

Vorsicht Abmahnung!

Wettbewerbsrechtliche Stolperfallen in der Immobilienverwaltung

Andreas Böhm, LL.M.

Rechtsanwalt, Dipl.-Kaufmann,
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz,
Urheber- und Medienrecht sowie Steuerrecht, Berlin



Herbsttagung BVI-Landesverband West
Essen, 15. September 2022

Gliederung

1. Wettbewerbsrechtliche Stolperfallen
2. Abmahnung
3. Unterlassungs-/ Verpflichtungserklärung
4. Alternative Reaktionen
5. Checklisten

Wettbewerbsrechtliche Stolperfallen



Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

§ 1 Abs. 1 UWG: Dieses Gesetz dient dem Schutz der **Mitbewerber**, der **Verbraucher** sowie der **sonstigen Marktteilnehmer** vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der **Allgemeinheit** an einem unverfälschten Wettbewerb.

Unlautere Handlungen

- Generalklausel und „Schwarze Liste“, § 3 UWG
- Rechtsbruch, § 3a UWG
- Mitbewerberschutz, § 4 UWG
- Aggressive geschäftliche Handlungen, § 4a UWG
- Irreführung, §§ 5 ff. UWG
- Vergleichende Werbung, § 6 UWG
- Unzumutbare Belästigungen, § 7 UWG

Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

§ 3 UWG: (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

(2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

„Schwarze Liste“: Rechte als Besonderheit

Anh. Nr. 10: Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Absatz 3 sind

10. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar;

Anh. Nr. 10: Rechte als Besonderheit

BGH, I ZR 185/12, GRUR 2014, 1007 – Geld-Zurück-Garantie III

Warum Kompatibles Verbrauchsmaterial verwenden:

- Je nach Verbrauchsmaterialtyp können Sie mit einem kompatiblen Produkt zwischen 30% bis teilweise über 50% Druckkosten sparen.
- Für alle kompatiblen Produkte garantiert P. beste Druckqualität und optimalen Betrieb.
- Sollten Sie mit einem kompatiblen Produkt nicht zufrieden sein, haben Sie eine 14-tägige Geld-Zurück-Garantie. Das Porto der Rücksendung übernehmen wir.
- Für alle Produkte gilt selbstverständlich ebenfalls die gesetzliche Gewährleistung von 2 Jahren.
- Ihr Beitrag zum Umweltschutz: Alle Rebuildprodukte (mit "rebuild" bezeichnet, z.B. Toner) werden aus neuen und bestehenden Originalteilen wiederaufbereitet und für optimale Druckqualität und Verbrauch wiederbefüllt.
- Gutschrift von bis zu 6,- EUR für jede verbrauchte Tonerkartusche (keine Tintenpatronen).

Zwingend notwendige Angaben bei der Überweisung:

Im Verwendungszweck immer ebayname + Datum angeben!!! (Ohne diese Daten ist eine Zuordnung Ihrer Zahlung nicht möglich!). Die Lieferung ist versichert! Weitere Infos zum Widerruf und Vertragsschluss in der Bestätigungsmail.

Was Sie noch wissen sollten:



- Wir sind bereits Online-Händler, zertifiziert durch Trusted Shops.
- Zahlungsmöglichkeiten: PayPal, Barzahlung bei Abholung oder Vorauskasse.
- Der Versand der Ware erfolgt auf Risiko von P.
- Versand nur innerhalb Deutschlands.
- Selbstabholung in Weizheim-Breitenfurt (b. Schorndorf) möglich: Werktags, Mo - Fr, 14:00 bis 16:00 Uhr.
- Bitte unbedingt vor der Abholung einen Termin vereinbaren.
- Lieferung erfolgt mit Lieferschein und Rechnung mit ausgewiesener MwSt.

