

Die Abmahnung im gewerblichen Rechtsschutz

Russlies

2021

ISBN 978-3-406-74127-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

a) Unterlassungsversprechen

Das in einer Unterlassungserklärung zu formulierende Unterlassungsversprechen wird im Fall des Zustandekommens eines Unterlassungsvertrags zur Unterlassungsverpflichtung. Diese entspricht einem gerichtlichen Unterlassungsgebot, das der Verfasser einer Abmahnung zu Beginn ihrer Abfassung vor Augen haben sollte. Im Idealfall ist daher das vorformulierte Unterlassungsversprechen abgesehen von der Formulierung als Vertragsverpflichtung **deckungsgleich mit demjenigen Unterlassungsantrag**, der in einem etwaig nachfolgenden Gerichtsverfahren zu stellen wäre (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).⁵⁷²

Grundsätzlich empfiehlt sich dabei eine **Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform**, was beispielsweise im obigen Textil-Beispiel (→ Rn. 272) wie folgt formuliert werden könnte:⁵⁷³

Beispiel:

1. Hiermit verpflichtet sich X gegenüber Y, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in Deutschland Verbrauchern Hosen bereitzustellen, wenn auf deren Etikettierung die in diesen Produkten enthaltenen Textilfasern nicht anhand der Textilfaserbezeichnungen benannt werden, welche in der deutschen Fassung des Anhangs I der Textilkennzeichnungsverordnung aufgezählt werden, wenn dies wie folgt geschieht:

[Produktabbildung mit Etikett mit den Angaben:

52 % Faser A
40 % Faser B
8 % Faser C]

Die **eigentliche konkrete Verletzungsform** bilden im vorstehenden Beispiel das Etikett mit den Faserbezeichnungen darauf iVm der Begründung in der Abmahnung, welche davon die gesetzlichen Anforderungen (Art. 16 Abs. 3 TextilkennVO iVm Art. 5 Abs. 1 TextilkennVO) nicht erfüllen.⁵⁷⁴ Die Einbindung einer Produktabbildung mit dem Etikett ist sinnvoll, um klarzustellen, dass es sich um das gesetzlich vorgeschriebene Etikett handelt, für das die Vorgaben für die Bezeichnungen gelten (und nicht um einen verzierenden Aufdruck oder anderweitigen Aufnäher). Zugleich ist durch die Liste mit den Prozentangaben klargestellt, dass der Faseranteil über 80 % liegt, sodass der Anwendungsbereich der TextilkennVO eröffnet ist (Art. 2 Abs. 2 lit. a Textilkenn-

⁵⁷² Vgl. Kühnen Patentverletzung-HdB Kap. C Rn. 17.

⁵⁷³ Angelehnt an BGH GRUR 2019, 82 ff. – Jogginghosen.

⁵⁷⁴ Im Streitfall BGH GRUR 2019, 82 ff. – Jogginghosen „Cotton“ statt „Baumwolle“ (Nr. 5 Anh. I TextilkennVO) und „Acrylic“ statt „Polyacryl“ (Nr. 26 Anh. I TextilkennVO, berichtigte Fassung).

VO). Praktisch unumgänglich ist eine solche „naturgetreue“ Wiedergabe, wenn es auf Fragen der Wahrnehmbarkeit ankommt, etwa falls im vorliegenden Beispiel mit der Abmahnung auch unzureichende Erkennbarkeit iSv Art. 16 Abs. 1 S. 1 TextilKennzVO gerügt werden soll.

