

Thomas Seifried

Mit
ausführlich
erläuterter
Muster-
unterlassungs-
erklärung

Abgemahnt? Die Erste-Hilfe-Taschenfibel

**Über den rechtlichen Umgang mit Abmahnungen
im Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Domainrecht,
Geschmackmusterrecht, Patentrecht und Urheberrecht**

Abgemahnt - Die Erste -Hilfe-Taschenfibel

Über den rechtlichen Umgang mit Abmahnungen im Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Domainrecht, Geschmacksmusterrecht, Patentrecht und Urheberrecht

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort	4
2	Was ist eine Abmahnung?	5
3	Zweck einer Abmahnung	5
3.1	Keine Prozessvoraussetzung	5
3.2	Aber Prozessvermeidung	5
3.3	Sofortiges Anerkenntnis vermeiden	5
4	Wer darf abmahnen? Die Aktivlegitimation	6
5	Wer kann abgemahnt werden? Die Passivlegitimation	7
5.1	Der Täter	7
5.2	Der Verletzer von Verkehrspflichten	8
5.3	Der Störer	8
5.4	Haftung für fremde Handlungen	8
6	Form einer Abmahnung	9
7	Aufbau einer Abmahnung Siehe Musterabmahnung in der Anlage	9
7.1	Sachverhaltsdarstellung	8
7.2	Rechtliche Würdigung	8
7.3	Fristsetzung	9
7.4	Die Anlage: Vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung	10
7.4.1	Unterlassungsverpflichtung	10
7.4.2	Die Vertragsstrafeverpflichtung	13
7.4.3	Auskunft, Rechnungslegung	13
7.4.4	Schadensersatzfeststellung	14
7.4.5	Bereicherungsanspruch	15
7.4.6	Abmahnkosten: Welche Gebühren müssen erstattet werden?	15
7.5	Vollmacht	17
8	Abgrenzung zu Berechtigungsanfrage/Schutzrechtshinweis	18

9	Rechtsmissbrauch - nur schwer zu beweisen	18
10	Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung - die Folgen	19
10.1	Unveränderte Abgabe	19
10.2	Abänderung der Unterlassungserklärung	20
10.3	Kaum bekannt: Die Drittwirkung	19
11	„Dauer“ der Unterlassungserklärung	20
12	Beendigung des Unterlassungsvertrags	21
13	Strategien bei unberechtigter Abmahnung	21
13.1	Ignorieren der Abmahnung	21
13.2	Schutzschrift	22
13.3	Negative Schutzschrift	22
13.4	Gegenabmahnung	22
14	Strategien bei berechtigter Abmahnung	22
15	Was geschieht bei einem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung?	23
16	Anlage: Unterlassungserklärung mit Erläuterungen im Wettbewerbsrecht	23

1. Vorwort

Dieses Ebook richtet sich an den Adressaten einer Abmahnung. Geschrieben für die Praxis aus der Sicht eines erfahrenen Praktikers im gewerblichen Rechtsschutz soll es dem Abgemahnten helfen. Auf juristische Akrobatik wird ebenso verzichtet wie auf das Zitieren von Paragraphen. Behandelt werden Abmahnungen wegen Verletzung von gewerblichen Schutzrechten (Marken und sonstige Kennzeichen, Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster), Verletzungen von urheberrechtlichen Nutzungsrechten und Abmahnungen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht.

Der Erhalt einer Abmahnung ist zunächst einmal unerfreulich. Schnell werden dem Abmahnenden selbst unlautere Motive, unterstellt, etwa eine Missbrauchsabsicht. Manchmal wird der Ernst der Lage unterschätzt. Aussitzen lässt sich eine Abmahnung in den wenigsten Fällen. Die Kosten eines verlorenen Prozesses im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sind hoch.

Dieses Buch beantwortet die für den Abgemahnten wichtigsten Fragen: Was ist eine Abmahnung? Warum werde ich abgemahnt? Ist die Abmahnung berechtigt oder vielleicht rechtsmissbräuchlich? Soll ich eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben? Kann ich die Unterlassungserklärung abändern? Muss ich die Rechtsanwaltsgebühren bezahlen und wenn ja, in welcher Höhe? Was passiert bei einem Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung? Muss ich auf eine unberechtigte Abmahnung reagieren? Zahlt meine Rechtsschutzversicherung? Kann ich mich wehren?

Das Buch orientiert sich ausschließlich an der neueren obergerichtlichen oder höchstrichterlichen Rechtsprechung. Nur diese ist für die Praxis relevant. Meinungen von Rechtslehrern oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung widersprechenden Urteilen unterinstanzlicher Gerichte sind nicht berücksichtigt, mögen diese dogmatisch auch zutreffender sein.

Der Anhang enthält eine Musterabmahnung im Wettbewerbsrecht. Die einzelnen Bestandteile einer Abmahnung sind dort farblich gekennzeichnet. Die Farben entsprechen den Farben im folgenden Text.

Noch eines zum Schluss: Es geht um Recht. Hier gibt es nur selten schwarz oder weiß, richtig oder falsch. Unterschiedliche Richter sprechen in unterschiedlichen Fällen unterschiedlich Recht. Die Gerichte betonen immer die „Umstände des Einzelfalls“. Bei der Beurteilung einer vorprozessualen Situation wie sie eine Abmahnung schafft, geht es immer auch um die Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten. Es geht letztlich um die Frage: Wie wird der Gegner reagieren? Um das zu beantworten spielen Faktoren eine Rolle wie dessen finanzielle Leistungsfähigkeit, seine Situation auf dem Markt, das Interesse seiner Lizenzgeber ebenso wie die Fähigkeiten und Hartnäckigkeit seiner Rechtsanwälte und nicht zuletzt eben auch die Rechtslage. Zumindest was den letzten Faktor angeht, soll dieser Leitfaden eine erste Hilfe sein. Dass schließlich auch derjenige, der selbst eine Abmahnung verfassen möchte, in diesem Ebook den einen oder anderen wertvollen Hinweis finden kann, folgt aus der Natur der Sache. Dies auszuschließen ist ausdrücklich nicht Absicht dieses Ebooks.

2 Was ist eine Abmahnung?

Als „Abmahnung“ bezeichnet man im Immaterialgüterrecht und im Wettbewerbsrecht die Aufforderung, eine bestimmte vermeintlich rechtsverletzende Handlung künftig zu unterlassen. Immaterialgüterrechte sind eingetragene und nicht eingetragene (d.h. Benutzungs-) Marken und sonstige (nicht eingetragene) Kennzeichen, Patente, Gebrauchsmuster, eingetragene und nicht eingetragene Geschmacksmuster und urheberrechtliche Nutzungsrechte.

Für künftige Verstöße wird in der Abmahnung eine Vertragsstrafe verlangt. Daneben fordert der Abmahner oft auch noch Auskunft, Verpflichtung zum Schadensersatz und Übernahme der Rechtsanwaltskosten.

Von der Abmahnung zu unterscheiden ist die sogenannte „Berechtigungsanfrage“ oder der „Schutzrechtshinweis“. Diese sind lediglich Anfragen an einen potenziellen Rechtsverletzer, wieso er sich zu einer bestimmten, möglicherweise rechtsverletzenden Handlung, berechtigt fühlt. Berechtigungsanfrage oder Schutzrechtshinweis haben einen grundsätzlich anderen Zweck und lösen andere Rechtsfolgen aus, als eine Abmahnung. Näheres hierzu unten unter > 8. Abgrenzung zu Berechtigungsanfrage/Schutzrechtshinweis.

3 Zweck einer Abmahnung

3.1 Keine Prozessvoraussetzung

Eines vorweg: Eine Abmahnung ist keine notwendige Voraussetzung für einen Rechtsstreit. Wer in

Rechten beispielsweise aus einer Marke, einem Patent oder wettbewerbsrechtlich verletzt wird, kann ohne weiteres ohne vorherige Abmahnung sofort gerichtliche Schritte einleiten. Der Verletzte kann also sofort klagen oder den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen. In besonders dringenden Fällen, etwa in Messeangelegenheiten oder wenn der Verletzer nicht unnötig gewarnt werden soll, empfiehlt sich dies auch. Wer ohne vorher abgemahnt zu haben eine einstweilige Verfügung erwirkt (sog. „Schubladenverfügung“ oder „Pearl Harbour“), kann allerdings nicht hinterher Ersatz der Abmahnkosten verlangen. Wer erst nach Erlass der einstweiligen Verfügung aber vor Zustellung der einstweiligen Verfügung den Gegner abmahnt (OLG München GRUR-RR 2006, 176 - Schubladenverfügung), bleibt auf den Abmahnkosten sitzen.

