

■ Dr. Andreas Ottofülling, Rechtsanwalt, München

Wettbewerbsverstöße und mögliche Folgen

Wie vermeide ich eine Vertragsstrafe?



Dr. Andreas Ottofülling ist als Anwalt seit mehr als 20 Jahren im Bereich des Wettbewerbsrechts tätig. Er ist Leiter Süd der Wettbewerbszentrale (Büro München und Stuttgart) und betreut u.a. den Bereich des Sachverständigen- und Prüfingenieurwesens. Er ist Dozent an der Bayerischen Akademie für Werbung und Marketing in München sowie Mitautor beim Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht.

Die weit überwiegende Anzahl wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen werden nicht vor den Gerichten verhandelt, sondern außergerichtlich beigelegt. Das gilt auch für viele Fälle aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes. Genaue Zahlen existieren nicht, weil viele solcher Auseinandersetzungen nicht publik werden. Schätzungen gehen aber von mehr als 80 % der Fälle aus. Da macht es keinen Unterschied, ob die Ansprüche von Mitbewerbern oder aktivlegitimierten Verbänden geltend gemacht werden. Im Bereich des Lauterkeitsrechts sind in erster Linie Fälle gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und die einschlägigen „Nebengesetze“ von Bedeutung. Bei den letzteren handelt es sich um solche Regelungen, die sogenannte marktverhaltensregelnde Normen betreffen und auf Grundlage des § 4 Nr. 11 UWG a.F. (§ 3a UWG) einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gewähren.

Gerichtliche Auseinandersetzungen

Nur wenige Wettbewerbsverletzer streben eine gerichtliche Klärung an, weil sie in jedem Fall vermeiden wollen, eine Vertragsstrafe an den Unterlassungsgläubiger im Falle der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsversprechen zu zahlen.

Diejenigen jedoch, die ein gerichtliches Verbot bevorzugen, sehen sich einer Ordnungsmittelandrohung (Ordnungsgeld bis 250.000 € oder Ordnungshaft bis sechs Monate) ausgesetzt, wobei die Gerichte im Falle eines erstmaligen Verstoßes gegen das gerichtliche Verbot in der Regel ein Ordnungsgeld¹ verhängen. Eine gerichtliche Auseinandersetzung wird von vielen Wettbewerbsverletzern deswegen gemieden, weil wesentlich höhere Kosten bei der gerichtlichen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen anfallen. Das hat zum anderen seinen Grund darin, dass die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche deutlich zeit- und arbeitsintensiver ist und nicht selten auch noch mit einem Erscheinen vor Gericht verbunden ist. Und schließlich muss noch berücksichtigt werden, dass die Höhe der Ordnungsgelder auch nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingeschätzt werden kann. Die Mär, dass in jedem Fall ein Ordnungsgeld geringer sei als eine Vertragsstrafe, hält sich wacker. Doch so mancher Beklagte wurde nach Verhängung eines Ordnungsgeldes eines „Besseren“ – man müsste wohl sagen eines „Schlechteren“ – belehrt. Zunehmend erkennen nämlich auch die Gerichte die wirtschaftliche Bedeutung unlauterer Werbemaßnahmen und üben sich bei der Verhängung von Ordnungsgeldern nicht immer in vornehmer Zurückhaltung. Neben dem Ordnungsgeld hat der Unterlassungsschuldner in solchen Fällen auch noch die Gerichts- und Anwaltskosten zu zahlen. Der einzige Trost scheint der zu sein, nicht an den Unterlassungsgläubiger eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen.

¹ Das gerichtliche Verbot lautet bspw.: „... bei Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ...“.

