

Thomas Seifried

## Abgemahnt? Die erste-Hilfe-Taschenfibel

**Über den rechtlichen Umgang mit Abmahnungen**

im Wettbewerbsrecht, Markenrecht,  
Geschmackmusterrecht, Domainrecht, Patentrecht  
und Urheberrecht

Stand: Januar 2011

## Abgemahnt? – Die erste-Hilfe-Taschenfibel

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

### Inhaltsverzeichnis

<b>1. Vorwort</b>	4
<b>2. Was ist eine Abmahnung?</b>	5
<b>3. Kurzübersicht über die Begriffe im Immaterialgüterrecht</b>	5
<b>4. Zweck einer Abmahnung</b>	6
4.1 Keine Prozessvoraussetzung	6
4.2 Aber Prozessvermeidung	6
4.3 Sofortiges Anerkenntnis vermeiden	6
<b>5. Wer darf abmahnen - Die Aktivlegitimation</b>	6
<b>6. Wer kann abgemahnt werden? Die Passivlegitimation</b>	7
6.1 Der Täter/Verletzer	7
6.2 Verletzer von Verkehrspflichten	8
6.3 Der Störer	8
6.4 Haftung für fremde Handlungen	8
<b>7. Form einer Abmahnung</b>	8
<b>8. Aufbau einer Abmahnung</b>	8
8.1 Sachverhaltsdarstellung	8
8.2 Rechtliche Würdigung	8
8.3 Fristsetzung	8
8.4 Die Anlage: Vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung	9
8.4.1 Unterlassungsverpflichtung: Die in die Verletzungsform gegossene Verletzungshandlung	9
8.4.2 Die Vertragsstrafeverpflichtung	10
8.4.3 Auskunft, Rechnungslegung	11
a. Auskunft als Schadensersatzvorbereitung	11
b. Wie detailliert muss Auskunft gegeben werden?	11
c. Was passiert bei falscher Auskunft?	12
8.4.4 Schadensersatzfeststellung	12
8.4.5 Bereicherungsanspruch	13
8.4.6 Abmahnkosten: Rechtsanwaltsgebühren, Patentanwaltsgebühren	13
a. Grundsatz: Kostenerstattung	13
b. Höhe der Gebühren	13
8.5 Vollmacht	14

<b>9. Berechtigungsanfrage/Schutzrechtshinweis</b>	15
<b>10. Rechtsmissbrauch - oft schwer zu beweisen</b>	15
<b>11. Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung - die Folgen</b>	16
11.1 Unveränderte Abgabe	16
11.2 Abänderung der Unterlassungserklärung	16
11.3 Kaum bekannt: Die Drittwirkung	17
<b>12. „Dauer“ der Unterlassungserklärung</b>	17
<b>13. Beendigung des Unterlassungsvertrags - schwierig!</b>	17
<b>14. Strategien bei unberechtigter Abmahnung</b>	17
14.1 Ignorieren der Abmahnung	17
14.2 Schutzschrift	18
14.3 Negative Feststellungsklage	18
14.4 Gegenabmahnung	18
<b>15. Strategien bei berechtigter Abmahnung</b>	18
<b>16. Was geschieht bei einem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung?</b>	18
<b>17. Sieben Indizien für zweifelhafte Abmahnungen</b>	19
<b>18. Typische Unterlassungserklärungen im Wettbewerbsrecht und im Markenrecht</b>	20
Typische vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zu einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung wegen „Anschwärzung“	21
Typische vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zu einer markenrechtlichen Abmahnung	22
<b>Impressum</b>	23

## 1. Vorwort

Dieses Ebook ist erstmals erschienen im Oktober 2009 und erfreut sich im Internet seitdem großer Beliebtheit. Es wurde geschrieben für diejenigen, die eine Abmahnung erhalten haben. Behandelt werden Abmahnungen wegen Verletzung von gewerblichen Schutzrechten (Marken und sonstige Kennzeichen, Domains, Geschmacksmuster, Patente und Gebrauchsmuster), Verletzungen von urheberrechtlichen Nutzungsrechten und Abmahnungen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht.

Mit dieser Aktualisierung wird „Abgemahnt – Die erste-Hilfe-Taschenfibel“ an den neuesten Rechtsstand angepasst. Die im Oktober 2009 eingeführten neuen gesetzlichen Ansprüche des Verletzten auf Vorlage und Besichtigung und auf Vorlage von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen werden ebenso behandelt, wie die aktuelle Rechtsprechung, etwa zur Vollmachtsvorlage und zur Erstattung von Patentanwaltskosten.

