

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 Gegenansprüche aufseiten des Schuldners münden können.

So hat der **nicht abgemahnte** Schuldner, der im Fall der gerichtlichen Geltendma- 15  
 chung den Klageanspruch sofort 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. 807 ff.).  
 Außerdem ist in der gerichtlichen Praxis insbesondere nach mehreren Entschei-  
 dungen des *BVerfG* im Jahre 2018 (vgl. Rn. 545 ff.) die Tendenz zu erkennen, im Hinblick  
 auf den verfassungsrechtlich verankerten **Grundsatz der prozessualen Waffen-**  
**gleichheit** eine Beschlussverfügung, die grundsätzlich ohne Beteiligung des  
 Schuldners ergehen kann, erst nach erfolgloser Abmahnung zu erlassen (vgl.  
 Rn. 528 ff.).<sup>5</sup>

Eine Abmahnung hingegen, die ein in Wirklichkeit rechtmäßiges Verhalten des 16  
 Schuldners zu Unrecht beanstandet oder aus einem Rechtsverstoß einen zu weiten  
 Unterlassungsanspruch ableitet, kann zugunsten des Schuldners ein Rechtsschutz-  
 bedürfnis zur Erhebung einer **negativen Feststellungsklage** hervorrufen, mit der er  
 feststellen lassen kann, dass der geltend gemachte Anspruch nicht oder jedenfalls  
 nicht in dem Umfang besteht (vgl. aber Rn. 146 ff.). Des Weiteren macht das Gesetz zur  
 Stärkung des fairen Wettbewerbs seit dem 2.12.2020 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.

## b) Form und Inhalt

Die Abmahnung unterliegt **keinem Formzwang**.<sup>6</sup> Obgleich damit sogar eine münd- 17  
 liche Abmahnung möglich und in dringenden Fällen, wie z. B. in Messesachen, auch  
 zweckmäßig sein kann, empfiehlt es sich aus Beweisgründen, die Abmahnung  
 schriftlich bzw. in Textform (z. B. per E-Mail) auszusprechen (vgl. Rn. 57, 810).

Damit die Abmahnung die gewünschten Wirkungen erzielen kann, muss sie jedoch 18  
 einen **bestimmten Inhalt** haben.

Grundsätzlich galt und ist weiterhin zu beachten, dass der Schuldner anhand der 19  
 Abmahnung erkennen können muss, welches konkrete Verhalten ihm als rechtswidrig

<sup>5</sup> Vgl. *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 13 Rn. 74 m. w. N.

<sup>6</sup> *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 13 Rn. 26.

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. **Rechtliche Ausführungen** sind nicht erforderlich, wenngleich sie zur Verdeutlichung des Unterlassungsbegehrens im Einzelfall hilfreich sein können und auch mit Blick auf die Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten sowie anschließend ggf. erforderliche gerichtliche Schritte zu empfehlen sind (vgl. Rn. 42, 96, 584).

- 20 Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs enthält **§ 13 Abs. 2 UWG** eine Reihe von expliziten Vorgaben zum Inhalt einer Abmahnung, deren Nichtbeachtung gem. § 13 Abs. 5 UWG zu Gegenansprüchen des Schuldners führen kann. Die Liste deckt sich nur z.T. mit den bisherigen Anforderungen und ist mit Rücksicht auf die Funktion der Abmahnung als außergerichtliches Streitbeilegungsmittel **nicht erschöpfend**: Damit die Abmahnung ihren Zweck erfüllen kann, muss sie zusätzlich die Forderung einer Unterlassungserklärung, eine Fristsetzung und die Androhung gerichtlicher Schritte enthalten. § 13 Abs. 2 UWG ist nicht auf Abmahnungen anzuwenden, die bereits vor dem 2.12.2020 zugegangen sind, vgl. § 15a Abs. 2 UWG.