- 287 Außerhalb der Bezugnahme auf die eigentliche konkrete Verletzungsform, meist abgesetzt in einem vorgezogenen „**Vorspann**“, ist die **Verwendung allgemeiner Begriffe** (im obigen Beispiel: „Deutschland“, „Hosen“) und solcher, die den gesetzlichen Verbotstatbeständen entnommen sind, meist hinnehmbar (im obigen Beispiel: „Verbrauchern ... bereitzustellen“, vgl. Art. 16 Abs. 3 TextilKennzVO), wenn deren Auslegung hinreichend klar und zwischen den Parteien unstreitig ist, dass diese allgemeinen Begriffe das beanstandete Verhalten erfassen. Von letzterem kann im vorstehenden Beispiel ausgegangen werden, wenn der Anspruchsgegner einen normalen Inlandsvertrieb an Endverbraucher betreibt. Soweit Zweifel aufkommen können, empfehlen sich weitere Konkretisierungen. Ist beispielsweise denkbar, dass der Abgemahnte sich für einen privaten Verkäufer hält, also eine geschäftliche Handlung iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bestreiten wird, wäre die Wendung „im geschäftlichen Verkehr“ näher zu konkretisieren, etwa durch Screenshots, die Merkmale eines kommerziell betriebenen Online-Shops zeigen.⁵⁷⁵
- 288 Hingegen ist eine Beschränkung auf die **bloß abstrakte Umschreibung der gesetzlichen Verbotssmerkmale zu vermeiden**, im vorstehenden Beispiel also eine ersatzlose Streichung der Etikettabbildung. Im Gerichtsverfahren wäre ein solcher Unterlassungsantrag nicht hinreichend bestimmt und damit unzulässig, weil er im Grunde nur den Gesetzeswortlaut wiedergibt.⁵⁷⁶ Bei einem Unterlassungsvertrag könnten solche Bestimmtheitsmängel an sich durch Vertragsauslegung (→ Rn. 36) behoben werden, solange die als Auslegungsmittel heranzuziehende Abmahnung hinreichend deutlich ist. Fehlt es jedoch an Eindeutigkeit, kann gesamte Abmahnung wegen **fehlender Bestimmtheit** hindernd wirken, sodass **Gegenansprüche** drohen (→ Rn. 672). Unabhängig davon liegt zumindest im Lauterkeitsrecht ein **Missbrauchsvorwurf** nahe, weil das vorformulierte Unterlassungsversprechen zu stark verallgemeinert ist (→ Rn. 553 ff.). Bei der Vorformulierung der Unterlassungserklärung besteht Gelegenheit, etwaige Risiken dieser Art auszuschließen, indem zumindest hier das Unterlassungsbegehren möglichst genau umgrenzt wird.
- 289 Tatsächlich sind abstrakte Merkmale des gesetzlichen Tatbestands, mit denen üblicherweise im Unterlassungsversprechen selbst näher begründet werden soll, weshalb das umschriebene Verhalten als rechtswidrig

⁵⁷⁵ Vgl. zu einer solchen Konkretisierung: BGH GRUR 2008, 702 Rn. 35 f. – Internet-Versteigerung III.

⁵⁷⁶ Vgl. BGH GRUR 2019, 82 Rn. 19 – Jogginghosen.

erachtet wird, normalerweise **nicht erforderlich**, da sich die rechtliche Begründung schon aus der Abmahnung selbst ergibt. Obiges Beispiel ließe sich daher wie folgt abkürzen:

Beispiel:

1. Hiermit verpflichtet sich X gegenüber Y, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in Deutschland Verbrauchern Hosen mit folgender Etikettierung bereitzustellen:

[Produktabbildung mit Etikett mit den Angaben:

52 % Faser A

40 % Faser B

8 % Faser C]