Die vorliegende Aktualisierung enthält gegenüber der Version von September 2009 außerdem einen kurzen Überblick über das Immaterialgüterrecht (gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) sowie vertiefte Ausführungen zum Rechtsmissbrauch. Als weitere Neuerung enthält sie eine Aufzählung von Indizien, die auf Schwächen einer Abmahnung hindeuten. Liegen eine oder mehrere dieser Indizien vor, lohnt sich häufig eine genauere Blick auf die Abmahnung: Hier sind die geltend gemachten Ansprüche oft nicht oder jedenfalls nicht so, wie sie vorformuliert wurden, durchsetzbar.

Der Erhalt einer Abmahnung ist immer unerfreulich. Schnell werden dem Abmahnenden selbst unlautere Motive, unterstellt, etwa eine Missbrauchsabsicht. Manchmal wird auch der Ernst der Lage unterschätzt. Aussitzen lässt sich eine Abmahnung selten und die Kosten eines verlorenen Prozesses im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sind hoch.

Dieses Buch beantwortet die für den Abgemahnten wichtigsten Fragen: Ist die Abmahnung berechtigt oder vielleicht rechtsmissbräuchlich? Soll ich eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben? Kann

ich die Unterlassungserklärung abändern? Muss ich die Rechtsanwaltsgebühren und eventuell zusätzlich berechnete Patentanwaltsgebühren 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 und nicht zuletzt: Kann ich mich wehren?

Das Buch orientiert sich ausschließlich an der neueren obergerichtlichen oder höchstrichterlichen Rechtsprechung. Nur diese ist für die Praxis relevant.

Der Anhang enthält als Beispiele zwei Abmahnungen mit häufig verwendeten Klauseln. Die beiden Muster eignen sich nicht als Vorlage für denjenigen, der selbst eine Abmahnung formulieren möchte. Denn die Klauseln enthalten auch Formulierungen, auf die in dieser Form oft kein gesetzlicher Anspruch besteht.

Die einzelnen Klauseln werden ausführlich erläutert. Die Farben dienen dabei als Wegweiser: Die Klauseln und der vorhergehende Text sind mit Farben unterlegt, die sich entsprechen. Die jeweilige Klausel ist also mit der gleichen Farbe unterlegt, wie der Text, der die Klausel erläutert.

Noch eines zum Schluss: Es geht um Recht. Hier gibt es nur selten ausschließlich 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. Dem geübten und aufmerksamen Leser einer Abmahnung offenbaren sich in einer Abmahnung wertvolle Hinweise, die eine Einschätzung des Abmahnenden und seiner möglichen Reaktionen erlauben. Eine solche Einschätzung geben zu können, ist Zweck dieses Ebooks.

**Frankfurt am Main im Januar 2011**

**Thomas Seifried**

## 2. Was ist eine Abmahnung?

Als „Abmahnung“ bezeichnet man die Aufforderung, eine bestimmte Rechtsverletzung künftig zu unterlassen. 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.

Eine solche Rechtsverletzung kann sich beispielsweise aus Wettbewerbsrecht/Lauterkeitsrecht ergeben, etwa wenn unlauter geworben wird. Eine ausführliche Darstellung des Werberechts und besonders des Wettbewerbsrechts/Lauterkeitsrechts findet sich in dem kostenlosen Ebook „Rechtssicher werben“.

Als verletzte Rechte kommen außerdem Immaterialgüterrechte in Betracht. Immaterialgüterrechte – oft auch „geistiges Eigentum“ genannt – sind eingetragene und nicht eingetragene Schutzrechte.

## 3. Kurzübersicht über die Begriffe im Immaterialgüterrecht

Die Immaterialgüterrechte lassen sich einteilen in Schutzrechte, die durch Eintragung (Registrierung) entstehen und solche die ohne Eintragung entstehen. Schutzrechte, die durch Eintragung bei einem Amt (z.B. Deutsches Patent- und Markenamt - DPMA, Harmonisierungsamt - OAMI, World Intellectual Property Organization - WIPO) entstehen, sind Marken, Geschmacksmuster (Designs), Patente und Gebrauchsmuster („kleine Patente“). Marken und Geschmacksmuster können auch ohne Eintragung entstehen. Ein Geschmacksmus-

ter/Design kann nur durch Veröffentlichung als nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster entstehen. Eine Marke kann alleine auch durch Benutzung und gewisse Bekanntheit (Benutzungsmarke) entstehen. Außerdem nur durch Benutzung entstehen Unternehmenskennzeichen (z.B. viele Domains) und Werktitel. Eine Marke kennzeichnet ein Produkt, also eine Ware oder eine Dienstleistung. Ein Unternehmenskennzeichen kennzeichnet ein bestimmtes Unternehmen oder einen Unternehmensteil. Ein Werktitel kennzeichnet ein Werk, z.B. die Bezeichnung für ein Bühnenwerk oder auch eine Software/App.

