Berechtigungsanfrage (vgl. Rn. 58) reicht nicht aus.¹⁴

ee) Frist

- 21 Der Gläubiger muss dem Schuldner eine Frist setzen, innerhalb derer er die Abgabe einer hinreichenden Unterlassungserklärung erwartet. Es empfiehlt sich, eine Frist nach dem Kalender und nicht nach Stunden, Tagen oder Wochen zu setzen, da der Gläubiger nur so sicher wissen kann, wann die von ihm gesetzte Frist endet. Wie bei der gewöhnlichen Mahnung gilt auch hier, dass die Setzung einer unangemessen kurzen Frist eine **angemessene Frist** in Gang setzt.¹⁵ Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Der Schuldner muss in die Lage versetzt werden, die Vorwürfe zu prüfen und ggf. anwaltlichen Rat in Anspruch zu nehmen. Während in gewöhnlichen und nicht besonders eilbedürftigen Angelegenheiten – insbesondere von den Kölner Gerichten – eine Frist von acht bis zehn Tagen für angemessen gehalten wird, sollen in besonderen Fällen, wie z. B. in Messesachen, sogar Stunden ausreichen.¹⁶ Die Praxis zeigt, dass die Setzung einer **kurzen Frist** ratsam ist. Der Schuldner, der die Abmahnung ernst nimmt und ein gerichtliches Verfahren vermeiden möchte, wird diese einhalten oder sich wenigstens melden und ggf. um eine Verlängerung bitten. Ein böswilliger, auf Zeit spielender Schuldner wird demgegenüber wahrscheinlich ohnehin nicht reagieren und die angekündigten gerichtlichen Schritte abwarten. Der Gläubiger kann dann ein sofortiges Anerkenntnis nach § 93 ZPO trotz eventuell zu kurzer Fristsetzung vermeiden, indem er vor Einlei-

¹¹ BGH, GRUR 2007, 607, 610 – Telefonwerbung für „Individualverträge“.

¹² Schwippert, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 84 Rn. 17.

¹³ OLG Frankfurt a. M., WRP 2015, 235, 236.

¹⁴ OLG Hamburg, GRUR 2006, 616, 616.

¹⁵ BGH, GRUR 1990, 381, 382 – Antwortpflicht des Abgemahnten; Brüning, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rn. 49.

¹⁶ OLG München, WRP 1988, 62, 63; OLG Frankfurt a. M., WRP 1996, 1194, 1195; Brüning, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rn. 50.

tung dieser Schritte noch einige Zeit zuwartet und die durch die zu kurze Fristsetzung in Gang gesetzte (fiktive) angemessene Frist verstreichen lässt.¹⁷

ff) Vollmacht

Die Vorlage einer Vollmachtsurkunde zur Abmahnung ist keine Voraussetzung für die 22
Wirksamkeit einer Abmahnung. Streitig ist lediglich, ob gem. der Regelung in § 174
BGB die Wirkungen der in der Regel von einem Anwalt ausgesprochenen Abmahnung
entfallen, wenn ihr kein **Vollmachtsnachweis** beigefügt ist und der Abgemahnte die
Abmahnung deswegen unverzüglich zurückweist.¹⁸ Nach der überwiegenden, auch
vom *BGH* geteilten¹⁹ Meinung kommt § 174 BGB aber dann nicht zur Anwendung,
wenn der Abmahnung, wie oben unter Rn. 19 empfohlen, der Entwurf einer Unter-
lassungserklärung beigefügt wird, weil damit dann auch ein Angebot zum Abschluss
eines Unterlassungsvertrags unterbreitet wird (vgl. Rn. 79).

Der Schuldner bzw. sein anwaltlicher Vertreter sollten sich im Klaren darüber 23
sein, dass diese Zurückweisung auch den **Vorwurf** impliziert, dass der den Gläubiger
vertretende Rechtsanwalt in Wirklichkeit ohne Vertretungsmacht bzw. ohne Auftrag
und damit letztendlich **betrügerisch** agiert. Je nach Taktikplanung ist das einer für
den Schuldner günstigen Lösung des Falls ggf. sogar abträglich.