Gleichwohl können abstrakte Merkmale im Vorspann eine **sinnvolle Auslegungshilfe** darstellen, damit besser aus der Unterlassungserklärung selbst hervorgeht, welche Verhaltensweisen als kerngleich angesehen werden sollen.⁵⁷⁷ Steht im vorstehenden Beispiel etwa auch die deutliche Erkennbarkeit iSv Art. 16 Abs. 1 S. 1 TextilKennzVO im Zweifel, ohne dass das beanstandet werden soll (zB weil die Etiketten des Abmahnen- den in diesem Punkt nicht minder problematisch sind oder er schlicht ein Gerichtsverfahren darüber nicht riskieren möchte), dann lässt sich mit der ausführlicheren Formulierung klarstellen, dass es nur auf die verwendeten Bezeichnungen ankommt, nicht auf die zweifelhafte Erkenn- barkeit. Vorrang hat jedoch die rechtliche Begründung in der Abmah- nung, sodass es im Fall einer Abweichung zwischen dieser und einem Vorspann in der vorformulierten Unterlassungserklärung auf Erstere an- kommt.⁵⁷⁸

Ein erläuternder Vorspann empfiehlt sich vor allem bei einem **aufgeteil- ten Unterlassungsbegehren** (→ Rn. 273 ff.). Falls etwa im obigen Beispiel zwei der drei Faserbezeichnungen gerügt und jeweils gesondert Unterlas- sung verlangt werden sollen, wäre folgende Formulierung zweckmäßig:

⁵⁷⁷ Vgl. zu Unterlassungstiteln: BGH GRUR 2010, 855 Rn. 17 aE – Folienrollos; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2011, 286 – Zahnersatz 40 % günstiger.

⁵⁷⁸ Vgl. zur Maßgeblichkeit der Klagebegründung für Unterlassungsantrag im Ge- richtsverfahren: BGH GRUR 2006, 164 Rn. 15f. – Aktivierungskosten II; GRUR 2011, 742 Rn. 17f., 36 – Leistungspakete im Preisvergleich; GRUR 2020, 1226 Rn. 30 – LTE-Geschwindigkeit; s. auch zur Bestimmung der konkreten Verletzungs- form anhand der Klagebegründung: BGH GRUR 2016, 395 Rn. 18 – Smartphone- Werbung; anhand der Entscheidungsgründe eines Unterlassungsurteils: BGH GRUR 2009, 871 Rn. 16 – Ohrclips; Unterlassungsbegehren können trotz gleichlautenden Vorspanns kernverschiedene Verletzungsformen erfassen: BGH GRUR 2013, 307 ff. – Unbedenkliche Mehrfachabmahnung.

Beispiel:

1. Hiermit verpflichtet sich X gegenüber Y, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in Deutschland Verbrauchern Hosen bereitzustellen, wenn auf deren Etikettierung die in diesen Produkten enthaltenen Textilfasern anhand der Textilfaserbezeichnungen

a) „Faser A“

und/oder

b) „Faser C“

benannt werden, wenn dies jeweils wie folgt geschieht:

[Produktabbildung mit Etikett mit den Angaben:

52 % Faser A

40 % Faser B

8 % Faser C]

- 292 Dabei stellt die Wendung „und/oder“ klar, dass sowohl die Verwendung nur einer der beiden beanstandeten Faserbezeichnungen als auch beider eine Zuwiderhandlung darstellt.⁵⁷⁹ Der Ausdruck „jeweils“ weist darauf hin, dass die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform für beide Fälle gilt (strenggenommen also zwei konkrete Verletzungsformen). Geeignete Einrückungen können dieses Verständnis weiter fördern. Falls neben den Faserbezeichnungen auch noch unzureichende Erkennbarkeit (Art. 16 Abs. 1 S. 1 TextilKennzVO) gerügt und auch dafür eine gesonderte Unterwerfung verlangt werden soll, könnte wie folgt formuliert werden:

Beispiel:

1. Hiermit verpflichtet sich X gegenüber Y, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in Deutschland Verbrauchern Hosen bereitzustellen, wenn auf deren Etikettierung die Beschreibung der in diesen Produkten enthaltenen Textilfasern

a) nicht deutlich erkennbar angegeben

und/oder

b) anhand der Textilfaserbezeichnungen „Faser A“ und/oder „Faser C“ benannt werden, wenn dies jeweils wie folgt geschieht:

[Produktabbildung mit Etikett mit den Angaben:

52 % Faser A

40 % Faser B

8 % Faser C]

Gegen eine solche Verpflichtung würde also auch verstoßen, wenn die Erkennbarkeit unverändert belassen oder (auch) zumindest eine der beiden Faserbezeichnungen A und C erneut benutzt würde.