Ebenfalls ohne Eintragung, nämlich allein durch Schöpfung eines Werkes sind die im Urheberrechtsgesetz geregelten Schutzrechte. Das ist zunächst das Urheberrecht. Dieses ist unübertragbar. Übertragbar sind aber die urheberrechtlichen Nutzungsrechte (z. B. das Recht, ein Werk zu veröffentlichen oder zu kopieren). Ebenfalls im Urheberrechtsgesetz geregelte sind die verwandten Schutzrechte (z.B. das Recht des Fotografen, das Datenbankrecht).

Marken, Unternehmenskennzeichen, Werktitel, Geschmacksmuster, Patente und Gebrauchsmuster bezeichnet man auch als „gewerbliche Schutzrechte“. Eine Verletzung dieser gewerblichen Schutzrechte setzt immer ein Handeln im geschäftlichen, d. h. nichtprivaten Bereich voraus. Wer z. B. privat ein Plagiat verkauft, verletzt grundsätzlich keine Marke. Diese Unterscheidung zwischen privatem und gewerblichen Bereich spielt regelmäßig in den eBay-Fällen eine Rolle. Die gewerblichen Schutzrechte und das Wettbewerbsrecht bezeichnet man zusammen als „gewerblichen Rechtsschutz“.

Urheberrechtsverletzungen setzen kein Handeln im gewerblichen Bereich voraus. Die Frage, ob ein gewerbliche Handlung oder ein Handeln im privaten Bereich vorliegt, spielt im Urheberrecht nur beim Haftungsumfang (Höhe der zu ersetzenden Abmahnkosten) und der Strafbarkeit eine Rolle.

Eine ausführlichere Übersicht über die gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht findet sich in dem kostenlosen Ebook „Rechtssicher werben“

## 4. Zweck einer Abmahnung

### 4.1 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 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.

### 4.2 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.

### 4.3 Sofortiges Anerkenntnis vermeiden

Ein weiterer Grund für eine Abmahnung liegt im deutschen Zivilprozessrecht. Er heißt „sofortiges 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 derjenige einen Prozess bezahlt, der ihn verliert, muss also hier der Gewinner des Prozesses die Prozesskosten bezahlen. Das möchte man gerne vermeiden.

## 5. 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 aber beispielsweise als einfacher Lizenznehmer einer Marke Ansprüche geltend machen will, braucht immer die Ermächtigung des Rechteinhabers.

**TIPP:** Wer also in einer Abmahnung behauptet, er sei lediglich einfacher Lizenznehmer eines 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 selbst.

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 zumindest 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 Handelskammern 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.

## ■ BEISPIEL

Bei einem alteingesessenem Wettbewerbsverband wird zwar widerleglich vermutet, dass er abmahnbefugt 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 abzumachen (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).

## 6. Wer kann abgemahnt werden? Die Passivlegitimation

### 6.1 Der Täter/Verletzer

Abgemahnt werden kann grundsätzlich jeder, der selbst fremde Schutzrechte verletzt oder gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstößt. Dies ist der sog. „Passivlegitimation“. Passivlegitimiert ist 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.

## ■ BEISPIEL

Eine Illustrierte, die im redaktionellen Teil 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).

## 6.2 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.

### ■ BEISPIEL

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).

## 6.3 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.

### ■ BEISPIEL

Als Störer kann in der Regel nach der Rechtsprechung auch der Geschäftsführer einer GmbH persönlich haften.

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

## 6.4 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).

## 7. Form einer Abmahnung

Eine Abmahnung braucht keine besondere Form. Sie kann schriftlich, per Telefax, Email oder auch münd-

lich, 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.

## 8. Aufbau einer Abmahnung

Eine Abmahnung hat typischerweise den folgenden Aufbau:

### 8.1 Sachverhaltsdarstellung

In der Sachverhaltsdarstellung muss die vorgeworfene Rechtsverletzung präzise dargestellt 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. Im Fall einer Markenverletzung muss der Abmahnende genau wiedergeben, welches Zeichen auf welchem Produkt die Marke verletzt.

Im Geschmacksmusterecht wiederum sind sog. „Merkmalsanalysen“ aus strategischen Überlegungen beliebt. Hierin wird die Eigenart des Geschmacksmusters und der Unterschied zum vorbekannten Formenschatz in Worten beschrieben. So wird oft möglichen Zweifeln an der Eigenart des angeblich verletzten Musters entgegengewirkt.

### 8.2 Rechtliche Würdigung

Eine rechtliche Würdigung des Sachverhalts ist üblich aber nicht unbedingt notwendig. 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).

### 8.3 Fristsetzung

Die Fristen bis zum Eingang der strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung werden üblicher-

weise 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 dringlichkeitsschädlich. 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.