- „Sollten Sie mit einem kompatiblen Produkt nicht zufrieden sein, haben Sie eine 14-tägige Geld-Zurück-Garantie. Das Porto der Rücksendung übernehmen wir.“
- „Der Versand der Ware erfolgt auf Risiko von P“

➡ Unlautere Herausstellung bestehender Verbraucherrechte als Besonderheit

„Schwarze Liste“: Unternehmereigenschaft

Anh. Nr. 23: Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Absatz 3 sind

23. die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig;

Anh. Nr. 23: Unternehmereigenschaft
KG, 5 W 167/17, GRUR-RR 2020, 47 – Gewerbliche
Immobilienanzeige

- Immobilienunternehmen verwendet in Immobilienanzeige vom Oktober 2017 die Bezeichnung „gew.“
- ☞ „Der Hinweis in der [...] Anzeige „gew.“ stellt keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Gewerblichkeit der Immobilienanzeige dar.

Rechtsbruch

§ 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.): Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

Ausgewählte Rechtsbruch-Regelungen (1/2)

- Erlaubnis für gewerbliche **Maklertätigkeit**, § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GewO
- Hinweis auf Eigenschaft als „**Wohnungsvermittler**“, § 6 Abs. 2 WoVermG
- Angaben aus dem **Energieausweis**, § 87 Abs. 1 GEG
- **Preisangabenverordnung** (PAngV)
- Unerlaubte Rechtsdienstleistungen, § 3 RDG

Ausgewählte Rechtsbruch-Regelungen (2/2)

- Allgemeine Geschäftsbedingungen (**AGB**), §§ 307 ff. BGB
- Angaben auf **Geschäftsbriefen** und **E-Mails**, § 35a GmbHG, § 80 AktG, 25a GenG, §§ 37a, 125a, 177a HGB
- Fernabsatzverträge, § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. Nr. 2, 3 EGBGB
- **Impressum** im Internet, § 5 Abs. 1 TMG
- Dienstleistungserbringer, § 2 Abs. 1 Nr. 1–6 DL-InfoV

§ 3a UWG i.V.m. HCVO

BGH, 17.5.2018, I ZR 252/16 - Bekömmliches Bier

Würzig & Frisch:

H. -Gold

Das würzig frische Spitzenbier. Bekömmlich, süffig - aber nicht schwer. So richtig nach dem Geschmack der Biertrinkerinnen und Biertrinker in Oberschwaben und im Allgäu.

Dank einer ausgewogenen Mischung bester Gerstenmalze und einer milden Hopfung erreicht H. -Gold eine hohe, stets gleich bleibende Geschmacksqualität.

Der Alkoholgehalt liegt bei 5,1%

Rechtsbruch gem. § 3a UWG?

§ 3a UWG i.V.m. HCVO

BGH, 17.5.2018, I ZR 252/16 - Bekömmliches Bier

„Wird in der Werbung Bier mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent als "bekömmlich" bezeichnet und versteht der angesprochene Verkehr diesen Begriff im konkreten Zusammenhang als "gut oder leicht verdaulich", liegt darin eine **unzulässige gesundheitsbezogene Angabe**.“ (Health-Claims-VO / HCVO)

§ 3a UWG i.V.m. HCVO

BGH, 17.5.2018, I ZR 252/16 - Bekömmliches Bier



Mitbewerber herabsetzen / verunglimpfen

§ 4 Nr. 1 UWG: Unlauter handelt, wer

1. die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft;

Herabsetzung, Verunglimpfung, § 4 Nr. 1 UWG

BGH, 22.4.2002, I ZR 272/99 – Die „Steinzeit“ ist vorbei



- Hersteller von Häusern in Holzrahmen-Bauweise wirbt wie abgebildet
- Herabsetzung von Herstellern in Steinbauweise gem. § 4 Nr. 1 UWG?