3.2 Aber Prozessvermeidung

Hauptzweck einer Abmahnung ist die Vermeidung eines Rechtsstreits. Rechtsstreitigkeiten im gewerblichen Rechtsschutz, also im Wettbewerbsrecht, (Domain-)Kennzeichenrecht, Markenrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, Geschmacksmusterrecht sind ausgesprochen teuer. Ähnliches gilt im Urheberrecht. Wenn sich der Abgemahnte der Abmahnung „unterwirft“, also eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgibt, kann die Sache vergleichsweise kostengünstig erledigt werden.

3.3 Sofortiges Anerkenntnis vermeiden

Ein weiterer Grund für eine Abmahnung liegt im Zivilprozessrecht. Er heißt „sofortige Anerkenntnis“: Wem eine Klage zugestellt wurde, ohne dass er vorher Gelegenheit hatte, das von ihm Verlangte zu tun oder zu erklären, das zu unterlassen, was ihm

gerichtlich verboten werden soll, kann die Klage sofort anerkennen. Er wird dann zwar antragsgemäß verurteilt, muss aber keine Prozesskosten bezahlen. Abweichend vom Grundsatz, dass der einen Prozess bezahlt, der ihn verliert, muss also hier der Gewinner des Prozesses die Prozesskosten bezahlen. Das möchte man gerne vermeiden.

4 Wer darf abmahnen - Die Aktivlegitimation

Wer abmahnt muss dazu befugt sein. Dies ist die sog. „Aktivlegitimation“: Aktivlegitimiert ist im Grundsatz nur, wer in eigenen Rechten verletzt wird und seine Rechtsverletzung auch geltend machen darf. Das sind jedenfalls die Inhaber von originären oder abgeleiteten Rechten: „Popularklagen“, also die Wahrnehmung fremder Interessen in eigenem Namen, sind im deutschen Zivilrecht sehr selten. Oft ist es der Inhaber des Immaterialgüterrechts selbst, der abmahnt. Wer Inhaber einer Marke, eines Patents oder eines Geschmacksmusters ist, ist ohne weiteres aktivlegitimiert.

Das Gleiche gilt nach der Rechtsprechung aber auch für den Inhaber eines ausschließlichen („exklusiven“) Nutzungsrechts („Lizenz“) an einem Patent oder Gebrauchsmuster, einem Geschmacksmuster oder einem urheberrechtlichem Nutzungsrecht. „Ausschließlich“ heißt dabei: Unter Ausschluss auch des Rechteinhabers, also beispielsweise des Geschmacksmusterinhabers oder des Urhebers. Wer als Lizenznehmer einer Marke oder als Inhaber einer nur einfachen Lizenz an sonstigen Rechten Ansprüche geltend machen will, braucht immer die Ermächtigung des Rechteinhabers.

TIPP: Wer also in einer Abmahnung behauptet, er sei Lizenznehmer einer Marke oder lediglich einfacher Lizenznehmer eines sonstigen Rechts, sollte dem Abmahnenden vor Abgabe der strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung erklären, dass er sich unterwerfe, sobald die Zustimmung des Rechteinhabers nachgewiesen werde.

Ausnahmen von dem Grundsatz, dass nur Inhaber von eigenen Rechten abmahnen können, sind im Wettbewerbsrecht und in dem im Markengesetz geregelten Recht der geografischen Herkunftsangaben die Wirtschafts- oder Verbraucherverbände. Diese dürfen aber nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen, nicht aber auch die Folgeansprüche, also den Schadensersatzvorbereitenden Auskunfts- oder den Schadensersatzanspruch.

Verbände müssen, um abmahnbefugt zu sein, rechtsfähig sein (z.B. als eingetragener Verein „e.V.“). Sie müssen nach der Satzung oder einem Gesetz die gewerblichen oder freiberuflichen Interessen Ihrer Mitglieder verfolgen dürfen. Die Ermächtigung, die Interessen ihrer Mitglieder auch selbst verfolgen zu dürfen, muss also ausdrücklich in der Vereinssatzung oder in einem Gesetz stehen.

TIPP: Vereinssatzungen sind für jeden beim gemeinsamen Registerportal der Länder unter <http://www.handelsregister.de> gegen eine geringe Gebühr einsehbar.

In der Praxis recht häufig mahnen z.B. Rechtsanwaltskammern zulässigerweise Unternehmen ab, die gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz verstoßen.

Der Verband muss auch - zumindest mittelbar - eine erhebliche Zahl an Mitgliedern haben, die zumin-

dest ähnliche Produkte vertreiben. Ein Verband, der nur wenige Mitglieder hat, die aber ihrerseits selbst als Verbände eine erhebliche Mitgliederzahl haben, wäre abmahnbefugt. Man will so verhindern, dass sich einige wenige zu einem Abmahnverein zusammenschließen können, nur um anschließend recht einfach Abmahngebühren zu generieren. Der Verband muss außerdem personell und finanziell die Interessen seiner Mitglieder verfolgen können. Er muss also ein gewisses Vermögen, eine Geschäftsstelle und geeignetes Personal haben.

Abmahnbefugt sind auch Verbraucherverbände die entweder beim Bundesverwaltungsamt oder bei der europäischen Kommission in eine Liste „qualifizierter Einrichtungen“ eingetragen sind. Abmahnbefugt sind schließlich auch die Industrie- und Handwerkskammern und die Handwerkskammern.

Verbände dürfen für eine Abmahnung nur eine vergleichsweise geringe Kostenpauschale erheben, die weit unter den üblichen Rechtsanwaltsgebühren liegen. Die Wettbewerbszentrale in Bad Homburg berechnet beispielsweise derzeit für eine Abmahnung eine Gebühr in Höhe von € 195,00 zzgl. 7 % MwSt.

Immer wieder tauchen als Abmahner vermeintliche Vereine oder Verbände auf, die vorgeben, Verbands- oder Verbraucherinteressen zu vertreten. Diese Vereine haben oft nicht die nach der Rechtsprechung erforderliche finanzielle oder personelle Verbandsausstattung.

Bsp: Bei einem alteingesessenem Wettbewerbsverband wird zwar widerleglich vermutet, dass er ab-

mahnbefugt ist (OLG Hamm, BeckRS 2006, 14607). Ein Verband, der aber beispielsweise schon bei der Gründung weder einen Geschäftsführer noch eine Geschäftsstelle hat und seine gesamte Tätigkeit einer Rechtsanwaltskanzlei übertragen hat, fehlt es in der Regel an der notwendigen Verbandsausstattung (BGH GRUR 1994, 831 - Verbandsausstattung II). Der Verband muss vielmehr selbst eine eigene Geschäftstätigkeit entwickeln, etwa den Markt überwachen und gegebenenfalls auch fachlich in der Lage sein, selbst abzumahnern (BGH GRUR 1991, 684 - Verbandsausstattung). Dass der Verband durch Rechtsanwälte abmahnen und Prozesse führen lässt, ist für sich allein aber noch kein Indiz gegen eine Verbandsausstattung; ebenso wenig, dass die Abmahngebühren und die Vertragsstrafeinnahmen einen Großteil der Einnahmen ausmachen (OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 06843).

5 Wer kann abgemahnt werden? Die Passivlegitimation

5.1. Der Täter/Verletzer

a. Abgemahnt werden darf grundsätzlich jeder, der selbst fremde Rechte verletzt oder gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstößt. Dies ist der sog. „Passivlegitimation“. Passivlegitimiert sind der „Verletzer“ oder „Täter“ einer Rechtsverletzung. Im Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht kann auch derjenige Täter sein, wer für ein fremdes Unternehmen handelt. Dieses muss nicht notwendigerweise auch Wettbewerber des Abmahnenden sein.

Bsp: Eine Illustrierte, die im redaktionellen Teil für eine Salbe in einer „In und Out“-Rubrik anpreist,

fördert den Absatz des Salbenherstellers. Sie handelt wegen getarnter Werbung selbst wettbewerbswidrig, auch wenn sie nicht Wettbewerberin des Salbenherstellers ist (OLG München NJW-RR 2001, 1549).

5.2 Verletzer von Verkehrspflichten

Täter einer Rechtsverletzung ist aber auch, wer wettbewerbliche oder immaterialgüterrechtliche Verkehrspflichten verletzt (BGH GRUR 2009, 597 - Halzband; BGH GRUR 2007, 890 - Jugendgefährdende Schriften bei eBay). Es kann sich bei solchen Verkehrspflichten um Sorgfaltspflichten oder Prüfpflichten handeln. Zugangsdaten für ein eBaykonto, über das markenverletzende Ware angeboten wird, nicht geheim zu halten, kann dabei schon ausreichen.

