

**Aufbrauchsfrist:
Gewährung auch bei grob fahrlässigen
oder vorsätzlichen Rechtsverletzungen?**

1. Blickt man zurück auf die wettbewerbsrechtlichen Gerichtsentscheidungen zur Zeit der Gründung von PRO HONORE, begegnet einem auch ein Urteil des Reichsgerichts (RG GRUR 1927, 121 "Gotrian-Steinweg"), das als der Beginn des höchstichterlich gewährten Instituts der Aufbrauchsfrist angesehen wird (vergl. Berlit, Aufbrauchsfrist, RNR. 4; Ulrich, GRUR 1991, 26). Dahinter verbirgt sich folgendes:

Oft kam und kommt es vor, dass Gewerbetreibende zum Beispiel bei der Firmierung ihres Unternehmens oder mit ihrer Werbung Firmen- oder Markenrechte Dritter verletzen - meist aus Unwissenheit. Da Unwissenheit, wie der Volksmund schon sagt, aber nicht vor Strafe schützt, kann der in seinen Rechten Verletzte von dem Verletzer verlangen, dass die Rechtsverletzung zukünftig unterbleibt, indem der Verletzer seine Firmierung sofort ändert oder seine Werbung sofort einstellt.

Ein solches, auch gerichtlich durchsetzbares Verbot kann sehr hart treffen. Manchmal dauern solche Versehen zunächst allseits unbemerkt schon längere Zeit an. Wenn der Verletzte davon Kenntnis erhält und den Verletzer abmahnt, sind bereits erhebliche Aufwendungen getätigt. Wohl jedem Kaufmann ist bekannt, wie hoch die Kosten und der Zeitaufwand z.B. für Werbung, Druck von Warenkatalogen, Briefpapier, Einträge in Telefonbücher und Adressverzeichnisse etc. sind. Diese Folgen lassen sich mildern, wenn dem Verletzer eine gewisse Zeit zur Umstellung oder zum Aufbrauch seiner Werbung gewährt wird - die Aufbrauchsfrist.

2. Die Gewährung einer Aufbrauchsfrist an sich war früher umstritten (dagegen Pastor, GRUR 1964, 245 und Borck, WRP 1967, 7; v. Gamm Rn. 54 zu § 24 WZG 1965). Dies ist verständlich angesichts der widerstreitenden Interessen von Geschädigtem, der die Rechtsverletzung möglichst sofort gestoppt wissen will und Schädiger, der Zeit für die Umstellung begehrt. Das reichsgerichtliche Institut einer Aufbrauchsfrist wird durch bundesdeutsche Gerichte fortgeführt (siehe Darstellung bei Berlit WRP 1998, 250) und im Schrifttum jetzt nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt (vergl. Samwer, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 71 Rn. 8). Allerdings wird immer wieder darüber gestritten, welche Rechtsgrundlage für die Fristgewährung besteht, ob es sich um einen prozessualen oder einen materiellrechtlichen Anspruch handelt oder welche Voraussetzungen für die Gewährung gegeben sein müssen (vergl. Darstellung bei Berlit, WRP 1998, 250).

3. Von praktischer Relevanz scheint dabei vor allem der letzte Punkt - die Voraussetzungen für die Gewährung. Fässt man die Ansicht des BGH dazu anhand seiner einschlägigen Entscheidungen (vergl. BGH GRUR 1957, 499 "Wipp"; GRUR 1960, 563 "Sektwerbung"; GRUR 1974, 474 "Großhandelshaus"; GRUR 1985, 930 "JUS-Steuerberatungsgesellschaft"; GRUR 1990, 522 "HBV") knapp zusammen, gilt folgendes:

Die Gewährung einer Aufbrauchsfrist kommt danach dann in Frage,

- wenn das rechtsverletzende Gut bereits fertiggestellt ist und

* Wenk-Fischer ist Mitarbeiter der Abteilung "Gewerblicher Rechtsschutz" beim OTTO-Versand in Hamburg

- die Nichtgewährung der Frist einen unverhältnismäßigen Nachteil für den Verletzer bedeuten
- und die Gewährung nicht gleichzeitig eine unzumutbare Beeinträchtigung des Verletzten oder der Allgemeinheit mit sich bringt und
- der Verletzer weder vorsätzlich, noch grob fahrlässig gehandelt hat.