Herabsetzung, Verunglimpfung, § 4 Nr. 1 UWG

BGH, 22.4.2002, I ZR 272/99 – Die „Steinzeit“ ist vorbei

„Mit dem von einem Hersteller von Häusern in Holzrahmen-Bauweise verwendeten Werbeslogan DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI! wird die Herstellung von Bauwerken in „Steinbauweise“ **nicht als „antiquiert“, unüblich und unzeitgemäß pauschal herabgewürdigt.** Der verständige Durchschnittsverbraucher wird den Werbesatz vor allem auf Grund des **humorvollen Wortspiels** und des darin enthaltenen **Sprachwitzes** nicht im Sinne einer Sachaussage ernst nehmen.“

Unzumutbare Belästigung

§ 7 UWG: [...] (2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

1. bei Werbung mit einem **Telefonanruf** gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung [...],
2. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder **elektronischer Post**, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, oder [...]

Abmahnung



Rechtlicher Rahmen Abmahnung

- **Definition:** Außergerichtliche Aufforderung, eine begangene oder bevorstehende Rechtsverletzung zu unterlassen und eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung (UVE) abzugeben.
- Bei **Abgabe** der UVE entfällt Wiederholungsgefahr und Konflikt endet.
- Bei **Verweigerung** der Abgabe der UVE Fortführung gerichtliche Verfahren (einstw. Rechtsschutz und/ oder Hauptsache) ohne Kostenrisiko (§ 93 ZPO) möglich.

Chancen und Risiken Abmahnung (1/2)

- **Chancen** für den **Abmahnenden (Anspruchsinhaber / Unterlassungsgläubiger)**:
 - schnelle, rechtssichere und dauerhafte Erledigung des Rechtsstreits
 - Vermeidung der Abmahnende das prozessuale Kostenrisiko des § 93 ZPO
- **Risiken** für den Abmahnenden:
 - Zeitverlust
 - Überraschungseffekte gehen verloren
 - Öffentlichkeitswirkung („Shitstorm“)
 - Gegenmaßnahmen bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung

Chancen und Risiken Abmahnung (2/2)

- **Chancen des Abgemahnten bzw. Abmahn-Empfänger (Unterlassungsschuldner):**
 - Minimierung der zu erstattenden Kosten durch individuell angepasste Reaktion
- **Risiken für den Abgemahnten:**
 - Allg. Einschränkung der (geschäftlichen) Handlungsmöglichkeiten
 - Verwirkung der Vertragsstrafe bei Verstoß
 - Lange Bindungswirkung, ggf. bis zu 30 Jahre Verjährung

Muster

Abmahnung (1/3)

Sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit mussten wir verschiedene wettbewerbsrechtlich relevanten Feststellungen treffen, auf die wir sogleich näher eingehen werden.

Unser Unternehmen hat seinen Sitz unter der oben angegebenen Anschrift und ist von dort aus geschäftlich aktiv. Weitere geschäftliche Aktivitäten erfolgen online. Einzelheiten zu unserer Geschäftstätigkeit können Sie unserer Website unter [URL] entnehmen. Es handelt sich um Aktivitäten, die denen Ihrer Geschäftstätigkeit vergleichbar sind. Zwischen Ihnen und uns besteht somit ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.

[Sachverhaltsdarstellung zu Wettbewerbsverletzungen wegen Rechtsbruchs gem. § 3a UWG einschließlich Sachverhaltsdarstellung zu den Tatbeständen der verletzten Normen / Marktverhaltensreglungen] ...

Muster

Abmahnung (2/3)

... Durch das dargestellte Verhalten verletzen Sie die angegebenen Normen. Bei den verletzten Normen handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 3a UWG, welche auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Indem der Verstoß gegen die Normen geeignet ist, vor allem die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen, wird der Tatbestand des Rechtsbruchs gemäß § 3a UWG erfüllt.

Da schon ein Wettbewerbsverstoß der hier gerügten Art vorgekommen ist, besteht die Gefahr der Wiederholung.

Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 UWG ergibt sich aufgrund des Wettbewerbsverstoßes nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ein Unterlassungsanspruch. Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ergibt sich aus der Mitbewerbereigenschaft, vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmen als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Dies ist vorliegend der Fall.