## 8.4 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 ein 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 Abmahner 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.

### 8.4.1 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 des vermeintlichen Rechtsverletzers er beanstandet. Nur für diese Handlung kann er künftig vom Abgemahnten Unterlassung verlangen.

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. Der häufige Einwand „*das habe ich nicht gewusst*“, 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 Abmahner soll künftig auch für solche Handlungen eine Vertragsstrafe bezahlen, die nach dem Gesetz gar nicht verboten wären.

## ■ BEISPIELE

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 unterlassen, 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.

Wer über eBay T-Shirts anbietet, die mit einer Bezeichnung versehen waren, die als Marke geschützt ist, muss sich nicht verpflichten, es zu unterlassen derart gekennzeichnete „Textilien“ anzubieten. Denn der Begriff „Textilien“ umfasst eben auch beispielsweise Oberhemden oder Hosen. Ebensowenig muss er sich verpflichten es zu unterlassen, solche T-Shirts „einzuführen“, wenn er sie nicht selbst eingeführt hat.

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 Abgemahnenden.

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 einigen Oberlandesgerichten vor dem „Insbesondere“-Teil zu unbestimmt. Die Streichung des „Insbesondere“-Zusatzes wäre eine teilweise Klagerücknahme (OLG München BeckRS 2009, 23375).

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 Abgemahnenden 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 Abgemahnenden 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 Abgemahnenden gerne auch verdrängt oder vergessen. Nicht aber vom Abmahner. Neuerlicher Verstöße erst Jahre nach Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung sind in der Praxis recht häufig.

**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 Mitarbeiter instruiert werden. Auch für deren Verstöße haftet nämlich der Vertragsstrafeschuldner.

## 8.4.2 Die Vertragsstrafeverpflichtung

Üblicherweise als zweite Verpflichtung enthält die vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungser-

klärung das Versprechen, im Fall eines Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht eine bestimmte Vertragsstrafe zu bezahlen. Ohne eine solche Verpflichtung wird die Wiederholungsfahr 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 Wiederholungsfahr nicht nur nicht 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!

### 8.4.3 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 Verletzer 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 Pla-

giats 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 rechtsverletzenden 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. Seit dem 1.10.2009 muss der Verletzer, der im gewerblichen Ausmaß fremde Schutzrechte verletzt, auch geeignete von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen vorlegen. Ein „gewerbliches Ausmaß“ wird bei einer Verletzung der gewerblichen Schutzrechte (Marken, sonstige Kennzeichen, Domains, Geschmacksmuster, Gebrauchsmuster und Patente) in aller Regel vorliegen. Denn hier ist ein gewerbliches Handeln ohnehin Voraussetzung für die Ansprüche. Gemeint sind insbesondere Kontoauszüge, Buchhaltungsunterlagen, Verträge und Korrespondenz mit Lieferanten und Kunden, soweit diese tatsächlich die Rechtsverletzung oder deren Umfang nachweisen können.

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

Seit dem 1.10.2009 gibt es auch die sog. „Drittauskunft“. Auskunftspflichtig sind bei offensichtlicher Rechtsverletzung oder nach Klageerhebung dann unter Umständen auch beispielsweise Spediteure, Lagerhalter oder die Betreiber von Onlineauktionsplattformen.

### 8.4.4 Schadensersatzfeststellung

Gewöhnlich als nächste vorformulierte Klausel wird die Verpflichtung zum Schadensersatz verlangt. Im Unterschied zum verschuldensunabhängigen 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 Verletzte 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) oder 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.

#### 8.4.5 Bereicherungsanspruch

Wenn der Verletzte seinen Schaden nach der Lizenzanalogie berechnet, kann er vom Verletzter 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).

#### 8.4.6 Abmahnkosten: Rechtsanwaltsgebühren, Patentanwaltsgebühren

##### 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 Rechtsanwaltsgebühren erstattet verlangen. Das gilt auch für einen Rechtsanwalt, der eine eigene Rechtsverletzung abmahnt, beispielsweise einen Wettbewerbsverstoß wegen eines 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 ab €25.000,00 die Regel. Eine 1,3-Gebühr hieraus wären Rechtsanwaltskosten in Höhe von €911,80 zzgl. MwSt. 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 als Streitwert angesetzt. Für einfache Fälle kann der Abmahner im nichtgeschäftlichen Bereich aber unabhängig vom Gegenstandswert 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 von den Gerichten als Streitwerte 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 Geschäftsgebühr 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 Abmahnende 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.