Eine ähnliche Grundstruktur hat die Spezialregelung des § 101 Abs. 1 Urheberrechtsgesetz. Das dort normierte Ablösungsrecht (Aufbrauchsfrist gegen Geldentschädigung), ist aber schon bei einfacher Fahrlässigkeit des Verletzers nicht mehr anwendbar.

a) Den o.a. Kriterien folgend ist in der Praxis eine Aufbrauchsfrist danach beispielsweise in folgendem Fall zu gewähren:

Ein Händler bewirbt in einem Katalog u.a. auch Ware, die das Design eines Dritten verletzt. Von diesem Design des anderen hatte aber der Händler keine Kenntnis. Seine Ware stammt zudem von einem im übrigen zuverlässigen Lieferanten, der ihm bei der Musterung glaubhaft versichert hat, dass Angebot und Vertrieb dieser Ware keine Rechte Dritter verletzen. Hier liegt kein Verschulden des Händlers oder allenfalls leichte Fahrlässigkeit vor.

b) Ein solcher Fall kann sich sogar "fortpflanzen":

In größeren Unternehmen ist es Praxis, dass der Waren-Einkauf einer Firma zentral auch für Tochter- oder Schwesterunternehmen erfolgt. Die zentral gekaufte Ware wird dann von den verschiedenen Unternehmensgesellschaften in deren Sortiment übernommen und im eigenem Namen beworben und vertrieben - sogenanntes "Cross-Selling". Hat der sonst zuverlässige zentrale Einkauf dabei rechtsverletzende Ware für den Konzern erworben, sieht sich jede anbietende Tochtergesellschaft Unterlassungsansprüchen ausgesetzt. Aber wenn hier schon beim Händler, der den zentralen Einkauf übernommen hat kein Verschulden oder allenfalls leichte Fahrlässigkeit vorliegt, gilt das Gleiche für die Tochter- oder Schwestergesellschaften, so dass auch ihnen nach den o.a. Kriterien eine Aufbrauchsfrist zu gewähren ist.

4. Es kommen in der Praxis aber auch Fälle vor, bei denen der Verletzer nach diesen Kriterien nicht in den Genuss einer Aufbrauchsfrist kommen wird, obwohl die Gesamtumstände des Falles die Gewährung einer solchen Frist nahe legen. Vor allem der Versandhandel ist immer wieder in Situationen, in denen es nicht mehr um die Durchsetzung berechtigter Ansprüche, sondern um völlig überzogene Geldforderungen geht.

Konkret schreibt beispielsweise Kisseler (WRP 1991, 691, S. 694) von Fällen, in denen in Hinblick auf die sehr strenge Auffassung der Rechtsprechung zur Gewährung von Aufbrauchsfristen der Störer sich von bestehenden Unterlassungsansprüchen durch Zahlung hoher Geldbeträge freikaufen muss. Samwer nennt Forderungen nach solchen Ablösebeträgen zurecht missbräuchlich und wettbewerbswidrig (Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 71, Rn. 9). Ebenfalls über derartige unerfreuliche Auswüchse berichtet Ulrich (Pastor/Ahrens Kapitel 42 Rn. 18).

Sieht man dann in der Praxis häufig Fälle, in denen das Angebot des Freikaufens nicht vom Störer gemacht wird, sondern vom Verletzten selbst, weil er damit rechnet, auf diese Art und Weise erheblich mehr zu erlangen, als ihm aufgrund der an sich berechtigten Schadensersatzansprüche zusteht, ist die Grenze fließend zu dem Bereich, dessen Bekämpfung PRO HONORE sich von Anfang an gewidmet hat: der Wirtschaftskriminalität.

a) Strafrechtlich gesehen lässt sich ein solches Ansinnen unter den Tatbestand der versuchten Erpressung gemäß §§ 253, 22 StGB subsumieren:

Die Drohung, beispielsweise die Auslieferung der Gesamtauflage eines fertig gedruckten und gebundenen Versandhandelskataloges mit mehreren Hundert Seiten und vielen Tausend Abbildungen gerichtlich unterbinden zu lassen, weil eine einzige Abbildung einen einzigen Artikel zeigt, stellt - weil existenzbedrohend für den Versender - ein empfindliches Übel dar. Verbindet sie der Verletzte mit der Forderung nach einem Geldbetrag, der auch bei großzügiger Sichtweise

den Rahmen dessen, was im Wege einer Lizenzanalogie oder anderer üblicher Schadensersatzberechnung gerichtlich zugesprochen würde, ganz erheblich übersteigt, setzt er in rechtswidriger Weise unmittelbar zur Schädigung des Vermögens des Störers an. Dies Ergebnis deckt sich mit dem der Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen, in denen mit Klage gedroht wurde, obwohl kein Anspruch bestand (vergl. Darstellung bei Dreher/Tröndle Rn. 9 zu § 253 StGB).

b) Der Ruf nach dem Staatsanwalt hilft aber in solchen Fällen meist nicht weiter.