⁵⁷⁹ Vgl. zur Wendung „und/oder“ in Unterlassungstiteln: BGH GRUR 2010, 855 Rn. 18, 21 – Folienrollos. Nach BGH GRUR 2020, 1226 Rn. 25 – LTE-Geschwindigkeit soll es je einer Umschreibung der Beanstandungen bedürfen. Entscheidender für die Klarstellung der Mehrzahl von Unterlassungsbegehren dürfte aber die Wendung „und/oder“ sein, vgl. OLG Köln GRUR-RR 2020, 438 Rn. 36 – Autositzbezüge.

Im Regelfall liegt in der **Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform kein Verzicht** auf einen Teil des bestehenden Unterlassungsanspruchs. Denn auch eine auf die konkrete Verletzungsform bezogene Unterlassungserklärung ist grundsätzlich so auszulegen (zur Auslegung von Unterlassungsverträgen → Rn. 36), dass die Unterlassungspflicht auch für solche Verhaltensweisen gelten soll, die mit der konkreten Verletzungsform kerngleich sind,⁵⁸⁰ und weiter reicht die Begehungsfahr normalerweise nicht (→ Rn. 266). Daher verzichtet der Abmahnende mit der Vorformulierung einer auf die konkrete Verletzungsform bezogenen Unterlassungserklärung im Allgemeinen nicht auf die Unterlassung kerngleicher Verhaltensweisen.⁵⁸¹ Wenn daher in obigem Textil-Beispiel (→ Rn. 272) die Bezeichnung der „Faser B“ in der Abmahnung keine Rolle gespielt hat, kommt es für die Zuwiderhandlung gegen eines der vorstehenden Unterlassungsversprechen nicht darauf an, ob diese Bezeichnung geändert oder beibehalten wurde. Gleiches gilt für die prozentualen Anteile der einzelnen Fasern, da diese für die richtige Bezeichnungsweise ohne Bedeutung sind.

Wenn das Unterlassungsgebot auf die konkrete Verletzungsform bezogen sein soll, ist eine Bezugnahme mit „**insbesondere**“ zu vermeiden. In Unterlassungsanträgen in Gerichtsverfahren kann ein mit „insbesondere“ eingeleiteter Teil zwei Funktionen haben, nämlich entweder den vorangehenden abstrakten Teil näher erläutern oder einen stillschweigend gestellten Hilfsantrag darstellen.⁵⁸² Für Hilfsanträge besteht in Abmahnungen regelmäßig kein Bedarf, schon gar nicht in vorformulierten Unterlassungserklärungen. Eine erläuternde Funktion wird angesichts vorstehender Auslegungspraxis nicht benötigt, sodass der Ausdruck „insbesondere“ zur Vermeidung von Unklarheiten nur dann benutzt werden sollte, wenn das Unterlassungsgebot bewusst über die konkrete Verletzungsform hinaus gehen soll.⁵⁸³

Anstelle der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform ist auch ein Versuch **abstrakter Umschreibung kerngleicher Verhaltensweisen** denkbar, bei unkörperlichen Verletzungsformen sogar unumgänglich (→ Rn. 228). Soweit er gelingt, ist ein solcher gerichtlicher Verbotsan-

⁵⁸⁰ Vgl. BGH GRUR 1998, 483 (485) – Der M.-Markt packt aus; GRUR 2009, 418 Rn. 18 – Fußpilz; GRUR-RS 2020, 31107 Rn. 13; OLG Düsseldorf Urt. v. 22.8.2019 – I-2 U 38/18 (juris-Rn. 88) – Orthokin-Therapie II; anders ggf. bei Drittunterwerfung noch eine Einschränkung vorgenommen wird: OLG Frankfurt a.M. WRP 1997, 101.