In der Praxis ist die Tatsache, dass einem Abmahnschreiben keine Originalvoll- 24
macht beiliegt, ohnehin nicht Unklarheiten zwischen dem Anwalt und dem Gläubi-
ger über die Auftragserteilung geschuldet, sondern häufig dem Umstand, dass es sich
um Vorgänge handelt, in denen schnell gehandelt werden muss und daher nicht auf
die postalische Übersendung einer Originalvollmacht gewartet werden kann. Dies gilt
insbesondere bei „Stammmandanten“, die den Anwalt per E-Mail oder telefonisch mit
der Vertretung im Einzelfall beauftragen. *Teplitzky* findet zur Vollmachtsrüge deutli-
che Worte und hält sie eher für „eine **Spielwiese für schikanefreudige Streitpar-
teien** und deren Anwälte“ sowie für rechtstheoretische Überlegungen als für ein
ernsthaftes Problemfeld (vgl. zur Vollmachtsrüge im Eilverfahren Rn. 352).²⁰ Das *OLG
Celle* ist der Auffassung, dass die Berufung auf die angebliche Unwirksamkeit der
Abmahnung jedenfalls dann unwirksam bzw. **treuwidrig** sei, wenn gegenüber dem
abmahnenden Rechtsanwalt eine Unterlassungserklärung abgegeben und dann unter
Hinweis auf die fehlende Vollmacht die Zulässigkeit der Abmahnung bestritten und
die Erstattung der Abmahnkosten verweigert wird.²¹

Sollte der Schuldner tatsächlich im Einzelfall einmal **echte Zweifel** an der Be- 25
rechtigung des Anwalts haben, für den Gläubiger tätig zu werden, ist es natürlich –

¹⁷ *OLG Bamberg*, WRP 2018, 714, 715.

¹⁸ Eine Übersicht zum Streitstand findet sich bei *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 12 Rn. 1.30 ff.

¹⁹ *BGH*, GRUR 2010, 1120, 1121 – Vollmachtsnachweis.

²⁰ *Teplitzky*, 10. Aufl., Kap. 41 Rn. 6a mit Fn. 52.

²¹ *OLG Celle*, GRUR-RR 2011, 77, 78.

unabhängig von § 174 BGB – statthaft, diese beim Gläubigervertreter anzusprechen und um Übersendung eines entsprechenden Nachweises zu bitten.²² Beantwortet der Gläubiger eine objektiv berechnete Bitte des Schuldners nicht, läuft er Gefahr des sofortigen Anerkenntnisses eines gleichwohl eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens (§ 93 ZPO). Um vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Auffassungen der Oberlandesgerichte sicherzugehen, sollte der Gläubiger der durch seinen Anwalt ausgesprochenen Abmahnung eine Vollmacht im Original²³ beifügen lassen oder, falls die Abmahnung zurückgewiesen werden sollte, diese jedenfalls umgehend nachreichen.

26 Zu beachten ist schließlich, dass § 174 BGB das ohne Beifügung der Vollmachtsurkunde vorgenommene Rechtsgeschäft nur dann für unwirksam erklärt, wenn der andere es aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Der Schuldner, der in seinem Erwidierungsschreiben darstellt, warum das inkriminierte Verhalten rechtmäßig sei und sich nur ergänzend auf die fehlende Vollmachtsurkunde beruft, weist die Abmahnung nicht **aus diesem Grunde** zurück.²⁴ Der Abgemahnte, der zunächst eine Fristverlängerung erbittet, um die Berechnung der Abmahnung prüfen zu können und die Abmahnung erst dann zurückweist, handelt außerdem nicht mehr **unverzüglich**.²⁵