Strafrechtliche Entscheidungen binden zum einen die Zivilgerichte nicht (BGH NJW 1983, 230). Zum anderen ist die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines finanziellen Anspruchs regelmäßig eine nicht von den Strafverfolgungsorganen zu entscheidende zivilrechtliche Vorfrage, die aber entscheidend für die Strafbarkeit der Tat ist. Der Staatsanwalt wird seine Ermittlungen verständlicherweise daher bis zu deren Klärung vor den Zivilgerichten aussetzen (§ 154 d StPO). Besteht für den Störer eine zeitliche Problematik, beispielsweise, weil der Veröffentlichungstermin des Kataloges unmittelbar bevorsteht und vielleicht sogar eine aufwendige Werbekampagne daraufhin genau abgestimmt wurde, kann er nicht auf den Ausgang staatsanwaltlicher Ermittlungen warten, vor allem wenn - wie regelmäßig in wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen - der Erlass einer einstweiligen Verfügung droht.

5. In solcher Situation wird der vom Erlass der Verfügung Bedrohte eine Schutzschrift (zur Schutzschrift allgemein siehe Zöller Rn. 4 zu § 937 ZPO oder Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Rn. 7 GrdZg. zu § 128 ZPO jeweils m.w.N.) bei Gericht hinterlegen.

a) Mit der Schutzschrift wird er versuchen, den Erlass der einstweiligen Verfügung zu verhindern oder dass zuvor mündliche Verhandlung über den Verfügungsantrag anberaumt wird, damit er seine Probleme dem Gericht darlegen kann.

b) Zudem sollte der von der einstweiligen Verfügung Bedrohte darin anregen, dass der Erlass der Verfügung von der Hinterlegung einer erheblichen Sicherheitsleistung abhängig gemacht wird (§ 921 Abs. 2 Satz 2 ZPO i.V.m. § 936 ZPO). Wenn man weiß, dass durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung beispielsweise eine ganze Werbekampagne oder Hunderttausende fertig gedruckter Kataloge gestoppt werden, sieht man, dass dadurch schnell Schäden in Millionenhöhe entstehen können. Auf solchen Schäden bleibt der Werbende oft sitzen, weil nach Abschluss der Angelegenheit bei der anderen Seite nichts oder nichts mehr zu holen ist. In solchen Fällen geht die bestehende Schadensersatzpflicht des Erpressers (sei es nach § 945 ZPO oder §§ 823 oder 826 BGB) ins Leere.

6. Solche großen Schäden lassen sich von vornherein dadurch vermeiden, dass dem Verfügungsgegner seitens des Gerichts die oben erwähnte Aufbrauchsfrist gewährt wird (zur Zulässigkeit der Aufbrauchsfrist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vergl. Berlitz WRP 1998, 251 S. 251).

a) Doch bei der oben geschilderten Rechtslage steht der Verfasser der Schutzschrift, der eine Aufbrauchsfrist begehrt, dann vor einem Dilemma, wenn beispielsweise die für diesen rechtsverletzenden Einzel-Artikel zuständige Einkäuferin wusste, dass dieser Geschmacksmusterrechte verletzt. Die Veröffentlichung der rechtsverletzenden Abbildung im Katalog geschah dann mit ihrem Wissen. Grobe Fahrlässigkeit oder gar bedingter Vorsatz sind damit gegeben und ihrem Arbeitgeber gemäß § 831 BGB oder über § 278 BGB oder § 13 Abs. 4 UWG anzulasten. Sie schließen nach der oben gegebenen Zusammenfassung der Ansicht der Rechtsprechung die Gewährung einer Aufbrauchsfrist aus. Was kann man in solcher Situation vortragen, um den an sich berechtigten Unterlassungsanspruch zu verhindern oder zu hemmen?

b) Dieses Problem ist nicht unbekannt und in der Literatur werden Lösungen für die Fälle gesucht, in denen das

Rechtsgefühl für die Gewährung einer Aufbrauchsfrist spricht, obwohl sie nach den o.a. Kriterien der Rechtssprechung eigentlich nicht gewährt würde:

Baumbach/Hefermehl will zwar dem grob fahrlässig oder vorsätzlich Handelnden die Frist versagen. Dies allerdings nur in der Regel und falls nicht außergewöhnliche Umstände ein schutzwürdiges Interesse an der Fristgewährung rechtfertigen (Einl. UWG Rn. 487). Gleicher Ansicht ist wohl Köhler, wenn er bei der Frage, ob die Frist zu gewähren ist, ein etwaiges Verschulden des Verletzers berücksichtigt wissen will (Köhler/Piper Rn. 16 vor § 13 UWG). Für Ulrich versteht es sich quasi von selbst, dass in solchen Fällen, wenn auch nur sehr ausnahmsweise eine Aufbrauchsfrist zuzulassen ist (a.a.O. S. 28).

Die Lösung von Rohnke (WRP 1992, 296), die die Problematik des Verschuldens zurückstellt, weil sie für den Fall der Verletzung von Marken- oder Geschmacksmusterrechten, den Begriff des "Anbietens" teleologisch reduzieren will, ist ebenfalls vor dem eben geschilderten Hintergrund der Verschuldensproblematik zu sehen (vergl. a.a.O. S. 297 unter Punkt 3.).

7. Es fehlt aber bis heute an einer dogmatischen Begründung für die Einbeziehung des grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzers in den Schutz der Aufbrauchsfrist (s.a. Samwer, a.a.O. Rn. 10).

a) Diese Begründung ergibt sich jedoch, wenn man sich die Rechtsgrundlage für die Aufbrauchsfrist vergegenwärtigt. Hierbei zeigt sich, dass diese vordergründig akademische Frage (siehe oben unter Punkt 3.) dann doch große praktische Relevanz hat (ebenso Pastor/Ahrens-Ulrich Kapitel 42 Rn. 8).

aa) Das Reichsgericht hat die Aufbrauchsfrist aus "Billigkeitsgründen" gewährt (RG a.a.O.; GRUR 1930, 330 S.331 "Loewe"). Auch der BGH gab allgemeine Billigkeitsargumente zur Begründung der Aufbrauchsfrist an (BGH GRUR 1957, 488 S. 567). Etwas später sah er die Aufbrauchsfrist als prozessuale Billigkeitsmaßnahme (GRUR 1960, 563 S. 567 "Sektwerbung").

bb) Die Billigkeits-Argumentation fand in der Literatur Zustimmung. Aber umstritten war, ob es sich um eine im materiellen Recht des § 242 BGB begründete oder eine prozessuale Billigkeitsmaßnahme handelt (vergl. Darstellungen bei Berlit WRP 1998, 250 oder Pastor/Ahrens Ulrich Kapitel 42 Rn. 7).

cc) Dieser Streit ist jetzt entschieden: Die neuere Literatur zu dem Thema sieht die Aufbrauchsfrist einhellig materiell mit dem Rechtsgedanken des § 242 BGB begründet (vergl. Köhler/Piper Rn. 16 vor § 13 UWG; Berlit, Aufbrauchsfrist Rn. 25; Baumbach/Hefermehl Rn. 487 zu Einl. UWG; Pastor/Ahrens-Ulrich Kapitel 42 Rn. 10). Auch der BGH gewährt zutreffenderweise Aufbrauchsfristen nunmehr unter dem materiellen Gesichtspunkt von Treu und Glauben und benennt als Grundlage konkret § 242 BGB (vergl. BGH GRUR 1982, 425 S. 431 "Brillen-Selbstabgabestellen").

b) Bei der Rechtsanwendung im Hinblick auf die Aufbrauchsfrist gelten daher die allgemeinen Grundsätze, die Rechtssprechung und Literatur zu § 242 BGB herausgearbeitet haben, die hier nur noch schlagwortartig dargestellt werden sollen: § 242 BGB stellt keine selbstständige Anspruchsgrundlage dar (BGH NJW 1981, 1779). In der Rechtsanwendung ist er daher als Schranke des Rechts im Einzelfall zu sehen (Palandt-Heinrichs Rn. 1 zu § 242). § 242 BGB verlangt in all seinen Anwendungsfällen eine umfassende Interessenabwägung (Palandt-Heinrichs Rn. 5 zu § 242; Soergel/Siebert Knopp Rn. 6 zu § 242; Münch. Komm.-Roth Rn. 31 zu § 242 BGB) unter ausdrücklicher Berücksichtigung subjektiver Elemente (Palandt-Heinrichs Rn. 5 zu § 242).