Kosten eines hinzu gezogenen Patentanwalts sind zu erstatten, wenn dies erforderlich war. Musste also z.B. der Verletzte zunächst einen Patentanwalt mit einer Recherche zum Registerstand oder zur Benutzung des Schutzrechts beauftragen, so sind diese Kosten auch vom Verletzer zu erstatten und zwar auch im Wettbewerbsrecht (OLG Frankfurt v. 12.10.2010, BeckRS 2010, 29045).

Ob Patentanwaltskosten auch dann zu erstatten sind, wenn eine Hinzuziehung nicht erforderlich war, ist bisher abschließend nicht geklärt. Einige Oberlandesgerichte lehnen dies ab (OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 05681 und nun auch ; OLG Frankfurt GRUR-RR 2010, 127 - Vorgerichtliche Patentanwaltskosten). Andere Oberlandesgerichte gewähren den Ersatz von Patentanwaltskosten auch dann, wenn der Abmahnenden nicht nachweist, dass die Mitwirkung des Patentanwalts notwendig war (OLG HH GRUR-RR 2008, 370 - Pizza Flitzer; KG GRUR-RR 2010, 403 - Vorprozessuale Patentanwaltskosten). Hier wird erst eine Entscheidung des BGH Klarheit schaffen.

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.

## 8.5 Vollmacht

Grundsätzlich sollte der Abmahnende eine Vollmacht beifügen. Tatsächlich gibt es aber immer wieder Fälle, in denen Rechtsanwälte ohne tatsächliche Legitimation sozusagen auf eigene Faust abmahnen.

Einige Oberlandesgerichte waren längere Zeit der Ansicht, dass der Empfänger einer Abmahnung diese zurückweisen kann, wenn der Abmahnung keine Vollmachtsurkunde im Original beilag. Der BGH ist da anderer Ansicht: Ob der Abmahnung eine Vollmachtsurkunde beigelegt war oder nicht, hat auf die Wirksamkeit der Abmahnung keinen Einfluss (BGH GRUR 2010, 1120 – Vollmachtsnachweis). Wer allerdings Zweifel an einer Bevollmächtigung des Rechtsanwalts hat, sollte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung von der Vorlage einer Vollmacht abhängig machen.

**TIPP:** Bei berechtigten Zweifeln an der Bevollmächtigung des abmahnenden Rechtsanwalts sollte man bei einer berechtigter Abmahnung erwidern, dass man sich erst unterwirft, wenn eine Vollmacht vorgelegt wird.

## 9. 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 und keine vorformulierte 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

## 10. Rechtsmissbrauch - oft 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 oder sonstige „sachfremde Motive“.

Wer rechtsmissbräuchlich abmahnt, hat nicht nur keinen Anspruch auf die Erstattung der Abmahngebühren. Eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung führt auch dazu, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch selbst nicht besteht (BGH GRUR 2002, 357 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). Eine anschließende Klage wäre also unzulässig. Selbst wenn die Abmahnung also eigentlich berechtigt gewesen wäre, verliert der Abmahner den anschließenden Prozess, wenn ihm nachgewiesen wird, dass er überwiegend (nicht ausschließlich!) aus Gebühreninteressen oder in Schädigungsabsicht abmahnt hat.

Ein Rechtsmissbrauch ist für den Abgemahnten aber oft kaum oder gar nicht zu beweisen. Denn der Abgemahnte wird meistens die Gebührenvereinbarungen zwischen dem Gegner und seinem Rechtsanwalt nicht kennen. So wird er beispielsweise über eine vereinbarte Gebührenteilung genausowenig wissen wie über eine ebenso unzulässige erfolgsabhängige Vergütung. Die Rechtsprechung hat allerdings Indizien für einen Rechtsmissbrauch entwickelt:

→ 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 Verletzter 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). Dies ist besonders in den Filesharing-Fällen recht beliebt.

→ Missbrauch des fliegenden Gerichtsstands: Systematisches Verklagen an entfernten Gerichtsständen, zu denen keine der Parteien einen Bezug hat (OLG Hamm BeckRS 2009, 19341; KGMMR 2009, S. 69; ). Dadurch sollen die Kosten des Gegners in die Höhe getrieben werden. Oft ist dies auch ein Indiz für eine Massenabmahnung. Denn dadurch wird die Masse der Fälle auf viele Gerichte verteilt, ohne dass man bei einem einzelnen Gericht übermäßig auffällig und damit gerichtsbekannt (OLG Hamm BeckRS 2010, 20192) wird (vgl. auch LG Braunschweig-GRUR-RR 2008, 214).

→ Zahlreiche 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 33. Zivilkammer (GRUR-RR 2006, 416 - Media-Märkte ). Anderer Ansicht sind die Kammern für Handelsachen des LG München I (GRUR-RR 2006, 418 - Preis-suchmaschine). Auch das OLG Frankfurt am Main ist zurückhaltender: Es nahm auch bei 200 versandten Abmahnungen und Anwaltsgebühren, die den Jahresumsatz des Abmahnenden deutlich übersteigen, noch keinen Rechtsmissbrauch an (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2007, 56 - Sprechender Link).