⁵⁸¹ Vgl. OLG Celle WRP 2015, 475 Rn. 10; ebenso zum Unterlassungsantrag im Gerichtsverfahren: BGH GRUR 2007, 607 Rn. 17 aE – Telefonwerbung für „Individualverträge“; GRUR 2010, 749 Rn. 32 – Erinnerungswerbung im Internet.

⁵⁸² Vgl. BGH GRUR 2019, 82 Rn. 21 – Jogginghosen; GRUR 2020, 405 Rn. 15 – ÖKO-TEST II.

⁵⁸³ Ebenso „beispielhaft“, auch wenn dies in BGH GRUR 2008, 705 Rn. 26 – Internet-Versteigerung III für unschädlich befunden wurde.

trag zulässig,⁵⁸⁴ sodass auch ein entsprechend vorformuliertes Unterlassungsversprechen unbedenklich ist. Dabei ist darauf zu achten, dass die abstrakte Formulierung kein rechtmäßiges Verhalten deshalb erfasst, weil sie etwaige gesetzliche Ausnahmetatbestände nicht berücksichtigt.⁵⁸⁵ Bei Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform bestünde diese Gefahr nicht.⁵⁸⁶

296 In vielen **Schutzrechtsfällen** beschränkt sich der Streit oftmals auf die Frage, ob der Gegenstand der beanstandeten Benutzungshandlung in den Schutzbereich des geltend gemachten Schutzrechts fällt. In diesem Fall ist dieser Gegenstand als konkrete Verletzungsform in das Unterlassungsversprechen aufzunehmen, im Kennzeichenrecht also das beanstandete Zeichen und im Designrecht Wiedergaben des beanstandeten Erzeugnisses (idR mehrere Ansichten von verschiedenen Seiten). Die Benutzungsarten können an den Gesetzestext angelehnt werden, solange nicht problematisch ist, ob das beanstandete Verhalten eine rechtsverletzende Benutzung ist. Besonders bei internationalen Schutzrechten (zB Unions- u. IR-Marken, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, europäische Patente) empfiehlt sich regelmäßig, innerhalb der Unterlassungserklärung klarzustellen, ob diese nur für Deutschland oder auch für weitere Länder gelten soll.

297 Im **Patent- und Gebrauchsmusterrecht** ist es üblich, die angegriffene Ausführungsform (→ Rn. 230) in gerichtlichen Unterlassungsanträgen und Unterlassungserklärungen anhand der Anspruchsmerkmale zu beschreiben, soweit wortsinngemäße Merkmalsverwirklichung geltend gemacht wird. Dies ist nicht unbedenklich, weil jeder Streit der Parteien darüber, ob einzelne Merkmale bei der angegriffenen Ausführungsform erfüllt sind, zur Unklarheit führt, ob diese überhaupt vom Unterlassungsgebot erfasst ist.⁵⁸⁷ Die Praxis nimmt dies jedoch hin und behilft sich mit einer Klärung der Reichweite des Gebots durch Heranziehung von Begründungen in Entscheidungen, erforderlichenfalls auch im Parteivorbringen,⁵⁸⁸ also auch in Abmahnungen (→ Rn. 36). Dabei ist jeweils danach zu fragen, ob die Erwägungen, aufgrund derer eine Merkmalsverwirklichung bejaht wurde, auch auf eine abgewandelte Ausführungsform

⁵⁸⁴ Vgl. BGH GRUR 1999, 1017 (1018) – Kontrollnummernbeseitigung I; GRUR 2008, 702 Rn. 55 – Internet-Versteigerung III.

⁵⁸⁵ Vgl. BGH GRUR 2010, 749 Rn. 26 – Erinnerungswerbung im Internet.