- 21 **Praxishinweis:** Die Auflistung des § 13 Abs. 2 UWG schreibt dem Gläubiger in den Nr. 1 bis 4<sup>7</sup> nichts vor, was eine sorgfältig abgefasste Abmahnung bisher nicht auch schon enthalten hätte. Der Teufel steckt hier jedoch im Detail. Ausweislich des Obersatzes müssen die Angaben nämlich „**klar und verständlich**“ sein. Die Regelung ist vor allem deshalb brisant, weil § 13 Abs. 5 UWG dem Schuldner einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Rechtsverteidigung schon für den Fall zuspricht, dass die Abmahnung nicht den formellen Anforderungen des § 13 Abs. 2 UWG entspricht. § 13 Abs. 3 UWG macht zudem den Abmahnkostenersatzanspruch des Gläubigers von der Einhaltung derselben Anforderungen abhängig. Diese einschneidenden Rechtsfolgen gebieten es einerseits, bei Abfassung der Abmahnung größte Sorgfalt walten zu lassen. Andererseits sollte deshalb auch kein überzogen strenger Maßstab an die Erfüllung der Vorgaben des § 13 Abs. 2 UWG angewandt werden.<sup>8</sup>

#### aa) Identität, § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG

- 22 Nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG müssen in der Abmahnung klar und verständlich **Name oder Firma des Gläubigers** sowie im Fall einer Vertretung zusätzlich **Name oder Firma des Vertreters** angegeben werden.
- 23 **Praxishinweis:** Schon vor der UWG-Novelle 2020 war es selbstverständlich und elementarer Bestandteil einer Abmahnung (wie bei jeder anderen außergerichtlichen Inanspruchnahme auch), dass der Gläubiger seinen Namen bzw. seine Firma und damit seine Identität offenbarte. Der

<sup>7</sup> § 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG betrifft den neu geschaffenen Sonderfall des § 13 Abs. 4 UWG, der in der bisherigen Praxis naturgemäß nicht berücksichtigt werden konnte.

<sup>8</sup> Möller, NJW 2021, 1, 6.

Grund, aus dem es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten hat, die entsprechende Angabe explizit in seine Pflichtenliste aufzunehmen, erschließt sich daher nicht auf den ersten Blick. Er liegt womöglich in dem landläufigen, insbesondere bei unerfahrenen Marktteilnehmern anzutreffenden Irrglauben, dass Wettbewerbsverstöße von jedermann bzw. anonym oder von sog. Abmahnanwälten in Eigenregie verfolgt werden könnten. Das würde auch die Regelung der (weiteren) Selbstverständlichkeit erklären, wonach der Gläubiger ggf. den Namen oder die Firma seines Vertreters angeben muss, die sich ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>9</sup> **nicht auf den gesetzlichen Vertreter**, sondern auf andere Vertretungsfälle, wie z. B. durch einen Rechtsanwalt, bezieht.

## bb) Vollmacht

Die Vorlage einer Vollmachtsurkunde zur Abmahnung ist **keine Voraussetzung für die Wirksamkeit** einer Abmahnung. 24

Umstritten ist jedoch, ob gem. **§ 174 BGB** die Wirkungen der – in der Regel von einem Rechtsanwalt ausgesprochenen – Abmahnung entfallen, wenn ihr kein Vollmachtsnachweis beigelegt ist und der Schuldner die Abmahnung deswegen unverzüglich zurückweist.<sup>10</sup> Nach der überwiegenden, auch vom *BGH* geteilten Meinung kommt § 174 BGB jedenfalls dann nicht zur Anwendung, wenn der Abmahnung, wie unter Rn. 48 empfohlen, der Entwurf einer Unterlassungserklärung beigelegt wird, weil damit zugleich ein **Angebot zum Abschluss eines Unterlassungsvertrags** unterbreitet wird (vgl. Rn. 176).<sup>11</sup> 25

**Praxishinweis:** Der Schuldner bzw. sein anwaltlicher Vertreter sollten sich im Klaren darüber sein, dass die in der Praxis oft anzutreffende pauschale Vollmachtsrüge 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 eine dahingehende Unterstellung einer für den Schuldner günstigen Lösung des Falls ggf. sogar abträglich. 26

Im Normalfall ist die Tatsache, dass einem Abmahnschreiben keine Originalvollmacht beigelegt, ohnehin nicht Unklarheiten zwischen dem Rechtsanwalt und dem Gläubiger über die Auftragserteilung geschuldet, sondern dem Umstand, dass es sich um Vorgänge handelt, bei denen schnell gehandelt werden muss und daher nicht auf die postalische Übersendung einer Originalvollmacht gewartet werden kann. Dies gilt insbesondere bei „Stammmandanten“, die den Rechtsanwalt per E-Mail oder telefonisch mit der Vertretung im Einzelfall beauftragen. *Teplitzky* findet zur Vollmachtsrüge deutliche Worte und hält sie eher für eine **Spielwiese für schikanefreudige Streit-** 27

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/12084, S. 31.