Bsp.: Als Täter haftet beispielsweise der Inhaber eines eBay-Kontos für Markenverletzungen seiner Ehefrau, die diese über dessen Konto begeht, wenn er die Zugangsdaten nicht ausreichend schützt (BGH GRUR 2009, 597 - Halzband).

5.3 Der Störer

Unter Umständen haftet auch als sog. „Störer“, wer an einer Rechtsverletzung eines anderen bloß teilgenommen hat und zumutbare Prüfpflichten verletzt hat. Diese „Störerhaftung“ hat aber durch die Urteile des BGH zur Täterhaftung wegen Verletzung von Verkehrspflichten (s.o.) praktisch an Bedeutung verloren.

Bsp.: Als Störer haftet in der Regel nach der Rechtsprechung auch der Geschäftsführer einer GmbH persönlich.

Anders als der Verletzer von Verkehrspflichten haftet der Störer aber nur auf Unterlassung!

5.4 Haftung für fremde Handlungen

Eine Haftung ist auch für fremde Handlungen möglich. Im Wettbewerbsrecht beispielsweise haftet der Betriebsinhaber auch für Handlungen seiner Mitarbeiter und Beauftragten. „Beauftragter“ kann sein, wer dem Betrieb nutzt und auf den der Betriebsinhaber Einfluss ausüben kann (BGH GRUR 2005, 864 - Meißner Dekor II).

6 Form einer Abmahnung

Eine Abmahnung braucht keine besondere Form. Sie kann schriftlich, per Telefax, Email oder auch mündlich, etwa telefonisch, ausgesprochen werden. Eine mündliche Abmahnung ist, vor allem auch was den notwendigen Inhalt betrifft, meist kaum zu beweisen. Daher wird praktisch fast ausschließlich schriftlich abgemahnt.

7 Aufbau einer Abmahnung

Eine Abmahnung hat typischerweise den folgenden Aufbau:

7.1 Sachverhaltsdarstellung

In der Sachverhaltsdarstellung muss die vorgeworfene Rechtsverletzung genau beschrieben werden. Wem also beispielsweise ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgeworfen wird, dem muss genau beschrieben werden, durch welche Handlung er gegen das UWG verstoßen hat.

7.2 Rechtliche Würdigung

Eine rechtliche Würdigung des Sachverhalts ist üblich aber kein notwendiger Bestandteil einer Abmahnung. Üblich ist es, etwa den Sachverhalt als Markenrechtsverletzung oder Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht zu beschreiben. Gewöhnlich werden auch die entsprechenden Paragraphen zitiert, aus denen sich die jeweiligen Ansprüche gegen den Abgemahnten (Unterlassung, Auskunft, Schadensersatz, evtl. ungerechtfertigte Bereicherung oder Vernichtung, Gebührenerstattung) ergeben (z.B. §§ 14, 15 MarkenG, 3 ff., 12 Abs. 1 S. 2 UWG, 242 BGB, 97 Abs. 1 S. 1 UrhG).

7.3 Fristsetzung

Die Fristen bis zum Eingang der strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung werden üblicherweise knapp bemessen. Damit soll zum einen Druck auf den Verletzer ausgeübt werden. Zum anderen muss besonders im Wettbewerbsrecht

die „Dringlichkeit“ für den Erlass einer einstweiligen Verfügung im Auge behalten werden: Wer nach Kenntnis einer Rechtsverletzung mehr als vier Wochen abwartet, bis er eine einstweilige Verfügung beantragt, dem droht allein deshalb die Zurückweisung des Verfügungsantrags. Diese Dringlichkeitsfrist variiert zwischen den Oberlandesgerichtsbezirken. Grob gesagt gibt es ein Nord-Süd-Gefälle: Oberlandesgerichte im Süden halten u.U. ein längeres Warten als vier Wochen schon für dringlichkeits-schädlich. Beim Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg schaden hingegen u.U. auch drei Monate nicht.

Im Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht werden üblicherweise fünf bis sieben Tage gewährt. Bei Markenrechtsverletzungen sind sieben Tage bis zwei Wochen üblich. Eine zu kurz bemessene Frist ist für den Abmahner an sich ungefährlich. Denn eine zu kurz bemessene Frist setzt eine angemessene Frist in Lauf. Wer allerdings nach einer zu kurz bemessenen Frist schon gerichtliche Maßnahmen beantragt, dem droht der Verlust des Prozesses, wenn der Abgemahnte sich nach Ablauf der zu kurzen, aber innerhalb einer angemessenen Frist unterwirft. Was angemessen ist bestimmen die „Umstände des Einzelfalls“. Sieben Tage sind im Wettbewerbsrecht und Markenrecht meistens nicht zu wenig. Im Geschmacksmusterrecht dürften oft zwei Wochen angemessen sein. Im Patentrecht werden auch Fristen bis zu vier Wochen gewährt. Hier braucht der Abgemahnte oft länger, um den Vorwurf der Rechtsverletzung zu prüfen.

7.4 Die Anlage: Vorformulierte Unterlassungs- und verpflichtungserklärung

Üblicherweise enthält eine Abmahnung als Anlage eine vorformulierte strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung. Das muss aber nicht so sein. Der Abmahner kann den Adressaten genau so gut auffordern, von sich aus eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung zu formulieren. Das kommt praktisch aber kaum vor. Denn der Abmahner wird den strategischen Vorteil einer selbstformulierten Erklärung nutzen.

Das Beispiel einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung im Wettbewerbsrecht in einem einfachen Fall ist in der Anlage dargestellt. Die Farben in der Gliederung entsprechen dem jeweiligen Bereich der Musterunterlassungserklärung in der Anlage.

An der vorformulierten Unterlassungserklärung erkennt der erfahrene Praktiker, ob der gegnerische Rechtsanwalt sein Handwerk versteht und ob er sorgfältig gearbeitet hat. In der vorformulierten Unterlassungserklärung - in der Regel ist dies die erste vorformulierte Verpflichtung der Unterlassungs- und verpflichtungserklärung - muss der Abmahnende die Verletzungshandlung so beschreiben, dass sie einem Unterlassungsantrag in einem Prozess entspricht. Während die „Verletzungshandlung“ also die Sachverhaltsdarstellung im Anschreiben der Abmahnung ist, handelt es sich bei der „Verletzungsform“ um dasjenige, was der Abmahner in Zukunft unterlassen haben möchte.

7.4.1 Unterlassungsverpflichtung: Die in die Verletzungsform gegossene Verletzungshandlung

Die Unterlassungsverpflichtung ist in aller Regel die erste vorformulierte Verpflichtung der Anlage. Es ist die in die konkrete Verletzungsform gegossene Verletzungshandlung. Hier muss der Abmahner genau beschreiben, welche Handlung er künftig vom Abgemahnten unterlassen haben möchte. Um sich nicht der Gefahr einer negativen Feststellungsklage auszusetzen, muss er außerdem sein Verbot auf solche künftigen Handlungen beschränken, die nach dem Gesetz auch verboten sind.

Der Unterlassungsanspruch ist für den Abmahner der wichtigste und wegen des hohen Gegenstandswert mit Abstand der teuerste Anspruch. Er setzt kein Verschulden voraus. Ob der Abgemahnte die Rechtsverletzung kannte oder hätte kennen müssen, spielt daher keine Rolle!

Oft ist die Verletzungsform in der Abmahnung zu weit gefasst. Viele Abmahner möchten damit einen viel weiteren Unterlassungsanspruch durch Vertrag erhalten, als ihnen durch Gesetz zustehen würde. Der Zweck: Der Abmahnende soll künftig auch für solche Handlungen eine Vertragsstrafe bezahlen, die nach dem Gesetz gar nicht verboten wären.

Bsp.: Wer über Peer-to-Peer-Tauschbörsen ohne Lizenz beispielsweise mp3-Dateien anbietet, von dem wird häufig verlangt, es künftig zu unterlassen, alle Musikstücke des Abmahnenden anzubieten. Ebenso oft soll derjenige, der unerlaubt geschützte Muster oder Designs anbietet, es künftig unter-

lassen, alle Muster des Abmahnenden anzubieten. Derart weit muss sich der Abgemahnte aber nicht unterwerfen. Denn weder hat er im - ersten Fall - alle Musikstücke des Abmahnenden zum Download, noch - im zweiten Fall - alle geschützten Muster des Abmahnenden angeboten. Er muss sich nur zur Unterlassung derjenigen Handlungen verpflichten, die er tatsächlich auch rechtswidrig vorgenommen hat. Dass eine abgegebene Unterlassungserklärung nach der Kernbereichsrechtsprechung in der Regel auch alle gleichartigen Handlungen umfasst (siehe unter > 15. Verstoß gegen die Unterlassungserklärung), ändert daran nichts.