Auseinandersetzungen zwischen den Parteien

Die außergerichtliche Konfliktbeilegung ist in der Regel der schnellere und kostengünstigere Weg einer Streitbeilegung in Wettbewerbssachen. Das sollte auch der anwaltliche Vertreter bei der Abwägung der Risiken und der Kosten, die seinem Mandanten entstehen, nicht aus den Augen verlieren. Eine solche Regelung muss nicht nachteilig für den Mandanten sein, wenn er zukünftig gegen die Unterlassungserklärung verstoßen sollte. Hier gilt es, einige Regeln zu beachten, um solche Risiken zu vermeiden. Wenn die von dem Unterlassungsgläubiger geforderte Vertragsstrafe in der Höhe² akzeptabel ist, empfiehlt es sich, den Betrag zu akzeptieren. Ist der Vertragsstrafenbetrag allerdings übersetzt, kann mit dem Gläubiger, respektive dessen anwaltlichem Vertreter, über die Höhe des Betrags verhandelt werden. In keinem Fall sollte ein zu niedrig bemessener Betrag versprochen werden, denn dies birgt die Gefahr, dass eine solche Unterlassungserklärung nicht geeignet ist, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen mit der Folge, dass der Unterlassungsgläubiger ohne weitere Korrespondenz den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellen und/oder eine Hauptsacheklage erheben kann.

Welche Vertragsstrafenvereinbarung ist sinnvoll?

Für den Fall, dass die Parteien keine Einigung über die Höhe der zu versprechenden Vertragsstrafe erzielen, kann immer

² Die Beträge bewegen sich bei Verbänden zwischen 3.000 € und 15.000 € und bei Mitbewerbern zum Teil deutlich über den vorgenannten Beträgen je nach Größe der Unternehmen, Art und Verbreitung der Werbung sowie einzelfallbezogenen weiteren Parametern.

noch eine Vertragsstrafe mit einem Vertragsstrafeversprechen nach sogenanntem neuem *Hamburger Brauch*³ vereinbart werden. Hierbei handelt es sich um eine relative Vertragsstrafe, die in der Weise versprochen wird, dass es dem Gläubiger überlassen wird, innerhalb eines versprochenen Vertragsstrafenrahmens die für die konkrete Zuwiderhandlung angemessene Vertragsstrafe nach billigem Ermessen zu bestimmen (§ 315 Abs. 1 BGB) und die im Streitfall vom – je nach Streitwert – zuständigen Gericht zu überprüfen ist (§ 315 Abs. 3 BGB). Anerkannt ist, dass bei einem solchen Vertragsstrafeversprechen die Wiederholungsgefahr entfällt, mithin der Unterlassungsgläubiger seinen Anspruch nicht mehr erfolgreich vor Gericht durchsetzen kann.

Bei der Formulierung eines solchen Vertragsstrafeversprechens sollte darauf geachtet werden, dass das Bestimmungsrecht nicht dem staatlichen Gericht überlassen wird,⁴ denn das ist nicht zulässig.

Wenn eine Obergrenze anstelle eines fest versprochenen Betrags in das Vertragsstrafeversprechen aufgenommen wird, dann sollte diese im Regelfall die angemessene Vertragsstrafe um das Doppelte übersteigen.⁵ Denn der Gläubiger muss auch schwerwiegenden Verstößen des Schuldners in angemessener Weise mit einer entsprechend höheren Vertragsstrafe begegnen können.⁶

Was passiert bei einem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung?

Um zukünftige Verstöße gegen die Unterlassungserklärung zu vermeiden, muss der Unterlassungsschuldner das in seiner Macht Stehende tun, dass es nicht zu einem neuerlichen Verstoß kommt. Dazu gehört selbstredend, dass

die beanstandete **Werbemaßnahme nicht erneut veröffentlicht** wird. So sollten bspw. Vorlagen von Werbeanzeigen (und zwar sowohl in körperlicher als auch elektronischer Form) vernichtet werden, um eine neuerliche Veröffentlichung schon faktisch zu unterbinden.

Ebenso dürfen aber auch Visitenkarten und Briefbögen, Prospekte oder Kataloge nicht weiter verwendet werden, wenn die beanstandete Werbeaussage auch dort vorhanden ist. Das gilt gleichsam auch für Verpackungsmaterialien oder Etiketten usw.