27 Der Erstattung der **Abmahnkosten** wird der Schuldner – unabhängig von der Wirksamkeit der Abmahnung – in den meisten Fällen nicht entgehen können. Wenn es sich bei dem streitigen Verhalten um ein täterschaftliches und damit schuldhaftes Dauerdelikt handelt, was in Zeiten des Internets nicht selten der Fall ist, wird nämlich mit guten Gründen vertreten, dass die Kosten der Abmahnung, die dann auch die Verhinderung zukünftiger Verstöße bezweckt, vom Schuldner als adäquat verursachter Schaden gem. § 9 UWG zu erstatten sind (vgl. Rn. 36 ff.).

c) Zugang

28 Die Abmahnung erfüllt ihren **Zweck** nur, wenn sie den Schuldner erreicht. Bei der Abmahnung handelt es sich zudem materiell-rechtlich um eine **geschäftsähnliche Handlung**. Für solche Handlungen gelten dieselben Regeln wie für empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie werden in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugehen (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB).²⁶

29 Will der Gläubiger Rechte aus dem Abmahnverhältnis herleiten, hat er im Zweifel zu **beweisen**, dass die Abmahnung dem Abgemahnten zugegangen ist. Auch wenn er aus einem Unterlassungsvertrag vorgehen möchte, muss er den Zugang der Abmahnung, die im Regelfall auch das Angebot auf Abschluss des Vertrags enthält (vgl.

22 BGH, GRUR 2010, 1120, 1121 – Vollmachtsnachweis.

23 BGH, WRP 2018, 706, 709 unter Hinweis auf OLG Hamm, NJW 1991, 1185, 1185 f.

24 Schwippert, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 84 Rn. 14.

25 OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010, 87, 88; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 12 Rn. 1.33.

26 Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 12 Rn. 1.37.

Rn. 79), und dessen Zustandekommen beweisen. In diesem Zusammenhang kommt der Zugangsproblematik in der Praxis aber wenig Relevanz zu.

Die Parteien streiten demgegenüber recht häufig über den Zugang der Abmahnung, wenn es um die **Verteilung der Kostenlast nach § 93 ZPO** bei einem sofortigen Anerkenntnis im der Abmahnung folgenden gerichtlichen Verfahren geht (vgl. Rn. 418 ff.). Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung im Jahr 2007²⁷ war die Frage, wer in diesem Fall den Zugang beweisen muss, höchst umstritten. Die bis dahin herrschende Meinung stellte sich auf den Standpunkt, dass der Gläubiger nur die Absendung der Abmahnung zu beweisen habe. Bei der Abmahnung handele es sich letztlich um eine „**Wohltat**“ für den Schuldner, der auf diese Weise Gelegenheit erhalte, die Angelegenheit kostengünstig beizulegen. Einige Oberlandesgerichte und Teile der Literatur wollten demgegenüber die Darlegungs- und Beweislast für den Zugang der Abmahnung dem Gläubiger auferlegen.²⁸

Der *BGH* hat das Problem so gelöst, dass er dem Schuldner, der sich auf § 93 ZPO berufen möchte, die grundsätzliche Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestandsmerkmale der für ihn günstigen Regelung und damit den **Nichtzugang der Abmahnung** auferlegt. Da es sich dabei um eine negative Tatsache handelt, trifft den Gläubiger allerdings eine sekundäre Darlegungslast.²⁹ Dieser muss die Umstände der Absendung darlegen und beweisen. Daraufhin kann der Schuldner wiederum durch das Angebot der Vernehmung seines Büropersonals o. ä. beweisen, dass ihn die Abmahnung trotz Absendung nicht erreicht hat. Der Gläubiger kann allerdings dem Schuldner den Beweis des Nichtzugangs der Abmahnung wirkungsvoll dadurch erschweren, dass er, was bei eilbedürftigen Angelegenheiten ohnehin ratsam ist, die Abmahnung auf mehreren Wegen, z. B. per Post, Fax und E-Mail, versendet.³⁰ Aufgrund der vom *BGH* gewählten prozessualen Lösung des Problems führt bereits ein *non liquet* dazu, dass § 93 ZPO keine Anwendung findet und dem Schuldner die Prozesskosten aufzuerlegen sind.³¹

