von Rechtsanwältin **Yvonne A. E. Schulten**

Einstweilige Verfügung ohne vorherige Abmahnung - und ohne Kostenrisiko für den Antragsteller?

Selbst wenn ein eingeklagter Anspruch begründet ist, muss der Beklagte nicht zwangsweise die angefallenen Prozesskosten tragen: Hat er „keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben“ und erkennt er den Anspruch sofort an, hat der Kläger die Prozesskosten zu tragen (§ 93 ZPO). Das gilt auch bei einstweiligen Verfügungen, z.B. bei einem Unterlassungsanspruch, wenn der Antragsteller nicht vorab abgemahnt hat und der Antragsgegner ein „sofortiges Anerkenntnis“ abgibt. Dann bleibt der Antragsteller in der Regel auf den Prozesskosten sitzen. Dieses Kostenrisiko bei fehlender Abmahnung kann der Antragsteller jedoch durch einen einfachen Trick umgehen...

Der Trick: Verbindet der Antragsteller in seinem Antrag auf einstweilige Verfügung den Unterlassungsantrag mit einem so genannten Sequestrationsantrag, greift § 93 ZPO grundsätzlich nicht - trotz fehlender Abmahnung und sofortigem Anerkenntnis.

Sequestration bedeutet dabei, dass der Antragsgegner verpflichtet ist, weitere bei ihm vorhandene gefälschte Produkte (z.B. Datenträger mit Software) an den Gerichtsvollzieher zur vorläufigen Verwahrung herauszugeben.

Nachfolgend drei Konstellationen zur Veranschaulichung:

- Ein Beispiel mit bloßer Abmahnung ohne gerichtliche Beanspruchung (A.).

Und den Fall einer einstweilige Verfügung ohne vorherige Abmahnung

- bei einem Unterlassungsantrag (B.) und
- bei einem Unterlassungsantrag und Sequestrationsantrag (C.).

A. Fallbeispiel mit Abmahnung

Ein Online-Händler kauft Software von einem etablierten Distributor, die dieser als Originalware ausweist. Tatsächlich handelt es sich um ein Plagiat, was für den Händler jedoch nicht erkennbar ist.

Ein Testkäufer bestellt nun eines der vom Händler in seinem Online-Shop angebotenen Exemplare der Software und sendet das Produkt an den Hersteller zur Prüfung auf Echtheit. Es stellt sich Folgendes heraus:

- Das Produkt sieht aus wie Originalware.
- Die so genannte Registrierungsnummer des Herstellers existiert tatsächlich.
- Nur die Nummer des Presswerks ist keinem der vom Hersteller autorisierten Presswerke zuordnenbar, was für den Händler nicht prüfbar ist.

Copyright © | **IT-Recht Kanzlei München** | Alter Messeplatz 2 | 80339 München | **Tel.** + 49 (0)89 13014330 | **Fax** +49 (0)89 130143360

Handelt es sich nicht offensichtlich um einen „großen Fisch“, erhält der kleine Online-Händler sinnvoller Weise eine Abmahnung mit Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Mit Abgabe der Unterlassungserklärung, ggf. Zahlung von Schadensersatz, Herausgabe noch vorhandener Exemplare der Software sowie Erteilung der Auskunft, von wem der Händler die Ware bezogen hat, ist die Angelegenheit für beide Seiten erledigt.

Der Hersteller kann dank der raschen Auskunft schnell gegen den Distributor und Hintermänner vorgehen.

Weigert der Händler sich, die geforderte Unterlassungserklärung abzugeben und Auskunft zu erteilen, kann der Hersteller nach Ablauf kurzer Frist im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Händler vorgehen und seine Ansprüche kurzfristig gerichtlich durchsetzen.

B. Einstweilige Verfügung ohne Abmahnung (Unterlassungsantrag)

Alternativ steht es dem Hersteller frei, ohne Abmahnung sofort über die Gerichte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Händler vorzugehen.

Dann muss er aber das Risiko in Kauf nehmen, auf sämtlichen Prozesskosten (eigene Anwaltskosten, Anwaltskosten des Antragsgegners, Gerichtskosten) sitzen zu bleiben.