Wichtig ist in solchen Fällen, eine **Aufbrauch- und/oder Umstellungsfrist**⁷ zu vereinbaren, wenn z.B. die letztgenannten Artikel nicht schon mit geänderten Aufdrucken vorhanden sind, sondern erst noch beschafft werden müssen. Andernfalls müsste die Produktion für einen bestimmten Zeitraum eingestellt werden oder der Unterlassungsgläubiger verstößt permanent gegen die Unterlassungserklärung oder auch das gerichtliche Verbot.

In der Praxis wird immer wieder übersehen, dass der Schuldner auch **aktiv in bestehende Werbemaßnahmen eingreifen** muss, wenn keine Umstellungsfristen vereinbart wurden, so z.B. bei Radio- und TV-Spots, aber auch bei jeglicher Internetwerbung, ob auf der eigenen Homepage, auf sozialen Plattformen oder anderweit. Hier muss der Unterlassungsschuldner – angeleitet durch seinen anwaltlichen Vertreter – aktiv werden, andernfalls er eine Vertragsstrafe oder ein Ordnungsgeld riskiert. Die Aussendung der Spots bspw. muss sofort mit Zustandekommen des Unterlassungsvertrags oder Zustellung des Beschlusses im einstweiligen Verfügungsverfahren eingestellt werden.

Dem Schuldner obliegen insoweit auch konkrete **Nachforschungs- und Handlungspflichten**, und zwar in doppelter Hinsicht. Zum einen muss er eruieren, ob die streitgegenständliche Werbung noch im **Internet** vorhanden ist. Zum anderen hat er die Pflicht, zu kontrollieren, ob die von ihm in Auftrag gegebene Änderung, bspw. des **Telefonbucheintrags**, auch von dem Telefonbuchverlag richtig umgesetzt wur-

de.⁸ Das gilt auch im Zusammenhang mit der Verwendung einer irreführenden Geschäftsbezeichnung. Auch hier muss der Schuldner im Internet in den gängigen Portalen kontrollieren, ob die Bezeichnung noch verwendet wird. Selbst, wenn er keinen eigenen Insertionsauftrag erteilt hat, trifft ihn die **Kontroll- und Löschungspflicht**.⁹

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.11.2013 – I ZR 77/12 –¹⁰ ist eine Pflichtlektüre für jeden Wettbewerbsrechtler oder anwaltlichen Vertreter, der Unterlassungsschuldner in außer- und gerichtlichen Verfahren vertritt. In diesem Fall hatte ein Verband einen Makler wegen einer unzulässigen Firmierung abgemahnt. Der Abgemahnte hatte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Die streitgegenständliche Firmierung war aber nach Abgabe der Erklärung weiterhin in zahlreichen Onlineportalen wie „gelbeseiten.de“, „11880.com“, „stadtbranchen-buch.com“ etc. sowie im Kartendienst von „Google Maps“ aufgeführt.

Der Bundesgerichtshof hat in aller Deutlichkeit judiziert:

„Der Schuldner eines Unterlassungsanspruchs muss nicht nur alles unterlassen, was zu einer Verletzung führen kann, sondern auch alles tun, was im konkreten Fall erforderlich und zumutbar ist, um künftige oder andauernde Verletzungen zu verhindern oder rückgängig zu machen ...

Zwar hat er für das selbstständige Handeln Dritter grundsätzlich nicht einzustehen. Er ist jedoch gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekommt, einzuwirken, wenn er mit einem Verstoß ernstlich rechnen muss und zudem rechtliche und tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verhalten der Dritten hat. Insoweit kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, dass der Verstoß ohne sein Zutun erfolgt ist. Außerdem wird, wenn

3 Zu den Einzelheiten vgl. Münchner Kommentar UWG/Ottotfülling, § 12 Rn. 272 mit zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen sowie Gestaltungsmöglichkeiten.