→ Stark überhöhte Gegenstandswerte: Bei Verstößen von unterdurchschnittlichem Gewicht (nach Ansicht des OLG Hamm: Informationspflichten im Rahmen der Widerrufsbelehrung werden verletzt, Garantiebedingungen nicht erläutert werden oder AGB enthalten unzulässige Klauseln, die den Abmahner in der Praxis nicht besonders beeinträch-

tigt) In solchen Fällen sind „abenteuerlich überhöhte Gegenstandswert[e]“, die „nicht einmal ansatzweise gerechtfertigt“ sind ein besonders starkes Indiz für einen Rechtsmissbrauch (OLG Hamm, BeckRS 2010, 20192)

→ Die Vertragsstrafe wird verschuldensunabhängig gefordert. (OLG Hamm, BeckRS 2010, 20192)

→ Unzulässige Gebührenabsprachen zwischen Abmahnendem und seinem Anwalt: Erfolgsabhängige Vergütung des Rechtsanwalts oder Beteiligung des Mandanten an von dem Abgemahnten erhaltenen Gebühren oder Vertragsstrafen (KG Berlin, MMR 2008, 742; KG Berlin BeckRS 2010, 19475)

→ Verwandtschaft zwischen Anwalt und Mandant (LG Bielefeld ,BeckRS 2009, 0363)

→ Die Gebühren werden besonders nachdrücklich gefordert. Beispielsweise wird die Klausel über die Gebührenerstattung durch Fettdruck hervorgehoben oder die Gebühren werden mit besonders kurzer Frist gefordert (OLG Hamm, BeckRS 2010, 20192)

Diese Beispiele sind lediglich Indizien und sie wiegen unterschiedlich schwer. Bei manchen müssen mehrere zusammenkommen um ein Gesamtbild des Rechtsmissbrauchs entstehen zu lassen. Das wird z.B. bei hervorgehobenen Klauseln zur Gebührenerstattung der Fall sein. Andere wiegen so schwer, dass sie alleine einen Rechtsmissbrauch indizieren. Hierzu zählen vor allem unzulässige Gebührenvereinbarungen zwischen dem Abmahnenden und seinem Anwalt.

## 11. Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung - die Folgen

### 11.1 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.

## 11.2 Abänderung der Unterlassungserklärung

Die Abänderung der Unterlassungserklärung ist immer zu empfehlen: Eine abgeänderte Unterlassungserklärung muss der Abmahnende ausdrücklich annehmen. Manche vergessen dies. Fehlt die Annahmeerklärung, geht zwar die Wiederholungsfahrer unter. Es kommt aber kein Unterlassungsvertrag zu Stande. Die Folge: Der Abmahnende würde eine Unterlassungsklage wegen Wegfalls der Wiederholungsfahrer 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 Wiederholungsfahrer beseitigt wird (OLG Frankfurt, 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 solche Vertragsstrafestreitigkeiten oft kompetenter entscheiden können, als die Amtsgerichte.

## 11.3 Kaum bekannt: Die Drittwirkung

Eine einmal abgegebene Unterlassungserklärung beseitigt die Wiederholungsfahrer 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.

## 12. „Dauer“ der Unterlassungserklärung und Beendigung des Unterlassungsvertrags

Oft ist im Internet zu lesen, die Unterlassungserklärung „gelte“ 30 Jahre lang. Das ist falsch. Ein einmal abgege-

benes 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).

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 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 Wiederholungsfahrer nicht durch Abgabe einer erneuten und mit höherer Vertragsstrafe versehener Unterlassungserklärung ausgeräumt. Hierzu näheres unter >„Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung“.

## 13. 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 Unterwerfungsvertrags. 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 Abmahnende über die Rechtslage oder den Sachverhalt getäuscht, kann er unter Umständen seine Willenserklärung anfechten.

## 14. Strategien bei unberechtigter Abmahnung

### 14.1 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. Denn daran verdienen sie kaum etwas, wenn sie nach den gesetzlichen Gebühren abrechnen und nicht nach einem Stundensatz. Ein Rechtsanwalt verdient an einer Zwangsvollstreckung nur einen Bruchteil der Gebühren, die er für einen Vertragsstrafprozess verdienen würde. Aber Vorsicht: Auch die durch das Gericht im Zwangsvollstreckungsverfahren festgesetzten Ordnungsgelder steigen von Verstoß zu Verstoß an.

### 14.2 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 diesselben Richter der bereits erlassenen (und trotz Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung wirksamen!) Beschlussverfügung.