⁵⁸⁶ Vgl. BGH GRUR 2010, 749 Rn. 37 – Erinnerungswerbung im Internet; 2012, 945 Rn. 25 – Tribenuronmethyl.

⁵⁸⁷ Vgl. BGHZ 162, 365 (373) – Blasfolienherstellung (wo dies auf S. 368 zu Unrecht nicht als Problem der Bestimmtheit, sondern der Reichweite des Antrags angesehen wird).

⁵⁸⁸ Vgl. zur entsprechenden Problematik bei der Bestimmung der Reichweite eines klageabweisenden (Versäumnis)Urteils: BGH GRUR 2012, 485 ff. – Rohrreinigungsdüse II.

zutreffen.⁵⁸⁹ Soweit allerdings keine wortsinngemäße, sondern eine **äquivalente Merkmalsverwirklichung** geltend gemacht wird, sind die betreffenden Anspruchsmerkmale durch eine an die angegriffene Ausführungsform angepasste Umschreibung zu ersetzen.⁵⁹⁰ Bei **mittelbarer Verletzung** sind die vom Abgemahnten geforderten **Vorsorgemaßnahmen** mit in das Unterlassungsversprechen aufzunehmen (→ Rn. 270).

b) Vertragsstrafeversprechen

Mit dem Vertragsstrafeversprechen übernimmt der Abgemahnte bei **298** Zustandekommen des Unterlassungsvertrags die Verpflichtung, dem Abmahnenden für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung eine Vertragsstrafe zu zahlen (vgl. § 339 S. 2 BGB). Dabei liegt eine einzige Zuwiderhandlung, die auch nur eine Vertragsstrafe auslöst, auch dann vor, wenn durch dieselbe Handlung auf mehrfache Weise gegen die Unterlassungspflicht verstoßen wird, etwa wenn diese einen Katalog zu unterlassender Angaben umfasst und eine einzelne Werbemaßnahme des Schuldners mehrere davon enthält.⁵⁹¹

Die 2020 in Kraft getretenen § 13a Abs. 2 UWG iVm § 13 Abs. 4 **299** UWG sehen **Ausschlüsse von Vertragsstrafevereinbarungen** im Zuge **erstmaliger** Abmahnungen durch **Mitbewerber** in zwei Fallgruppen von Rechtsverletzungen vor. Die eine Gruppe betrifft Verstöße gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG). Der Begriff der Telemedien ist in § 1 Abs. 1 S. 1 TMG allgemein definiert und dürfte den des elektronischen Geschäftsverkehrs ebenso umfassen (vgl. § 312i Abs. 1 S. 1 BGB), wie der der Informationspflichten auch Kennzeichnungspflichten einschließt. So gesehen geht es um **Informationsmängel in Telemedien** bei geschäftlichen Handlungen. Typische Fälle betreffen die Impressumspflicht nach § 5 TMG, fernabsatzbezogene Informationspflichten gem. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB iVm Art. 246a EGBGB, namentlich über Widerrufsrechte (Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB) und Preisangaben, die der PAngV unterfallen. Die andere Fallgruppe bilden **Datenschutzverstöße**, also gegen die DS-GVO oder das BDSG (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG). Für Verletzungen der DS-GVO steht allerdings noch eine unionsrechtliche Klärung aus, ob diese überhaupt von Mitbewerbern unabhängig von den Voraussetzungen des Art. 80 DS-GVO lauterkeits-

⁵⁸⁹ Vgl. Kühnen GRUR 2006, 180 (181 f.).

⁵⁹⁰ Vgl. zu Antragstellung im Gerichtsverfahren: BGH GRUR 1986, 803 (806) – Formstein; GRUR 2010, 314 Rn. 31 f. – Kettenradanordnung II; GRUR 2011, 313 Rn. 38 – Crimpwerkzeug IV.