3. Abmahnkosten

Die Erstattungsfähigkeit der **außergerichtlichen Aufwendungen**, die regelmäßig in Anwaltskosten bestehen, kann sich aus unterschiedlichen Rechtsgrundlagen ergeben. Vor der UWG-Novelle 2004 hat die Rechtsprechung die Erstattungspflicht der Abmahnkosten entweder als Schadensersatz³² oder aus den Regeln zur Geschäfts-

²⁷ *BGH*, GRUR 2007, 629, 630 – Zugang des Abmahnschreibens.

²⁸ Eine Übersicht über den (wohl überholten) Streitstand findet sich bei *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 12 Rn. 1.40 ff.

²⁹ *KG*, WRP 2016, 512, 512.

³⁰ *LG Düsseldorf*, B. v. 23.12.2015 – 2a O 229/15, n.v.

³¹ *BGH*, GRUR 2007, 629, 630 – Zugang des Abmahnschreibens.

³² Vgl. *BGH*, GRUR 1982, 489, 489 – Korrekturflüssigkeit.

führung ohne Auftrag³³ gewährt. Seitdem ist die Erstattungspflicht in § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG gesetzlich geregelt.

a) Berechtigte Abmahnung

- 33 Gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG kann der Gläubiger die erforderlichen Aufwendungen der Abmahnung verlangen, soweit sie **berechtigt** sind und nicht unter Verstoß gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB geltend gemacht werden.³⁴ Auf ein Verschulden des Schuldners kommt es nicht an. Voraussetzung für einen Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ist, dass es sich bei dem betroffenen Schreiben tatsächlich um eine **Abmahnung** handelt. Daran mangelt es z. B. dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner lediglich seine Rechtsauffassung mitteilt und zu einer Stellungnahme auffordert.³⁵ Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Abmahnung vgl. Rn. 9 ff.
- 34 Zu beachten ist zudem, dass es für die Berechtigung der Abmahnung nicht genügt, dass diese begründet ist. **Begründet** ist eine Abmahnung bereits, wenn ihr ein Unterlassungsanspruch zugrunde liegt. **Berechtigt** ist sie dagegen nur dann, wenn sie auch erforderlich und geeignet ist, um dem Schuldner einen Weg zu weisen, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen.³⁶ Die Unterscheidung ist z. B. in den Fällen von Bedeutung, in denen dem Gläubiger ein Unterlassungsanspruch gegen den Schuldner zusteht, die Abmahnung aber dem Schuldner nicht (mehr) zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens dienen kann. Dies kommt z. B. im Fall der sog. Schubladenverfügung in Betracht (vgl. Rn. 52, 377 ff.).

b) Erstattungsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag

- 35 Die nach alter Rechtslage aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegebenen Ansprüche stehen nunmehr neben dem 2004 eingeführten Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Das ist jedoch ohne praktische Bedeutung, da solche Ansprüche jedenfalls **nicht weiter reichen** als die aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Denn nur eine berechtigte Abmahnung entspricht dem objektiven Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Abgemahnten, die im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorausgesetzt werden.³⁷

33 Vgl. *BGH*, GRUR 1992, 176, 177 – Abmahnkostenverjährung.

34 Vgl. *OLG Düsseldorf*, WRP 2016, 501, 502, das dem Gläubiger die Erstattung der Rechtsanwaltskosten mit der Begründung verwehrte, dass er in seinen AGB selbst eine Regelung bereithielt, wonach bei Abmahnungen durch Dritte die Einschaltung von Rechtsanwälten überflüssig sei, so dass er deren Kosten nicht erstatten werde.

35 *OLG Karlsruhe*, WRP 2012, 1434, 1438 f.

36 *BGH*, GRUR 2013, 307, 309 – Unbedenkliche Mehrfachabmahnung.

37 *Loschelder*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 92 Rn. 4.