<sup>10</sup> Eine Übersicht zum Streitstand findet sich bei *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 13 Rn. 30 ff.

<sup>11</sup> *BGH*, GRUR 2010, 1120, 1121 – Vollmachtsnachweis.

**parteien** und deren Rechtsanwälte sowie für rechtstheoretische Überlegungen als für ein ernsthaftes Problemfeld (zur Vollmachtsrüge im Eilverfahren vgl. Rn. 654 f.).<sup>12</sup>

- 28 **Praxishinweis:** Sollte der Schuldner tatsächlich im Einzelfall einmal **echte Zweifel** an der Berechtigung des Gegenanwalts haben, für den Gläubiger tätig zu werden, ist es natürlich – unabhängig von § 174 BGB – statthaft, diese beim Gläubigervertreter anzusprechen und um Übersendung eines entsprechenden Nachweises zu bitten.<sup>13</sup> Nicht statthaft ist es allerdings, eine Unterlassungserklärung unter die **aufschiebende Bedingung** des „zweifelfreien“ Nachweises der „ordnungsgemäßen“ Bevollmächtigung zu stellen, da es sich dabei um über die bloße Vorlage der Vollmachtsurkunde hinausgehende Umstände handelt, die Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung begründen (vgl. Rn. 194 f.).<sup>14</sup> Beantwortet der Gläubiger eine objektiv berechtigte Bitte des Schuldners nicht, läuft er Gefahr des sofortigen Anerkenntnisses des gleichwohl gerichtlich geltend gemachten Anspruchs (§ 93 ZPO).
- 29 Zu beachten ist in jedem Fall, dass § 174 BGB das ohne Beifügung der Vollmachtsurkunde vorgenommene Rechtsgeschäft nur dann für unwirksam erklärt, wenn der andere es aus diesem Grund 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 Grund** zurück.<sup>15</sup> Der Schuldner, der zunächst eine Fristverlängerung erbittet, um die Berechtigung der Abmahnung prüfen zu können und die Abmahnung erst dann zurückweist, handelt außerdem nicht mehr **unverzüglich**.<sup>16</sup> Das *OLG Celle* hat ferner entschieden, dass die Berufung auf die angebliche Unwirksamkeit der Abmahnung **treuwidrig** ist, wenn die durch den abmahnenden Rechtsanwalt zugeleitete vorformulierte Unterlassungserklärung angenommen und zugleich unter Hinweis auf die fehlende Vollmacht die Zulässigkeit der Abmahnung bestritten und die Erstattung der Abmahnkosten verweigert wird.<sup>17</sup>
- 30 **Praxishinweis:** Um vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Auffassungen der Oberlandesgerichte sicherzugehen, sollte der Gläubiger der durch seinen Rechtsanwalt ausgesprochenen Abmahnung eine Vollmacht im Original<sup>18</sup> beifügen oder, falls die Abmahnung zurückgewiesen werden sollte, diese umgehend nachreichen lassen. Legt der Rechtsanwalt mit der Abmahnung eine Vollmacht vor, die die übliche Standardformulierung zur Vertretungsermächtigung des Gläubigers

<sup>12</sup> Teplitzky, 10. Aufl., Kap. 41 Rn. 6a m. Fn. 52.

<sup>13</sup> BGH, GRUR 2010, 1120, 1121 – Vollmachtsnachweis; KG, GRUR-RR 2021, 459, 460 f.

<sup>14</sup> LG Frankfurt a. M., B. v. 9.12.2020 – 2–03 O 184/20, n. v. (in der Folgeinstanz offengelassen durch OLG Frankfurt a. M., B. v. 11.3.2021 – 11 W 13/21, n. v.).

<sup>15</sup> Schwippert, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, § 84 Rn. 25.

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010, 87, 88; Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 13 Rn. 33.

<sup>17</sup> OLG Celle, GRUR-RR 2011, 77, 78.

<sup>18</sup> BGH, WRP 2018, 706, 709 – Telefaxkopie einer Originalvollmacht, unter Hinweis auf OLG Hamm, NJW 1991, 1185, 1185 f.