Unterwirft sich der Abgemahnte unter solch eine weit gefasste Verletzungsform, so ist grundsätzlich ein wirksamer Unterlassungsvertrag zu Stande gekommen. Die Verletzungsform so einzugrenzen, dass sie der vom Gesetz verbotenen Verletzungshandlung entspricht, ist daher die wichtigste Aufgabe des Abgemahnten.

Viele vorformulierte Unterlassungserklärungen enthalten eine allgemeine Umschreibung einer gesetzlich verbotenen Handlung mit einer anschließenden Konkretisierung durch einen „Insbesondere“-Teil. Darin wird dann die Verletzungshandlung beschrieben. Solche Formulierungen sind in aller Regel vor dem „Insbesondere“-Teil zu unbestimmt. Die Streichung des „Insbesondere“-Zusatzes wäre eine teilweise Klagerücknahme (OLG München BeckRS 2009, 23375).

Im Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht werden gerne Gesetzesverstöße abgemahnt. Dabei wird nicht selten übersehen, dass längst nicht jeder Gesetzesverstoß

wettbewerbswidrig ist. Im Wettbewerbsrecht ist nur der Verstoß gegen sog. „wettbewerbsbezogene“ Gesetze auch wettbewerbswidrig. Das sind solche Gesetze, die zumindest sekundär auch dem Schutz des Wettbewerbs dienen.

Bsp.: Wettbewerbsbezogene Gesetze sind z.B. das Rettungsgesetz NRW - RettG NRW (BGH GRUR 2009, 881 - Überregionaler Krankentransport); § 34 IV Gewerbeordnung (GewO) (BGH GRUR 2009, 886 - Die clevere Alternative), das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG); § 4 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) (OLG Frankfurt am Main, BeckRS 2009, 15502 - Glücksspiele im Internet); ebenso die „Verordnung über diätetische Lebensmittel“ (DiätV) oder Normen des „Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs“ (LFBG).

Im Domainrecht werden gerne sog. „Schlechthin“-Verbote verlangt. Hierauf besteht in aller Regel kein Anspruch. Oft wird beispielsweise behauptet, eine Domain würde eine Marke verletzen und deswegen müsse in die Löschung der Domain eingewilligt werden. Dabei wird oft übersehen, dass zu einer Markenrechtsverletzung auch die sog. „markenmäßige Benutzung“ hinzukommen muss. Wird die geforderte Einwilligung in eine Löschung einer Domain mit einer Markenrechtsverletzung begründet, so ist dies nur gerechtfertigt, wenn die Domain mit keinem denkbaren Inhalt verwendet werden darf. Ein Verbot ist in aller Regel nur für bestimmte markenrechtsverletzende Inhalte der konnektierten Website gerechtfertigt. Ob das der Fall ist, richtet sich danach, welche Produkte die Marke beansprucht, also konkret für welche Waren und Dienstleistungen die Marke eingetragen ist.

Bsp.: Wenn eine Marke beispielsweise für Textilien eingetragen ist, kann aus der Marke grds. nicht gegen eine gleichlautende Domain vorgegangen werden, unter der Immobilien angeboten werden.

Gerne wird auch einfach der Gesetzestext wiedergegeben. Das ist nur in Ausnahmefällen zulässig, nämlich nur dann, wenn sich der Unterlassungsanspruch sonst gar nicht formulieren ließe, sog. „gesetzeswiederholender Unterlassungsantrag“.

In den meisten Fällen enthält die vorformulierte Unterlassungsverpflichtungserklärung ein umfassenderes Verbot, als das Gesetz dem Abmahner gewähren würde. Der Zweck der Übung liegt auf der Hand: Gibt der Abgemahnte die vorformulierte Erklärung ab, ist ein Unterlassungsvertrag geschlossen. Für einen künftigen Verstoß des Abgemahnten kommt es dann nur noch darauf an, ob der Verstoß eine Handlung betrifft, zu deren Unterlassung der Abgemahnte sich verpflichtet hat. Ob diese Handlung rechtswidrig ist, spielt dann keine Rolle mehr.

Besonders gerne unterschätzt wird vom Abgemahnten dabei der Umfang seiner Unterlassungsverpflichtung: Die Rechtsprechung dehnt seine Unterlassungsverpflichtung immer über den konkreten Fall hinaus auf „im Kern“ vergleichbare Handlungen aus.

Einmal abgegeben werden Unterlassungsverpflichtungen vom Abgemahnten gerne auch verdrängt oder vergessen. Nicht aber vom Abmahner. Neuerlicher Verstöße erst Jahre nach Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung sind in der Praxis recht häufig. Der im Internet häufig zu lesende Satz, eine

Unterlassungserklärung sei „30 Jahre wirksam“ ist aber schlicht falsch: Ein einmal abgegebenes Unterlassungsversprechen hält theoretisch ewig. Es kann im Fall einer Geschäfts- oder Firmenfortführung sogar den Erwerber des Unternehmens als Rechtsnachfolger binden (OLG Hamm NJW-RR 1995, 608).

Richtig an der immer wieder zitierten 30-Jahresfrist ist nur, dass wer bereits vor Gericht einen Unterlassungstitel (ein Urteil oder einen gerichtlich protokollierten Vergleich) erstritten hat, hieraus 30 Jahre vollstrecken kann. Dies hat aber mit der Unterlassungserklärung nichts zu tun. Denn in diesen Fällen hat aber der Abgemahnte auf die Abmahnung entweder nicht reagiert und es kam deswegen zum Prozess. Oder der Abgemahnte hat erneut gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen und die dadurch entstandene Wiederholungsgefahr nicht durch Abgabe einer erneuten und mit höherer Vertragsstrafe versehener Unterlassungserklärung ausgeräumt. Hierzu näheres unter > „Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung“.

TIPP: Wer eine Unterlassungsverpflichtungserklärung unterschrieben hat, sollte umgehend dafür sorgen, dass die rechtsverletzende Handlung sofort unterlassen und eingestellt wird. Wird z.B. eine irreführende Werbeaussage auf einer Website beanstandet, sollte sie nicht nur diese, sondern unbedingt auch alle ähnlichen Aussagen auf der betreffenden Website entfernt werden (zur Kernbereichsrechtsprechung siehe unter > 15. Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung).

Unbedingt sollten auch die angestellten und sonstige Mitarbeiter instruiert werden. Auch für deren Verstöße haftet nämlich der Vertragsstrafschuldner.

7.4.2 Die Vertragsstrafeverpflichtung

Üblicherweise als zweite Verpflichtung enthält die vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung das Versprechen, im Fall eines Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht eine bestimmte Vertragsstrafe zu bezahlen. Ohne eine solche Verpflichtung wird die Wiederholungsgefahr in aller Regel nicht ausgeräumt. Wer sich also nicht zur Bezahlung einer angemessenen Vertragsstrafe verpflichtet, muss mit einer gerichtlichen Maßnahme - Klage oder einstweilige Verfügung - rechnen. Etwas anderes gilt nur bei der sog. „Erstbegehungsgefahr“. Hier ist kein Vertragsstrafeversprechen erforderlich. Es reicht aus, wenn der Abgemahnte das beanstandete Verhalten ganz einfach unterlässt.

Regelmäßig findet man in der vorformulierten Vertragsstrafezahlungsverpflichtung die Formulierung „unter Verzicht auf die Einwände des Fortsetzungszusammenhangs“ oder eine ähnliche Formulierung. Diese sollte immer gestrichen werden. Der Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs ist zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht nur erforderlich. Wenn er systematisch gefordert wird, kann sogar ein Rechtsmissbrauch anzunehmen sein (BGH NJW 1993, 721 - Fortsetzungszusammenhang).

Gewöhnlich fassen die Gerichte in Vertragsstrafeprozessen mehrere ähnliche Verstöße zu einem oder zumindest weniger als den geltend gemachten Verstößen zusammen. Mit der beschriebenen Formulierung ist einem Gericht das Zusammenfassen mehrerer Verstöße grundsätzlich verwehrt. In einem Fall (BGH GRUR 2009, 181 - Kinderwärmekissen) konnte der BGH eine Vielzahl von Vertragsstrafen in

Höhe von insgesamt € 53.680.000,00 nur noch aus Billigkeitsgründen auf € 200.000,00 reduzieren.