### 14.3 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 und zwar am Gericht seines eigenen Wohn- oder Geschäfts-ortes.

### 14.4 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 nicht nötig (s.o.) und in aller Regel auch nicht sinnvoll. Denn die Kosten für eine Gegenabmahnung muss der Gegner 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).

## 15. 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.

## 16. 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 immer wieder zu unliebsamen Überraschungen beim Vertragsstrafeschuldner.

## 17. Sieben Indizien für zweifelhafte Abmahnungen

Manchen Abmahnungen sieht man schnell an, dass die geltend gemachten Ansprüche zweifelhaft sind. Hier ist

besondere Vorsicht geboten. Es gibt Indizien hierfür:

→ Der Abmahnenden hat kein vernünftiges wirtschaftliches Interesse an der Abmahnung, etwa weil sein Geschäft derart klein und unbedeutend ist, dass auch ein Erfolg der Abmahnung in keinen wirtschaftlichen Vorteil bringen würde. In diesen Fällen kann es sich lohnen, einen möglichen Rechtsmissbrauch genauer zu untersuchen.

→ Der Gegenanwalt ist überwiegend auf ganz anderen Rechtsgebieten tätig. Dies ist häufig ein Indiz dafür, dass der Gegenanwalt aus dem Freundes- oder Bekanntenkreis stammt. Hier lohnt sich immer auch ein genauer Blick auf die rechtlichen Ausführungen in der Abmahnung und die vorformulierte Unterlassungserklärung.

→ Der behauptete Sachverhalt ist unpräzise dargestellt oder er passt nicht zum Geschäft des Abgemahnten. Das Datum der behaupteten Rechtsverletzung wird nicht genannt. Oder es wird beispielsweise ein Wettbewerbsverstoß in einem Onlineshop behauptet, obwohl der Abgemahnte einen solchen gar nicht betreibt. Hier handelt es sich häufig um hastig angepasste Formulierungen einer Massenabmahnung. Der Sachverhalt passt dann häufig genauso wenig zur Abmahnung wie die erhobenen Ansprüche.

→ Die zitierten Gerichtsentscheidungen sind nur solche erster Instanz, also Entscheidungen von Amts- oder Landgerichten. Hier gibt es entweder noch keine gefestigte Rechtsprechung oder eine solche wird unterschlagen, weil sie die erstinstanzliche Rechtsprechung nicht stützt oder ihr gar entgegensteht.

→ Eine gesetzte Frist wird mehrmals verlängert. Ein Rechtsinhaber, der sich seiner Sache sicher ist, verlängert in aller Regel keine Fristen.

→ Es wird im Anschluss an die Abmahnung der Entwurf einer Klage oder des Antrags übersandt. Auch hier gilt: Ist sich der vermeintliche Rechtsinhaber sicher, wird er seinen Anwalt in den allermeisten Fällen sofort die Klage oder den Verfügungsantrag

bei Gericht einreichen lassen. Umso mehr, wenn ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gewählt werden soll. Alles andere würde nur kostbare Zeit kosten.

Je mehr dieser Indizien in einer Abmahnung zusammenfallen, desto wahrscheinlicher ist es erfahrungsgemäß, dass die in der Abmahnung geltend gemachten Ansprüche entweder gar nicht oder nicht in dem behaupteten Umfang bestehen.

## 18. Typische Unterlassungserklärungen im Wettbewerbsrecht wegen „Anschwärzung“ und im Markenrecht

Im Folgenden sind zwei vorformulierte Unterlassungserklärungen zu finden, wie man sie häufig als Anhänge zu Abmahnungen findet.

### WICHTIGER HINWEIS

Die folgenden Muster sind nicht als Vorlage geeignet für denjenigen, der selbst eine Abmahnung formulieren möchte. Die Muster enthalten einige Formulierungen, die zu beanstanden wären oder zu deren Einhaltung sich ein Rechtsverletzer häufig nicht verpflichten muss!

Die farblichen Hervorhebungen in der folgenden Anlage entsprechen den entsprechend farblich markierten Abschnitten im vorhergehenden Text. Die farblich markierten Textabschnitte sind also auch Kommentierungen der nachfolgenden entsprechend farblich markierten Klauseln.

Die erste 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.

Das zweite Beispiel ist eine vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, wie sie häufig wegen Anbietens von widerrechtlich markierten Textilien versandt wird. Hier wird die Vertragsstrafe nach dem sogenannten „modifiziertem Hamburger Brauch“ bestimmt: Nach einem Verstoß setzt hier der Gläubiger die Vertragsstrafe fest, deren Höhe im Streitfall das zuständige Gericht überprüft.