Ich fordere Sie auf, die Verletzungshandlungen unverzüglich zu unterlassen und eine strafbewehrte

Unterlassungs- / Verpflichtungserklärung

Muster

Abmahnung (3/3)

abzugeben, welche die Wiederholungsgefahr in ausreichender Weise ausschließt (vgl. BGH, GRUR 1996, 2090 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I). Ich habe den Entwurf einer entsprechenden Erklärung beigefügt. Sie können diesen Entwurf verwenden oder jede andere Formulierung verwenden, solange sie den höchstrichterlichen Vorgaben entspricht.

Zur Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung geben ich Ihnen Gelegenheit, die geforderte Erklärungen bis spätestens

[Frist, i.d.R. 3 Tage]

abzugeben. Die Übersendung vorab per Telefax oder E-Mail wahrt die Frist, falls außerdem zeitnah das Original der Unterlassungserklärung bei uns eingeht (vgl. BGH, 08.03.1990, I ZR 116/88, GRUR 1990, 530 – Unterwerfung durch Fernschreiben). Sollte die geforderte Erklärung nicht innerhalb der vorgenannten Frist eingehen, müssen Sie damit rechnen, dass kurzfristig und ohne weitere Nachricht das zuständige Gericht angerufen wird.

Die Geltendmachung weitergehender Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Mit freundlichen Grüßen

Inhalt Abmahnung (1/2)

- Das **beanstandete Verhalten** muss so **konkret** wiedergegeben werden, dass der Abgemahnte unschwer erkennen kann, welches Verhalten als Rechtsverletzung angesehen wird
- Erforderlich ist eine **Deckungsgleichheit** zwischen der Abmahnung und dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung. Abmahnung und Antrag müssen im Kern tatsächlich und rechtlich „identisch“ sein.
- Die **Frist** beträgt in der Praxis häufig etwa **eine knappe Woche**. Längere und kürzere Fristen sind im Einzelfall möglich.

Inhalt Abmahnung (2/2)

- Eine **vorformulierte Unterlassungs- / und Verpflichtungserklärung** kann der Abmahnung beigelegt werden. Zwingend ist dies nicht.
- Es empfiehlt sich, eine **Vollmacht** beizufügen.

Unterlassungs- / Verpflichtungserklärung (UVE)



Rechtlicher Rahmen UVE

- Privatrechtliche Erklärung
- Rechtsfolge: Vermutung der Wiederholungsgefahr entfällt
- keine gerichtliche Klärung mehr erforderlich oder möglich
- Langfristige Bindung an Unterlassungsverpflichtung, i.d.R. 30 Jahre Verjährung („Drum prüfe, wer sich ewig bindet“)
- Bindung i.d.R. auch, wenn Verstoß tatsächlich nicht vorliegt

Inhalt UVE

- Verzicht auf (weitere) Rechtsverletzungen: unbedingte, unbefristete und ernsthafte Erklärung, die Verletzungshandlung künftig zu unterlassen
- Vertragsstrafe bei Verstoß / neuen Rechtsverletzungen
- Die Höhe der Vertragsstrafe muss weitere Verletzungen angemessen unterbinden
 - Fester Betrag
 - „Hamburger Brauch“

Muster

Unterlassungs- / Verpflichtungserklärung

Unterlassungs- / Verpflichtungserklärung

[...] - nachfolgend: Schuldner - verpflichtet sich gegenüber

[...] - nachfolgend: Gläubiger - wie folgt:

I. Der Schuldner unterlässt zukünftig im geschäftlichen Verkehr die Benutzung folgender Zeichen in deren jeweiligen geographischen Geltungsbereich für die geschützten Klassen: [Weitere Ausführungen / Beschränkung auf die konkrete Verletzungshandlung...]

II. Für jeden Fall der zukünftigen schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Unterlassungsverpflichtung zahlt der Schuldner an den Gläubiger eine Vertragsstrafe in Höhe 5.100 EUR.

Ort, Datum, rechtsverbindliche Unterschrift des Schuldners

Muster

Vertragsstrafe nach „Hamburger Brauch“

...