Als Höhe der Vertragsstrafe haben sich zwei Formulierungen durchgesetzt. Entweder wird ein fester Betrag je Verstoß gefordert, z.B. wegen der Streitwertzuständigkeit der Landgerichte € 5.001,00. Oder es wird eine Vertragsstrafe nach dem sog. „modifiziertem Hamburger Brauch“ gefordert: Für jeden Verstoß soll der Verletzer eine vom Gläubiger festzusetzende angemessene Vertragsstrafe bezahlen, deren Angemessenheit im Streitfall von dem zuständigen Gericht zu überprüfen ist. Die Höhe der Vertragsstrafe darf allerdings nicht vom Gericht festgesetzt werden. Das Gericht darf lediglich eine vom Gläubiger festgesetzte Vertragsstrafe überprüfen (BGH GRUR 1978, 192 - Hamburger Brauch).

ACHTUNG: Wer eine Vertragsstrafe nach (modifiziertem) Hamburger Brauch verspricht, muss sich im Klaren sein, dass die Vertragsstrafe bei jedem neuen Verstoß ansteigt!

7.4.3 Auskunft, Rechnungslegung

a. Auskunft als Schadensersatzvorbereitung

Die dritte vorformulierte Verpflichtung betrifft typischerweise die Auskunft des Verletzers. Dieser Auskunftsanspruch dient der Vorbereitung des Schadensersatzanspruchs. Üblicherweise berechnet der Verletzte eines Immaterialgüterrechts (Markenrecht, Kennzeichenrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht) seinen Schaden nach der Lizenzanalogie oder nach dem Verletzergewinn. Hierfür braucht er die Angaben des Verletzers. Der Abmahner muss hier angeben, für

welche Handlung und welchen Zeitraum er Auskunft verlangt. Wenn er zusätzlich auch Rechnungslegung verlangt, muss er angeben, welche Rechnungen vorgelegt werden sollen.

Wenn der Verletzte nur seinen eigenen konkreten Schaden ersetzt verlangt, muss keine Auskunft gegeben werden. Denn diesen Schaden kann der Verletzte ja selbst beziffern.

Erst wenn der Abgemahnte die Auskunft über den Umfang der Rechtsverletzung gegeben hat, kann er seinen Schaden berechnen. Wie der Schadensersatzanspruch besteht der Auskunftsanspruch grundsätzlich nur bei einer schuldhaften Rechtsverletzung des Abgemahnten.

b. Wie detailliert muss Auskunft gegeben werden?

Grundsätzlich muss der Verletzte über alle beanstandeten Rechtsverletzungen Auskunft geben. Eine zeitliche Begrenzung ab der ersten nachgewiesenen Verletzungshandlung gibt es seit der Entscheidung „BGH GRUR 2007, 877 - Windsor Estate“ nicht mehr (zuletzt BGH GRUR 2009, 852 - Elektronischer Zolltarif). Der Abgemahnte muss auch grundsätzlich seine Vorlieferanten und seine gewerblichen Abnehmer angeben. Diese Auskunft ist für den Abmahner in der Regel besonders interessant. So kann er sich Schritt für Schritt beispielsweise zum Hersteller eines Plagiats vorarbeiten. Oft erhöht auch die anschließende Abmahnung weiterer Glieder der Lieferantenkette die außergerichtliche Einigungsbereitschaft.

Der Abgemahnte muss grundsätzlich auch Rechnungen und sonstige übliche Unterlagen vorlegen über seine Einnahmen und Ausgaben, die die rechts-

verletzenden Produkte betreffen. Wie detailliert der Abgemahnte Rechnung legen muss, richtet sich nach dem Einzelfall, insbesondere auch nach der Art des Unternehmens des Verletzers. Ein reines Vertriebsunternehmen muss - anders als der Hersteller eines Plagiats - in aller Regel beispielsweise keine Angaben zu den Herstellungskosten machen.

TIPP: Um zu vermeiden, dass der Abgemahnte dem Abmahner, der zugleich sein Konkurrent ist, seine Kunden offenbaren muss, kann der Abgemahnte einen sog. „Wirtschaftsprüfervorbehalt“ beanspruchen.

c. Was passiert bei falscher Auskunft?

Kann der Verletzte nachweisen, dass der Verletzte falsch Auskunft gegeben hat, kann er den Verletzte zwingen lassen, erneut Auskunft zu geben und die Richtigkeit seiner Auskunft nun an Eides Statt zu versichern. Eine erneute Falschauskunft wäre dann strafbar.

7.4.4 Schadensersatzfeststellung

Gewöhnlich als nächste vorformulierte Klausel wird die Verpflichtung zum Schadensersatz verlangt. Im Unterschied zum verschuldensabhängigen Unterlassungsanspruch ist dieser Anspruch grundsätzlich von einem Verschulden des Verletzers abhängig. Der Abgemahnte muss also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Kein Verschulden ist erforderlich, wenn der Verletzte seinen Schaden nach der sog. „Lizenzanalogie“ berechnet. Hier kann der nämlich Herausgabe der verschuldensunabhängigen ungerechtfertigten Bereicherung verlangen: Mehr hierzu unten unter > Bereicherungsanspruch

Da der Abmahner die Höhe des Schadens noch nicht berechnen kann, weil er hierfür die Auskunft des Abgemahnten braucht, verlangt er hier nur die Verpflichtung zum Schadensersatz dem Grunde nach.

Hat der Abgemahnte Auskunft gegeben über den Umfang der Rechtsverletzung, kann der Abmahner, der aus einem gewerblichen Schutzrecht (Marke, sonstiges Kennzeichen, Patent, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster), einem urheberrechtlichen Nutzungsrecht vorgeht, nach drei verschiedenen Methoden seinen Schaden berechnen: Er kann Herausgabe des Verletzergewinns verlangen. Das ist grob gesagt, was der Abgemahnte durch die Rechtsverletzung verdient hat. Er kann auch entgangenen Gewinn verlangen, also das, was ihm durch die Rechtsverletzung an Gewinn entgangen ist.

Die in der Praxis mit Abstand häufigste Berechnungsmethode im Immaterialgüterrecht (Markenrecht, Kennzeichenrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht) und im wettbewerbsrechtlichen ergänzenden Leistungsschutz („kleines nicht eingetragenes gewerbliches Schutzrecht“) ist die „Lizenzanalogie“. Hier wird vermutet, der Verletzer habe das verletzte Recht lizenziert. Es wird also eine fiktive Lizenz (z.B. Umsatzlizenz, Stücklizenz, zeitabhängige Lizenz) zu Grunde gelegt und so getan, als wäre der Verletzer der Lizenzvertragspartner des Verletzten.

Diese Berechnungsmethode hat zum einen den Vorteil, dass der Verletzte vergleichsweise wenig auf die oft unzuverlässigen Informationen des Verletzers zurückgreifen muss. Außerdem erfordert dieser Anspruch kein Verschulden des Verletzers (s.u.). Auch der unwissentliche Verletzer haftet nach dieser

Berechnungsmethode auf Herausgabe der ersparten Lizenzzahlungen.

7.4.5 Bereicherungsanspruch

Wenn der Verletzte seinen Schaden nach der Lizenzanalogie berechnet, kann er vom Verletzer seine (fiktiven) entgangenen Lizenzzahlungen auch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Für diesen Anspruch kommt es ebenso wenig wie für den Unterlassungsanspruch auf ein Verschulden an. Ungerechtfertigt bereichert ist der Verletzer um die ersparten Lizenzgebühren (BGH GRUR 2001, 1156 - Der grüne Punkt).

7.4.6 Abmahnkosten: Welche Gebühren müssen erstattet werden?

a. Grundsatz: Kostenerstattung

Ist die Abmahnung berechtigt, muss der Abgemahnte die Rechtsanwaltsgebühren bezahlen. Als üblicherweise letzte Verpflichtung ist deshalb die Rechtsanwaltskostenerstattung vorformuliert.

Tipp: Diese Verpflichtung sollte immer gestrichen werden. Aus einfachem Grund: Wird diese Verpflichtung nicht gestrichen, hat der Abgemahnte mit dem Abmahnenden einen Vertrag über die Erstattung der Rechtsanwaltsgebühren geschlossen.