Erkennt der Antragsgegner nämlich den Unterlassungsanspruch des Herstellers sofort an, greift grundsätzlich § 93 ZPO und der Hersteller muss sich vorhalten lassen, den Händler vor Stellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht abgemahnt zu haben, obwohl ihm das zumutbar war. Er muss dann die Prozesskosten selbst tragen.

C. Trotz fehlender Abmahnung: Kostenrisiko minimiert durch Verbindung des Unterlassungs- mit einem Sequestrationsantrag

1. Verbindung des Unterlassungs- mit einem Sequestrationsantrag

Anders sieht der Fall unter B. jedoch aus, wenn der Hersteller in seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht nur Unterlassung geltend macht, sondern zusätzlich einen Antrag auf Sequestration stellt. Dann greift § 93 ZPO trotz sofortigen Anerkenntnisses und fehlender Abmahnung grundsätzlich nicht – und der Händler hat die Prozesskosten zu tragen.

2. Warum kann mit der bloßen Verbindung des Unterlassungs- mit dem Sequestrationsantrag die Anwendbarkeit von § 93 ZPO entfallen?

Zur Begründung wird angeführt, dass es dem Antragsteller nicht zumutbar sei, den Händler vor Antragstellung abzumahnen. Denn durch eine Abmahnung wäre dieser vorgewarnt und könnte noch vorhandene Exemplare der Software beiseiteschaffen und ggf. anderweitig vertreiben.

Wegen dieser Gefahr des Beiseiteschaffens nach Erhalt einer Abmahnung sei es dem Antragsteller nicht zumutbar, eine Abmahnung zu versenden. Der Sequestrationsantrag liefe andernfalls ins Leere.

Diese Argumentation funktioniert nach allgemeiner Meinung jedenfalls dann, wenn es sich um volative Gegenstände handelt (z.B. Software auf Datenträgern), da diese schnell beiseite geschafft werden können.

Praxishinweis: Wenn der Gerichtsvollzieher beim Händler klingelt, um die einstweilige Verfügung zuzustellen, verlangt er auch ggf. noch vorhandene Exemplare der Software heraus (Sequestration). Es kann aber sein, dass er unverrichteter Dinge wieder von dannen ziehen muss, wenn der Händler ihm die Exemplare nicht freiwillig herausgibt.

Das Argument der Gefahr des Beiseiteschaffens nach Erhalt einer Abmahnung läuft insofern ins Leere. Denn durch die einstweilige Verfügung ist der Händler wie bei einer Abmahnung gleichermaßen vorgewarnt und kann bei entsprechend krimineller Energie bequem weitere gefälschte Exemplare der Software beiseiteschaffen.

3. Aushebelung von § 93 ZPO mittels Sequestrationsantrag

Grundsätzlich (Ausnahmen möglich) gilt zusammengefasst für einstweilige Verfügungen ohne vorherige Abmahnung und bei sofortigem Anerkenntnis des Antragsgegners:

a. Bei einem Unterlassungsantrag: Der Antragsteller trägt die Prozesskosten, § 93 ZPO.

b. Bei einem Unterlassungsantrag + Sequestrationsantrag: Der Antragsgegner trägt die Prozesskosten. § 93 ZPO greift wegen des Sequestrationsantrages nicht.

Praxistipp für Nutzungsrechtsinhaber (Antragsteller): Bei einem Verzicht auf eine vorherige Abmahnung sollte in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen des Kostenrisikos gemäß § 93 ZPO bei sofortigem Anerkenntnis des Antragsgegners der Sequestrationsantrag nicht fehlen. Vor Antragstellung muss aber geprüft werden, ob die Umstände des Einzelfalles doch für eine Zumutbarkeit einer Abmahnung sprechen. Dann sollte auf eine Abmahnung nicht verzichtet werden.