4 BGH, GRUR 1978, 192, 193 – Hamburger Brauch; OLG Köln, WRP 1982, 437 (Ls.) für den Fall, dass bei einem Vertragsstrafeversprechen „bis zu ...“ die Bestimmung der Strafhöhe im Einzelfall dem Gericht überlassen bleibt.

5 BGH, GRUR 1985, 937, 938 – Vertragsstrafe bis zu ... II.

6 BGH, GRUR 1985, 155, 157 – Vertragsstrafe bis zu ... I.

7 Münchner Kommentar UWG/Ottotfülling, § 12 Rn. 230 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

8 AG Jena, Urteil vom 2.4.2014 – 26 C 486/13; Leitsätze der Wettbewerbszentrale, abgedruckt in WRP 2014, 894: „Der Schuldner einer Unterlassungserklärung ist verpflichtet[,] von ihm beauftragte Einträge in Telefonbücher auf die Einhaltung der Unterlassungserklärung zu kontrollieren. Er kann sich nicht darauf verlassen, dass sein Eintragungsauftrag wie vereinbart ausgeführt wird.“

9 LG Kaiserslautern, WRP 2014, 1246 (nicht rechtskräftig).

10 BGH, GRUR 2014, 595.

eine Zuwiderhandlung vorliegt, das Verschulden des Schuldners vermutet ..." (Rn. 26)

„... Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann sie [die Beklagte] sich nicht mit Erfolg darauf berufen, die Einträge in den Branchenverzeichnissen nicht veranlasst zu haben. Zwar sind die Herausgeber ... keine Erfüllungsgehilfen der Beklagten ... Im Streitfall ergibt sich die Haftung der Beklagten jedoch aus deren eigenem schuldhaften Verhalten. Die vom Kläger beanstandeten Eintragungen beruhen auf der rechtsverletzenden Firmierung der Beklagten. Diese musste damit rechnen, dass Branchendienste ihr Unternehmen unter dieser Firma in im Internet verfügbare Verzeichnisse aufnehmen ... Dementsprechend war sich aufgrund der von ihr übernommenen Unterlassungsverpflichtung gehalten, unverzüglich eigenen Re-

cherchen über die weitere Verwendung der ihr untersagten Firmierung durchzuführen und jedenfalls die Betreiber der gängigsten Dienste wie gelbeseiten.de, Google Maps und 11880.com zu veranlassen, diese Firmierung aus ihren Verzeichnissen zu entfernen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedurfte es daher zur Begründung dieser Handlungspflicht keines Hinweises des Klägers.“ (Rn. 29)

Praxistipp

Vor Abgabe einer Unterlassungserklärung – aber auch nach Zustellung eines gerichtlichen Beschlusses oder Urteils – empfiehlt es sich dringend, noch laufende Werbemaßnahmen oder anderweit beanstandete Aussagen, Zeichnungen, Firmierungen, Logos,

Siegel usw. zu ändern, die den Verbotstenor betreffen und dieselben in keinem Fall erneut zu veröffentlichen. Außerdem muss geprüft werden, ob Umstellungs- oder Aufbrauchfristen notwendig sind, um die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nicht zu gefährden. Verhandlungen mit dem Unterlassungsgläubiger sind in solchen Fällen unverzichtbar; dies selbst nach Zustellung eines Beschlusses in einem Verfügungsverfahren.

Gründlich kontrollieren muss man zudem, ob die streitgegenständliche Werbung, Firmierung, Aussage o.Ä. noch im Internet auf Plattformen verfügbar ist. Wenn ja, sollte umgehend eine Löschung beantragt oder – soweit möglich – selbst vorgenommen werden.

Themenportale Home Anmelden Suchbegriff eingeben

Nutzen Sie unsere Bücher auch als E-Books!




Jetzt ausprobieren: → shop.bundesanzeiger-verlag.de

Einfach Thema auswählen und den Reiter „E-Book“ anklicken!