Dieser vertragliche Anspruch lässt sich leicht einklagen: Der Abmahner muss im Prozess nur die unterschriebene Unterlassungserklärung mit der Verpflichtung zur Gebührenerstattung vorlegen. Darauf, ob die Abmahnung berechtigt war, kommt es nicht mehr an.

Streicht der Abgemahnte aber diese Verpflichtung, muss der Abmahner in der Regel am Wohn- oder Geschäftssitz des Abgemahnten die Gebühren einklagen. In diesem „kleinen Gebührenprozess“ muss der Abmahner nun vortragen und beweisen, dass die Abmahnung berechtigt war. Angesichts des im Vergleich zum ursprünglichen Gegenstandswert ausgesprochen geringen Streitwerts (gestritten wird ja nur noch um die Rechtsanwaltsgebühren, nicht mehr um den ursprünglich hohen Unterlassungsgegenstand) werden sich die meisten Rechtsanwälte auf eine Verhandlung der Gebühren einlassen. Denn wirtschaftlich vernünftig lassen sich derartige Prozesse für den Abmahnenden in aller Regel nicht führen.

Bei der sog. **Erstbegehungsgefahr** müssen unter Umständen keine Abmahngebühren erstattet werden. Im Gegensatz zur **Wiederholungsgefahr**, die durch eine bereits begangene Rechtsverletzung widerleglich vermutet wird, steht bei der Erstbegehungsgefahr eine Rechtsverletzung erst noch bevor. Der Abmahner macht hier einen sog. „vorbeugenden Unterlassungsanspruch“ geltend. Ob hierfür Abmahnkosten erstattet werden müssen, beurteilen die Gerichte von Fall zu Fall unterschiedlich. Jedenfalls wer nicht als Täter, sondern als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen wird, muss für die Erstabmahnung keine Abmahnkosten erstatten (OLG HH ZUM-RD 2009, 317 - Mettenden).

Der Abmahnende kann grundsätzlich auch dann Erstattung von Anwaltsgebühren verlangen, wenn er eine eigene Rechtsabteilung hat (BGH NJW 2008, 2651 - Abmahnkostenersatz).

Wer **selbst abmahnt**, also keinen Rechtsanwalt einschaltet, kann grundsätzlich keine Rechtsanwalt-

gebühren erstattet verlangen. Das gilt auch für eine Rechtsanwalt, der eine eigene Rechtsverletzung abmahnt, beispielsweise einen Wettbewerbsverstoß wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz.

b. Höhe der Gebühren

Streit gibt es immer wieder über die Höhe der zu erstattenden Gebühren. Hier spielen mehrere Faktoren eine Rolle: Der **Gegenstandswert**, der angesetzte **Gebührensatz**, die berechnete **Umsatzsteuer** und die **Mitwirkung eines Patentanwalts**.

Der wichtigste Faktor für die Berechnung der Rechtsanwaltsgebührenhöhe ist der **Gegenstandswert**. Er berechnet sich nach dem „Interesse“ des Abmahnenden an der zu unterlassenden Handlung. Die Gegenstandswerte im Folgenden betreffen nur den (teuersten) Unterlassungsantrag. Die günstigeren Folgeansprüche werden nur mit einem Bruchteil des Unterlassungsantrags angesetzt. Die Abmahnkosten wiederum erhöhen den Gegenstandswert gar nicht.

Im Wettbewerbsrecht sind Gegenstandswerte von € 25.000,00 die Regel. Geringere Gegenstandswerte wird man nur bei lokalen Wettbewerbern mit kleinem Geschäft ansetzen. Größere Gegenstandswerte als € 500.000,00 wird man bei großen Unternehmen mit internationalen Abnehmern annehmen.

Im Markenrecht und sonstigen Kennzeichenrecht kommen Gegenstandswerte unter € 50.000,00 selten vor. Hier sind unter Umständen bei großen Unternehmen auch Gegenstandswerte über € 1.000.000,00 angemessen. Ähnliches gilt für das Geschmacksmusterrecht.

Im Patentrecht sind Gegenstandswerte unter € 250.000,00 die Ausnahme.

Die Gegenstandswerte im Urheberrecht schwanken stark. Für die Verwendung eines Stadtplanausschnitts werden von den Gerichten bisweilen € 10.000,00 angesetzt. Für einfache Fälle kann der Abmahner im nichtgeschäftlichen Bereich aber nur € 100,00 Abmahnkosten erstattet verlangen. Wer ein Album auf einer Peer-to-Peer-Tauschbörse zum Download anbietet, kann sich nach der Rechtsprechung aber nicht auf einen einfachen Fall berufen. Hier werden auch € 10.000,00 angesetzt.

Wer unverlangt Werbeemails, „Spams“, oder Werbefaxe versendet hat, muss mit Gegenstandswerten ab € 3.000,00 rechnen. Wenn dies ein Konkurrent abmahnt, gelten die oben beschriebenen Gegenstandswerte im Wettbewerbsrecht.

Der **Gebührensatz** für die anzusetzende Geschäftsggebühr beträgt 1,3 bis 1,5. Im Markenrecht halten Gerichte aber auch höhere Gebührensätze bis zu 2,0 (LG Frankfurt am Main) bei umfangreichen und schwierigen Fällen für angemessen.

Umsatzsteuer ist nur zu erstatten, wenn der Abmahrende nicht zu Vorsteuerabzug berechtigt ist. Findet sich auf seinen Geschäftspapieren oder seiner Website beispielsweise eine Umsatzsteueridentifikationsnummer (z.B. DE 212 109 457), so ist der Abmahner zum Vorsteuerabzug berechtigt und die Umsatzsteuer muss nicht erstattet werden.

In Marken- und Patentangelegenheiten sind in aller Regel auch die Kosten eines **mitwirkenden Patentanwalts** zu erstatten. Das gilt auch dann, wenn der Abmahrende nicht nachweist, dass die Mitwirkung des Patentanwalts notwendig war (OLG HH GRUR-RR 2008, 370).

Rechtsschutzversicherungen gewähren in aller Regel für Streitigkeiten im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht keine Deckung. Weil diese Verfahren sehr teuer sind, sind diese Rechtsgebiete in den Versicherungsbedingungen der allermeisten Versicherungen vom Versicherungsschutz ausgenommen.

6.5 Vollmacht

Grundsätzlich sollte der Abmahrende eine Originalvollmacht beigefügen. Die Rechtsfolgen für den Fall, dass er dies nicht tut, werden von den Gerichten unterschiedlich beurteilt. Einige (wenige) Gerichte gestatten in diesem Fall, dass der Abgemahnte die Abmahnung zurückweist. Die meisten Gerichte teilen diese Ansicht nicht. Tatsächlich gibt es aber immer wieder Fälle, in denen Rechtsanwälte ohne tatsächliche Legitimation sozusagen auf eigene Faust abmahnen.

TIPP: bei berechtigten Zweifeln an der Bevollmächtigung des abmahrenden Rechtsanwalts sollte bei berechtigter Abmahnung auf die Abmahnung erwidert werden, dass man sich unterwerfen werde, sobald eine Vollmacht vorgelegt werde.

8 Berechtigungsanfrage/ Schutzrechtshinweis

Keine Abmahnung ist die sog. „Berechtigungsanfrage“ oder der „Schutzrechtshinweis“: Hier zeigt der Absender dem Adressaten an, dass er ein eigenes Recht, etwa ein Patent oder ein Geschmacksmuster hat und fordert ihn vorsichtig auf, ihm über bestimmte möglicherweise rechtsverletzende Tatsachen aufzuklären. Die Berechtigungsanfrage ist praktisch relevant, im Patentrecht, wenn sich etwa der Patentinhaber seiner Rechtsposition noch nicht sicher ist. Auch für die Inhaber (noch) nicht geprüfter oder nicht registrierter Rechte spielt sie eine Rolle. Zu ersteren gehört der Patentanmelder, der den Prüfungsantrag noch nicht gestellt hat, der Inhaber eines Gebrauchsmusters oder eines Geschmacksmusters.