### ACHTUNG

Zuständig ist nach dem Gesetz das Gericht am Geschäftsort des Schuldners. Häufig wird bei einem vorformuliertem „Hamburger Brauch“ eine Gerichtsstandsvereinbarung „eingebaut“. Hierauf muss sich ein Verletzer nicht einlassen. Im zweiten Beispiel geschieht dies mit den Worten

*„[...] eine von der Gläubigerin zu bestimmende **und von dem Landgericht Frankfurt am Main im Streitfall auf deren Angemessenheit hin zu überprüfenden [...]**“.*

Im zweiten Muster wäre also, wenn der Verletzer diese Unterlassungserklärung unverändert unterschreibt, das Landgericht Frankfurt am Main zuständig, unabhängig vom Geschäftsort des Verletzers und Vertragsstrafeschuldners.

## Typische vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zu einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung

1. Firma ... GmbH

2. Herrn Geschäftsführer ...

- „SCHULDNERIN“ -

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)

## Typische vorformulierte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zu einer markenrechtlichen Abmahnung

Firma ... GmbH

- „SCHULDNERIN“ -

verpflichtet sich gegenüber der

Firma ...

- „GLÄUBIGERIN“ -

1. es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Textilien anzubieten, einzuführen, in Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, die mir der Bezeichnung „AWESOME“ gekennzeichnet sind, sofern diese Textilien nicht mit Zustimmung der ... GmbH in die Europäische Union oder in einen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden sind, insbesondere wenn es sich um T-Shirts handelt, wie in der nachfolgend Darstellung wiedergegeben [es folgt eine Abbildung eines mit T-Shirts der Aufschrift „AWESOME“]
2. für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung gegen die unter Ziff. 1 beschriebenen Handlung eine von der Gläubigerin zu bestimmende und von dem Landgericht Frankfurt am Main im Streitfall auf deren Angemessenheit hin zu überprüfenden Vertragsstrafe an die Gläubigerin zu bezahlen und
3. gegenüber der Gläubigerin Auskunft zu erteilen über Herkunft und Vertriebsweg der widerrechtlich gekennzeichneten Textilien über Name und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer; Name und Anschrift der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die die Ware bestimmt war; die Anzahl der angebotenen, eingeführten, in Verkehr gebrachten Textilien, deren Einkaufs- und Verkaufspreise und der Gestehungskosten; die erzielten Nettoerlöse und den erzielten Gewinn und zwar durch Vorlage von Kopien der Rechnungen und Lieferscheinen der Lieferanten und der gewerblichen Abnehmer und von Kopien von geeigneten Bank-, und Finanz- unterlagen;
4. der Gläubigerin jeden Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unter Ziff. 1 beschriebenen Verletzungshandlung entstanden ist oder noch entstehen wird;
5. Alle widerrechtlich gekennzeichneten Textilien unverzüglich zurückzurufen und bis spätestens .... - eingehend bei den Unterzeichnern – den Rückruf in geeigneter Form nachzuweisen;
6. Alle noch im Besitz der Schuldnerin befindenden Textilien gemäß Ziff. 1 und solche Textilien, deren Besitz sie durch den Rückruf wieder erlangt hat, unverzüglich zu vernichten und dies der Gläubigerin nachzuweisen;
7. 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 \_\_\_\_\_

(Schuldnerin)



## Impressum

Autor:  
**Thomas Seifried**

[http://www.gewerblicherrechtsschutz.pro/index.php?id=rechtsanwalt\\_wettbewerbsrecht](http://www.gewerblicherrechtsschutz.pro/index.php?id=rechtsanwalt_wettbewerbsrecht)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

SEIFRIED IP Rechtsanwälte  
Rossertstraße 2  
60323 Frankfurt am Main

Tel. +49 69 915076-0  
Fax +49 69 915076-11

[info@seifried.pro](mailto:info@seifried.pro)  
<http://www.seifried.pro>

Über Anmerkungen, Kommentare und Hinweise zu diesem Ebook freut sich der Autor immer unter der [Email-adresse info@seifried.pro](mailto:info@seifried.pro)

**DIESER RATGEBER ERSETZT KEINE RECHTSBERATUNG. FRAGEN SIE IM ZWEIFEL IHRE RECHTSANWÄLTE.**

Vom Autor ist außerdem erschienen als kostenloses Ebook:

„Rechtssicher werben - Rechtliche Grundlagen für Marketing und CRM für Marketingabteilungen und Werbeagenturen“. Ein Praxisratgeber zum Werberecht - Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, Markenrechts, Urheberrechts und verwandter Rechtsgebiete

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

[http://www.gewerblicherrechtsschutz.pro/index.php?id=rechtssicher\\_werben](http://www.gewerblicherrechtsschutz.pro/index.php?id=rechtssicher_werben)