8. Ein Ausschluss der Gewährung einer Aufbrauchsfrist per se bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten ist danach dogmatisch nicht zu begründen. Versteht man die Aufbrauchsfrist zurecht als Ausfluss des Rechtsgedankens des § 242 BGB ist sie immer dann zu gewähren, wenn die Abwägung zwischen den Interessen des Unter-

lassungsschuldners und jenen des Unterlassungsgläubigers im konkreten Einzelfall ergibt, dass schutzwürdige Interessen des Schuldners für den Aufbrauch bestehen, die das Unterlassungsinteresse des Gläubigers überwiegen.

a) Auf das konkrete Beispiel des rechtsverletzenden Kataloges bezogen, ist die Schwere des Verschuldens des Verletzers zu berücksichtigen. Hier darf die Prüfung aber nicht enden, wenn grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz festgestellt wird. Beispielsweise ist zugunsten des Kataloganbieters in die Abwägung miteinzubeziehen, dass von dem Unterlassungsgebot nicht nur die Abbildung des einzelnen Artikels, sondern ein komplettes Warensortiment für den üblichen, oft mehrmonatigen Zeitraum der Kataloggültigkeit betroffen wäre. Zu Lasten des Gläubigers ist etwa sein rechtswidriges Verhalten durch die versuchte Erpressung zu berücksichtigen usw. So wird für den konkreten Fall die Abwägung im Ergebnis trotz Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit zugunsten des Versenders ausgehen und eine Aufbrauchsfrist für den Katalog zu gewähren sein.

b) Aufgabe des Verfassers einer Schutzschrift in solchen Fällen ist es also, dem Gericht vor Erlass einer drohenden einstweiligen Verfügung die Argumente vollständig, ausführlich und genau darzulegen und ggfs. glaubhaft zu machen, die in der Abwägung der Einzelinteressen zugunsten des Unterlassungsschuldners für die Aufbrauchsfrist sprechen.

9. Es zeigt sich nach diesen Ausführungen, dass das oben erwähnte Dilemma nicht rechtlich begründet ist. Zwar hat der BGH bislang noch keinen Fall entschieden, in dem eine Aufbrauchsfrist bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten gewährt worden wäre. Er schließt dies aber auch nicht grundsätzlich aus (vergl. BGH GRUR 1982, 420

S. 423 "BBC"). Auch die aktuelle Rechtsprechung des Landgerichts Hamburg macht in diesem Sinne Mut. In einem aktuellen Beschluss im Verfügungsverfahren wurde für einen kompletten Versandhandelskatalog, in dem ein offensichtlich geschmacksmusterverletzender Artikel bestellfähig abgebildet war, eine Aufbrauchsfrist von Amts wegen gewährt (LG Hamburg 308 O 124/00).

10. Zusammenfassung

Die Aufbrauchsfrist ist anerkanntermaßen Ausfluss des Rechtsgedankens des § 242 BGB. Dieser erfordert stets eine Abwägung aller Interessen im Einzelfall. Es ist daher nicht gerechtfertigt, Fälle grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns vom Institut der Aufbrauchsfrist grundsätzlich auszuschließen. Eine Aufbrauchsfrist ist also nicht nur in Fällen des schuldlosen oder leicht fahrlässigen Verletzerverhaltens zu gewähren.

Gewährt das Gericht keine Aufbrauchsfrist, so sollte eine einstweilige Verfügung nur gegen Sicherheitsleistung für vollstreckbar erklärt werden. Das Geschäft eines Versandhändlers etwa steht und fällt mit dem Katalog. Wird der Katalog gestoppt, sind Millionenumsätze in Gefahr. Auch ein nur kurzer Katalogstopp verursacht bereits Schäden in Millionenhöhe. Bei diesen Größenordnungen laufen Schadenersatzansprüche gegen den voreilig vollstreckenden Gläubiger ins Leere: Der Verfügungsgläubiger ist pleite, der Versandhändler bleibt auf seinem Schaden sitzen und verliert uneinholbar Boden gegenüber seinen Konkurrenten.

Gerade im einstweiligen Verfügungsverfahren bedarf der Schuldner wegen des einseitigen Vortrags des Gläubigers des besonderen Schutzes: Insbesondere die Aufbrauchsfrist, aber auch eine hohe Sicherheitsleistung können diesen Schutz bieten.