Die Berechtigungsanfrage ist unverbindlicher als die Abmahnung. Sie enthält keine unbedingte Unterlassungsaufforderung mit beigefügter vorformulierter Unterlassungsverpflichtungserklärung. Im Gegenzug muss der Absender aber dann, wenn der Adressat tatsächlich keine seiner Rechte verletzt, auch weder Gegenabmahnung, negative Feststellungsklage oder Schadensersatz wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb fürchten. Näheres zu den Möglichkeiten bei einer unberechtigten Abmahnung unten unter > 13. Strategien bei unberechtigter Abmahnung

9 Rechtsmissbrauch - nur schwer zu beweisen

Dass abgemahnt wird, um vorwiegend an den Rechtsanwaltsgebühren zu verdienen - unter Umständen mit einer Gebührenteilungsvereinbarung zwischen Abmahner und dem von ihm beauftragten Rechtsanwalt, kommt immer wieder vor. Eine solche Abmahnung ist rechtsmissbräuchlich. Ebenso missbräuchlich ist eine Abmahnung in der überwiegenden Absicht, den Abgemahnten zu schädigen

Wer rechtsmissbräuchlich abmahnt, hat nicht nur keinen Anspruch auf die Erstattung der Abmahngebühren. Eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung führt auch dazu, dass eine anschließende Klage unzulässig ist (BGH GRUR 2002, 357 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). Selbst wenn die Abmahnung also berechtigt wäre, verliert der Abmahner den anschließenden Prozess alleine deswegen, wenn ihm nachgewiesen wird, dass er überwiegend aus Gebühreninteressen abgemahnt hat.

Ein Rechtsmissbrauch ist für den Abgemahnten aber in aller Regel kaum oder gar nicht zu beweisen. Denn über eine Gebührenteilung zwischen Anwalt und Mandant wird er nichts wissen. Es gibt allerdings Indizien:

- ▣ - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung: Hier gehen entweder mehrere Verletzte, vertreten von dem selben Rechtsanwalt, konzertiert gegen einen Verletzer vor (wie in BGH GRUR 2002, 357 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung) oder ein Verletzer geht gegen mehrere Verletzer

unabhängig voneinander vor und fordert von jedem jeweils die vollen Gebühren, obwohl er diese gebührensparend als Streitgenossenschaft hätte in Anspruch nehmen können (BGH GRUR 2006, 243 - MEGA SALE).

- ▣ - Missverhältnis zwischen Umfang des Geschäftsbetriebs und Anzahl der Abmahnungen (OLG Hamm BeckRS 2009, 19341). Ein kleiner Shopbetreiber, der umfangreich geringfügige Wettbewerbsverstöße abmahnt, dürfte rechtsmissbräuchlich handeln.
- ▣ - Systematisches Geltendmachen eines pauschalen Schadensersatzes (OLG Hamm BeckRS 2009, 19341)
- ▣ - Systematisches Verklagen an entfernten Gerichtsständen (OLG Hamm BeckRS 2009, 19341)
- ▣ - Vielzahl von Abmahnungen: Einige Gerichte nehmen inzwischen schon allein deswegen einen Rechtsmissbrauch an, weil der Abmahner viele Abmahnungen versendet hat (LG Braunschweig GRUR-RR 2008, 214; LG München I (Zivilkammer, anderer Ansicht sind die Kammern für Handelssachen des LG München I) GRUR-RR 2006, 416)

10 Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung - die Folgen

10.1 Unveränderte Abgabe

Wenn die strafbewehrte Unterlassungserklärung unverändert abgegeben wird, entfällt die durch den Rechtsverstoß vermutete Wiederholungsgefahr. Es wird ein Unterlassungsvertrag geschlossen durch Rücksendung der unveränderten vorformulierten Unterlassungserklärung. Eine Annahmeerklärung des Abmahnenden ist nicht erforderlich.

10.2 Abänderung der Unterlassungserklärung

Die Abänderung der Unterlassungserklärung ist immer zu empfehlen: Eine abgeänderte Unterlassungserklärung muss der Abmahnende ausdrücklich annehmen. Manche Rechtsanwälte vergessen dies. Fehlt die Annahmeerklärung, geht zwar die Wiederholungsgefahr unter. Es kommt aber kein Unterlassungsvertrag zu Stande. Die Folge: Der Abmahnende würde eine Unterlassungsklage wegen Wegfalls der Wiederholungsgefahr verlieren. Bei einem erneuten Verstoß kann er aber keine Vertragsstrafe fordern.

Eine Ausnahme gilt für die sog. „aufgedrängte Drittunterwerfung“: Hier gibt der Abgemahnte die Unterlassungserklärung nicht gegenüber dem Abmahner ab, sondern gegenüber einem Dritten, etwa einem Wettbewerbsverband. Hier muss der Empfänger der unverlangten Unterlassungserklärung diese ausdrücklich annehmen, damit die Wiederholungsgefahr

beseitigt wird (OLG Frankfurt am Main BeckRS 2008 23175).

Als Abänderung gilt beispielsweise die Herabsetzung einer zu hohen Vertragsstrafe auf ein angemessenes Maß oder die Beschränkung der Verletzungsform auf die tatsächlich begangene Verletzungshandlung. Angemessen ist in aller Regel eine Vertragsstrafe von € 5.001,00. Dieser Betrag wird deswegen gerne genommen, weil ab € 5.000,00 auf jeden Fall die Landgerichte zuständig sind, die Vertragsstrafestreitigkeiten oft kompetenter entscheiden können, als die Amtsgerichte.

10.3 Kaum bekannt: Die Drittwirkung

Eine einmal abgegebene Unterlassungserklärung beseitigt die Wiederholungsgefahr für die konkrete Rechtsverletzung auch gegenüber anderen Unterlassungsgläubigern. Wer für eine Rechtsverletzung abgemahnt wurde und verschweigt, dass er wegen der selben Rechtsverletzung bereits eine Unterlassungserklärung gegenüber einem Dritten abgegeben hat, macht sich allerdings schadensersatzpflichtig.

11 „Dauer“ der Unterlassungserklärung und Beendigung des Unterlassungsvertrags

Oft ist im Internet zu lesen, die Unterlassungserklärung „gelte“ 30 Jahre lang. Das ist falsch. Mit Abgabe einer unveränderten Unterlassungserklärung oder durch Annahme einer abgeänderten Unterlassungsverpflichtungserklärung durch den Abmahner entsteht zwischen Abmahner und Abgemahnten ein Unterlassungsvertrag. Dieser bindet den Abgemahnten so lange, bis der Unterlassungsvertrag beendet oder er wegen veränderter Umstände gekündigt wird.

Richtig ist allerdings, dass aus einem Unterlassungstitel 30 Jahre vollstreckt werden kann. Dass setzt aber voraus, dass der Abmahner bereits einen Prozess geführt und durch Urteil oder gerichtlichen Vergleich erfolgreich beendet hat.

12 Beendigung des Unterlassungsvertrags - schwierig!

Eine Beendigung eines Unterlassungsvertrags, etwa durch Kündigung, ist nur in seltenen Ausnahmefällen möglich. In Frage kommen praktisch nur zwei Fälle: Eine Änderung der Rechtslage oder eine Anfechtung des Unterlassungsvertrags. Ändert sich die Rechtslage, kommt eine Kündigung des Unterlassungsvertrags wegen Störung der Geschäftsgrundlage in Frage. Die Fälle sind praktisch selten.

Aussichtsreicher ist manchmal eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Hat nämlich der Abgemahnte über die Rechtslage oder den Sachverhalt getäuscht, kann er unter Umständen seine Willenserklärung anfechten.

13 Strategien bei unberechtigter Abmahnung

13.1 Ignorieren der Abmahnung

Eine Abmahnung zu ignorieren und es auf eine Klage oder eine einstweilige Verfügung ankommen lassen ist nicht immer der schlechteste Weg. Besonders in sehr wettbewerbsintensiven Branchen geschieht es regelmäßig, dass der Abmahner den Abgemahnten, der sich unterworfen hat, anschließend mit ständigen Vertragsstrafklagen schröpft und den Kernbereich des Unterlassungsversprechens (siehe hierzu unten > Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung) bis an seine Grenzen auslotet.

Dies ist besonders gefährlich, wenn der Abgemahnte eine Vertragsstrafe nach „modifiziertem Hamburger Brauch“ (Näheres hierzu unter > 7.4.2 Die Vertragsstrafeverpflichtung „modifizierter Hamburger Brauch“) versprochen hat. Dann steigt die Vertragsstrafenhöhe mit jedem neuen Verstoß und kann den Abgemahnten schnell finanziell an die Wand drücken.

Besser ist es also in Fällen, in denen neuerliche identische oder ähnliche Verletzungshandlungen (z.B. Wettbewerbsverstöße) nicht unwahrscheinlich sind, ein Urteil gegen sich ergehen zu lassen. Im Fall eines neuen Verstoßes muss dann der Abmahner aus dem Urteil zwangsvollstrecken. Die Lust, das zu tun ist ungleich niedriger als aus einem Vertragsstrafeversprechen vorzugehen. Denn in der Zwangsvollstreckung aus dem Unterlassungsurteil verhängt das Gericht ein Ordnungsgeld. Dieses erhält aber nicht der Abmahner, sondern der Staat.