⁵⁹¹ Vgl. OLG Düsseldorf WRP 2017, 1498 Rn. 2.

rechtlich geahndet werden können.⁵⁹² Für beide Fallgruppen greift der Ausschluss nur, wenn der Abgemahnte **regelmäßig weniger als 100 Mitarbeiter** beschäftigt. Für Teilzeitbeschäftigte schlägt die Gesetzesbegründung eine Zählung nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG vor.⁵⁹³ Ein Umgang mit diesem Grenzwert wie auch mit der Frage, ob in diesen Fällen die Wiederholungsgefahr auch ohne Vertragsstrafeversprechen entfallen soll, bleibt der Praxis möglicherweise erspart, da Mitbewerber durch den für diese Fälle zusätzlich vorgesehenen Ausschluss der Kostenerstattung (§ 13 Abs. 4 UWG, → Rn. 463) ohnehin von einem Vorgehen entmutigt werden. In Datenschutzfällen werden die durch diese Ausschlüsse Begünstigten darauf setzen müssen, rechtzeitig von einem Verband abgemahnt zu werden, bevor eine Behörde mit einer empfindlichen Geldbuße einschreitet (womöglich auf Betreiben eines Mitbewerbers, → Rn. 734ff.).

- 300** Im gewerblichen Rechtsschutz ist anerkannt, dass eine Vertragsstrafe **nur für schuldhaftes Zuwiderhandlungen** gefordert werden kann, wobei die Beweislast für fehlendes Verschulden beim Schuldner liegt (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, → Rn. 35),⁵⁹⁴ und zwar auch dann, wenn die Verschuldensabhängigkeit oder Beweislastverteilung nicht im Vertrag geregelt ist.⁵⁹⁵ Eine Vertragsstrafe wird also nur verwirkt, wenn die Zuwiderhandlung auf Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit beruht (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Einforderung eines verschuldensunabhängigen Vertragsstrafeversprechens kann für eine missbräuchliche Anspruchsgeltendmachung sprechen (→ Rn. 515 aE). Bei der Vorformulierung einer Unterlassungserklärung sollte der Abmahnende das Verschulden entweder gar nicht oder mit klarstellenden Regelungen berücksichtigen, sofern im Einzelfall Bedarf dafür besteht, etwa um die Akzeptanz auf der Gegenseite zu fördern.
- 301** Bei der Festlegung der Höhe einer Vertragsstrafe sind die in § 13a Abs. 1 UWG aufgezählten Umstände zu berücksichtigen.⁵⁹⁶ Bei der Vor-

⁵⁹² Dazu Vorlagebeschluss des BGH GRUR 2020, 896ff. – App-Zentrum; für Verfolgbarkeit zB: OLG Hamburg GRUR 2019, 86 Rn. 34ff. – Allergenbestellbögen; OLG Naumburg GRUR-RR 2020, 79 Rn. 50f.; OLG Stuttgart GRUR-RR 2020, 442 Rn. 31ff. – Reifensofortverkauf; dagegen zB: LG Bochum WRP 2018, 1535 Rn. 7; LG Stuttgart WRP 2019, 1089 (1090f.); offen gelassen in OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2020, 370 Rn. 18.

⁵⁹³ Vgl. BT-Drs. 19/22238, 18.

⁵⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 2010, 167 Rn. 26 – Unrichtige Aufsichtsbehörde; OLG Celle WRP 2015, 475 Rn. 16; OLG Dresden WRP 2018, 978 Rn. 13.

⁵⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 1982, 688 (691) – Senioren-Paß; GRUR 1985, 155 (156) – Vertragsstrafe bis zu ... I; GRUR 1998, 471 (473) – Modenschau im Salvator-Keller; GRUR 2003, 899 (900) – Olympiasiegerin; GRUR 2008, 181 Rn. 35 – Kinderwärme-kissen.

⁵⁹⁶ Dies gilt laut Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/12048, 34) auch bei Bestimmung nach Hamburger Brauch (→ Rn. 306), obwohl die Bezugnahme auf § 13 Abs. 1