Tipp für den Antragsgegner (Händler): Ist der mittels einstweiliger Verfügung behauptete Anspruch begründet, kann ein sofortiges Anerkenntnis und ein Widerspruch ausschließlich gegen die Kostenentscheidung der einstweiligen Verfügung sinnvoll sein. Dies gilt selbst bei Verbindung des Unterlassungs- und Sequestrationsantrages - jedenfalls dann, wenn im konkreten Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die glaubhaft gemacht werden können und aus denen sich ergibt, dass es dem

Antragsteller zumutbar war, zuvor abzumahnen. Entscheidend sind dabei die Umstände des Einzelfalles. Ggf. sollte gegen die Sequestration im Wege des Teilwiderspruchs vorgegangen werden. Die Tendenz der Gerichte geht bisher dahin, den Kostenwiderspruch zurückzuweisen bzw. die einstweilige Verfügung im Kostenpunkt zu bestätigen. Das bedeutet: In der Regel muss der Antragsgegner trotz fehlender Abmahnung und sofortigen Anerkenntnisses sämtliche Gerichtskosten wegen des zusätzlichen Sequestrationsantrages tragen.

D. Fazit

1. Die Sandwich-Position des redlichen Händlers – Pech gehabt bei gefälschter Ware

Jeder Händler ist selbst dafür verantwortlich, sicherzustellen, dass er Originalware verkauft. Zwar ist es nicht jedem Händler möglich, gefälschte Ware zu erkennen und die komplette Lieferkette zu prüfen. Handelt er aber, wenn auch unfreiwillig, mit Plagiatsware, muss er gegenüber dem Rechteinhaber dafür einstehen. Einen gutgläubigen Erwerb bei urheber- und/oder markenrechtsverletzender Ware gibt es nicht.

Einen Regressanspruch kann er ggf. gegen seinen eigenen Lieferanten geltend machen. Gelingt es ihm nicht, den Anspruch durchzusetzen, z.B. weil der Lieferant zwischenzeitlich insolvent ist, bleibt der Händler auf dem Schaden sitzen.

2. Missbräuchliche Kombination von Unterlassungs- und Sequestrationsantrag

Es ist zur Routine so mancher Rechteinhaber geworden, auf eine Abmahnung zu verzichten und gegen jedermann direkt ohne Abmahnung im Wege einer einstweiligen Verfügung über ein Gericht vorzugehen. Durch die Verbindung mit dem Sequestrationsantrag erfolgt das mit minimalem Kostenrisiko.

Auf die Sequestration scheint es dabei nicht allen Rechteinhabern anzukommen, sondern vielmehr auf die Aushebelung des § 93 ZPO und die daraus folgende Kostentragungspflicht des Antragsgegners mittels standardmäßiger Einbindung eines Sequestrationsantrages.

Tipps für Nutzungsrechtsinhaber:

- Kommt es dem Nutzungsrechtsinhaber nicht auf die Aushebelung der Kostenfolge des § 93 ZPO mittels Sequestrationsantrag an, sondern kommt es ihm tatsächlich darauf an, die Gefahr des Beiseiteschaffens auszuschließen, ist ein Vorgehen ohne Vorwarnung des Händlers zielführender (z.B. strafrechtlich über eine unangekündigte Durchsuchung und Sicherstellung von Beweisen durch die Ermittlungsbehörden).

- Handelt es sich erkennbar um einen Händler, der im großen Stil mit Plagiatsware handelt und ggf. bereits aktenkundig ist, wird die Zustellung einer einstweiligen Verfügung mit Sequestration ein zahnloser Tiger sein. Ein Sequestrationsantrag schließt nämlich gerade nicht aus, dass der Antragsgegner Produkte, vorgewarnt durch die einstweilige Verfügung, beiseite schafft.
- Handelt es sich, soweit erkennbar, um einen vermutlich redlichen Händler, der selbst auf seinen Lieferanten hereingefallen ist, ist zunächst eine Abmahnung sinnvoll. Die Abmahnung dürfte in den meisten Fällen zu einer raschen außergerichtlichen Erledigung führen und zur Auskunft, von wem der Händler die Ware bezogen hat.

Autor:
RAin Yvonne A. E. Schulten
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Informationstechnologierecht