Und auch manche Rechtsanwälte wird man bei einem Verstoß gegen ein Unterlassungsurteil eher zum Jagen tragen müssen. Daran verdienen sie nichts. Die Rechtsanwaltsgebühren für eine Zwangsvollstreckung betragen lediglich ein Bruchteil der Gebühren für einen Vertragsstrafeprozesses. Aber Vorsicht: Auch die durch das Gericht im Zwangsvollstreckungsverfahren festgesetzten Ordnungsgelder steigen von Verstoß zu Verstoß an.

13.2 Schutzschrift

Der zu Unrecht abgemahnte kann auch bei dem voraussichtlich vom Abmahner angerufenen Gericht eine Schutzschrift hinterlegen. Sie verhindert, dass eine einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung erlassen wird. Erlässt nämlich das Gericht ohne mündliche Verhandlung eine Beschlussverfügung, ist der Weg des künftigen Verfahrens oft schon vorgezeichnet. Schließlich entscheiden hierüber die Richter der bereits erlassenen (und trotz Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung wirksamen!) Beschlussverfügung.

13.3 Negative Feststellungsklage

Als weitere Maßnahme kommt eine negative Feststellungsklage in Betracht. Mit dieser geht der Abgemahnte quasi zum Gegenangriff über. Er lässt damit gerichtlich (zuständig ist das Gericht des Abgemahnten!) feststellen, dass der von dem Abmahnenden behauptete Anspruch nicht besteht. Eine vorherige Gegenabmahnung braucht es hierfür nicht. Der Abgemahnte kann sofort klagen.

13.4 Gegenabmahnung

Mit einer Gegenabmahnung kann man den Abmahnenden auffordern, zu erklären, dass der behauptete Anspruch nicht besteht. Eine solche ist vor Erhebung einer negativen Feststellungsklage auch nicht nötig (s.o.).

Die Kosten für eine Gegenabmahnung muss der Gegner aber nur in Ausnahmefällen erstatten. Das ist nur dann der Fall, wenn die Abmahnung auf falschen Annahmen beruht und der Abgemahnte damit rechnen kann, dass der Abmahnende bei einer Richtigstellung seine Auffassung ändert oder der Abmahnende entgegen seiner Ankündigung seiner Abmahnung längere Zeit keine gerichtlichen Schritte folgen lässt (BGH MMR 2004, 667 - Gegenabmahnung)

14 Strategien bei berechtigter Abmahnung

Ist die Abmahnung berechtigt, sollte eine abgeänderte Unterlassungserklärung (vgl. hierzu oben unter > 9.b. Abänderung der Unterlassungserklärung) „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aber mit Rechtsbindungswillen abgegeben werden“. Mit dieser Formulierung erklärt der Abgemahnte, dass er sich zwar unterwirft, aber nicht notwendigerweise die geltend gemachten Ansprüche anerkennt. Eine solche einschränkende Formulierung ist grundsätzlich unschädlich und lässt die Wiederholungsgefahr dennoch entfallen.

15 Was geschieht bei einem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung?

Verstößt der Abgemahnte schuldhaft gegen die Unterlassungsverpflichtung, wird die vereinbarte Vertragsstrafe fällig. Außerdem lebt die Wiederholungsgefahr wieder auf, die nur bei erhöhtem Vertragsstrafeversprechen wieder untergeht. Es ist also eine neue Abmahnung mit erhöhter Vertragsstrafeforderung möglich.

Die Vertragsstrafe wird aber nur bei Verschulden des Vertragsstrafeschuldners (des Abgemahnten) fällig. Der Verletzer muss also wenigstens fahrlässig gehandelt haben. Für ein Verschulden reicht ein Verschulden der Erfüllungsgehilfen des Vertragsstrafeschuldners. Ob der neue Verstoß vom Vertragsstrafeversprechen umfasst wird, ist durch Auslegung des Unterlassungsvertrags nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln, wobei besonders die bereits erwähnte „Kernbereichsrechtsprechung“ zu berücksichtigen ist: Nach der Rechtsprechung umfasst eine einmal abgegebene Unterlassungsverpflichtung nicht nur die ursprünglich beanstandete Handlung. Sie geht vielmehr viel weiter. Erfasst werden alle „im Kern gleichartigen“ Verstöße. Das sind all diejenigen Verstöße, die das charakteristische der ursprünglichen Verletzungshandlung beinhalten. Als Faustformel kann man sagen: Alle Handlungen, die den Unwert der ursprünglichen Handlung umfassen, gehören zum „Kernbereich“. Das führt erfahrungsgemäß immer wieder zu unliebsamen Überraschungen beim Vertragsstrafeschuldner.

16 Musterunterlassungserklärung im Wettbewerbsrecht wegen „Anschwärzung“

Die farblichen Hervorhebungen in der folgenden Anlage entsprechen den entsprechend farblich markierten Abschnitten im vorhergehenden Text.

Die Abmahnung betrifft eine unwahre Tatsachenbehauptung („Anschwärzung“) über Waren eines Wettbewerbers durch den Geschäftsführer selbst. Es wurden daher sowohl die GmbH als auch der Geschäftsführer selbst in Anspruch genommen.

Wäre die Äußerung durch einen Angestellten oder Beauftragten begangen worden, hätte man den Geschäftsführer als Täter nur in Anspruch nehmen können, wenn er wettbewerbliche Verkehrspflichten verletzt hätte. Sonst wäre er nur „Störer“ gewesen. In diesem Fall hätte man von dem Geschäftsführer nur eine nicht vertragsstrafebewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung verlangen können.

Um den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs von vornherein zu vermeiden, werden im Muster die GmbH und deren Geschäftsführer gebührensaparend als Streitgenossen in Anspruch genommen.

Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung

1. Firma ... GmbH
2. Herrn Geschäftsführer ...
- "Schuldner" -

verpflichten sich gegenüber der

Firma ...
- „Gläubigerin“ -

1. es voneinander unabhängig jeweils als geschäftliche Handlung zu unterlassen, gegenüber Dritten zu behaupten, die Gläubigerin würde [Unwahre Tatsachenbehauptung] wenn es geschieht wie am [Datum] gegenüber Herrn ... geschehen;

2. jeweils voneinander unabhängig für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung gegen die unter Ziff. 1 beschriebenen Handlung unter Ausschluss der Grundsätze des Fortsetzungszusammenhangs eine Vertragsstrafe von € 10.000,00 (in Worten: zehntausend Euro) an die Gläubigerin zu bezahlen und

3. gesamtschuldnerisch gegenüber der Gläubigerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der unter Ziff. 1 beschriebenen Verletzungshandlung;

4. gesamtschuldnerisch der Gläubigerin jeden Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unter Ziff. 1 beschriebenen Verletzungshandlung entstanden ist oder noch entstehen wird;

5. die Kosten, die durch die Inanspruchnahme der Rechtsanwälte ... entstanden sind, nach Maßgabe einer 1,5 -Gebühr gemäß VV 2300 zuzüglich Auslagen aus einem Gegenstandswert von € 100.000,00 zu tragen.

[Ort], den

1.
(Firma ... GmbH)

2.
(Geschäftsführer)

Jeder Fall ist anders. Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und verpflichtungserklärung will wohl überlegt sein. Fragen Sie im Zweifel Ihre Rechtsanwälte.

Autor:

Thomas Seifried

<http://www.prs-law.de/rechtsanwaelte-wirtschaftsrecht/rechtsanwalt-wettbewerbsrecht.html>

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
gewerblichen Rechtsschutz

Rechtsanwälte Päsel Reiff Seifried Partnerschaft
Böhmerstraße 12
60322 Frankfurt am Main

Tel. +49 69 9150999-0

Fax +49 69 9150999-99

info@prs-law.de

<http://www.prs-law.de>



Über Anmerkungen, Kommentare und Hinweise zu diesem Ebook freut sich der Autor stets unter der Email-
adresse abgemahnt@prs-law.de

Vom Autor ist außerdem erschienen als kostenloses Ebook:

Rechtssicher werben - Rechtliche Grundlagen für Marketing und CRM für Marketingabteilungen und Werbeagenturen

Ein Praxisratgeber zum Werberecht mit neuem Telefonwerbegesetz - Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, Markenrechts, Urheberrechts und verwandter Rechtsgebiete

Laden Sie sich hier das kostenlose Ebook „Rechtssicher werben“ herunter:



http://www.prs-law.de/index.php?id=rechtssicher_werben