II. Für jeden Fall der zukünftigen schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Unterlassungsverpflichtung zahlt der Schuldner an den Gläubiger eine Vertragsstrafe, deren Höhe in das Ermessen des Gläubigers gestellt ist und welche im Streitfall durch das zuständige Landgericht auf seine Angemessenheit hin überprüft werden kann.

...

Verstoß gegen die UVE

- (erneuter) Unterlassungsanspruch
- Schadensersatz aus Vertrag wegen Nichterfüllung
- Vertragsstrafe

Alternative Reaktionen



Modifizierte Unterlassungserklärung

- Eingeschränkte Unterlassungserklärung
- Reduzierte Vertragsstrafe (die aber nicht zu niedrig sein darf)
- Vertragsstrafe nach „Hamburger Brauch“

Zurückweisung der Abmahnung

- Falls Wettbewerbsverstoß nicht vorliegt muss Abmahnung zurückgewiesen werden
- Auch bei bestehendem Wettbewerbsverstoß kann ggf. Zurückweisung aus taktischen Gründen sinnvoll sein
 - Vermeidung von Vertragsstrafenzahlung an Abmahner
 - Ggf. aber gerichtliches Verfahren mit Mehrkosten, Zahlungen im Verletzungsfall dann aber als Ordnungsgeld an Staatskasse

Gegenabmahnung

- Gegenabmahnung ist ebenfalls eine **Abmahnung**, „**spiegelbildlich**“ zur (Ausgangs-) Abmahnung.
- Ansatz: unberechtigte Abmahnung als solche
- Abmahnender der Ausgangsabmahnung wird zum Abgemahnten und umgekehrt.
- Gegenabmahnung grds. nicht erforderlich, **Kosten** der Gegenabmahnung können **grds. nicht erstattet** verlangt werden (vgl. BGH, 29.04.2004, I ZR 233/01 – Gegenabmahnung).
Ausnahmen a.a.O.

Neue Abmahnung

- Abmahnender wird vom Abgemahnten wegen eines neuen Wettbewerbsverstoßes abgemahnt.
- Ansatz: neuer, eigenständiger Verstoß
- Aufbau einer Verhandlungs-/ Vergleichsposition

Vergleich

- Einvernehmliche Regelung von Streitigkeiten über die Existenz von Unterlassungsansprüchen und deren Umfang durch **individuellen Vertrag**
- streitige Punkte werden möglichst umfassend und abschließend geregelt
- Regelmäßig wird der Streit oder die Ungewissheit der Parteien im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt, so dass es sich bei dem Vertrag um einen **Vergleich i.S.d. § 779 BGB** handelt

Chancen und Risiken Vergleich

- **Vorteil** eines Vergleichs ist der schnelle, relativ kostengünstige und rechtssichere Abschluss der Streitigkeit
- **Nachteil** ist der Verlust einzelner Rechtspositionen

Checklisten





Checkliste Abmahnung erstellen

1. **Ziele definieren**, keine sachfremde Abmahnung (möglicher Rechtsmissbrauch!)
2. **Kosten- / Nutzen-Bewertung**, ggf. Gegner zunächst ohne Abmahnung kontaktieren
3. Eigene **Compliance** prüfen
4. Rechtskonforme **Abmahnung erstellen**
5. **Abmahn-Verfahren** durchführen, ggf. als gerichtliches Verfahren fortführen



Checkliste Abmahnung erhalten

1. **Ruhe bewahren**, keine unüberlegten Unterschriften leisten / Erklärungen abgeben („Der Wahn ist kurz, die Reu ist lang.“)
2. **Fristen** notieren und beachten
3. Behauptete **Verstöße prüfen** und ggf. unverzüglich und vollständig abstellen
4. Informationen über **Abmahnenden** einholen, ev. dortige Verstöße prüfen
5. **Verteidigungsstrategie** entwickeln und fristgerecht umsetzen

Vielen Dank!



böhm anwaltskanzlei.

Am Borsigturm 11
D 13507 Berlin

+49 30 39885386-0
mail@boehmkanz.de
boehmanwaltskanzlei.de