

### **Tierhandel, Urheber- und Wettbewerbsrecht und die Abmahnung**

Ein auf den ersten Blick für Wettbewerbsrechtler obskurer BGH-Fall, bei dem es um den Verkauf eines Pferdes ging, hat zur Folge, dass so gut wie alle Gewährleistungsverkürzungen oder Gewährleistungsausschlüsse in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unwirksam sein dürften. Neben der Frage, wann ein Pferd als gebraucht zu betrachten ist, hat sich der BGH mit Urteil vom 15.11.2006, AZ: VIII ZR 3/06, zu der Frage geäußert, ob die Formulierung "Die Gewährleistungsrechte des Käufers werden innerhalb von 12 Monaten nach Gefahrübergang" wirksam ist oder nicht. Dies ist nicht der Fall, da nach der Argumentation des BGHs diese Klausel gegen § 309 Nr. 7 a und b BGB verstößt. Hier geht es um die Haftung von unter anderem Körper- oder Gesundheitsschäden. Diese müssen von einem Gewährleistungsausschluss unberührt bleiben, da ansonsten der Gewährleistungsausschluss oder die Gewährleistungsverkürzung unwirksam sind. Folge ist, dass bei so gut wie sämtlichen Gewährleistungsausschlüssen in AGB eine entsprechende Verkürzung unwirksam ist mit der Folge, dass eine zweijährige Gewährleistung gilt.

AGB-Vorschriften haben die Funktion, die Gegebenheiten auf dem Markt festzulegen und Verbraucher zu schützen. Es handelt sich somit auch um Marktverhaltensregelungen, deren Nichtbeachtung einen Wettbewerbsverstoß nach § 3 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG begründet.

Dies hat nicht nur zur Folge dass Käufer sich diese AGB nicht entgegenhalten lassen müssen und der Verwender länger als notwendig, erwünscht und eingepreist haftet, sondern auch dass Wettbewerber von Verwendern gesetzeswidriger AGB diese kostenpflichtig abmahnen können.

Wettbewerber ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist dann gegeben, wenn beide Unternehmer gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann (st. Rspr., BGH, Urteil vom 23.4.1998 - I ZR 2/96).

Beispiele sind daher Züchter untereinander, Züchter und Zuchtverbände oder Tierhändler und Züchter.

Durch die Verwendung unwirksamer AGB bietet man also Konkurrenten eine einfache Möglichkeit, sich für vermeintlich erlittenes Unrecht zu rächen oder einem selbst auch einfach nur Kosten aufzubürden.

Ein weiterer Berührungspunkt ist wohl die Homepagehaftung.

Ein Auftritt im Internet gehört inzwischen für viele Vereine, Züchter und Händler zum guten Ton. Und dabei will man seinen Besuchern meist auch etwas bieten. Also wird die Seite mit vielen Fotos angereichert, witzige Texte werden eingebaut, eine Anfahrtsskizze nicht fehlen und den Stimmungssong des letzten Vereinsfestes soll sich der Besucher schließlich auch anhören können ... Und schon ist eine Ansammlung zusammen, mit der auch die bestgehütete Kasse geleert werden kann:

## FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Denn auch im Internet gilt das Urheberrecht. Der Inhalt von Webseiten darf daher nicht beliebig abgeschrieben werden, auch wenn die Versuchung groß ist, „mal eben“ etwas von einer anderen Seite zu kopieren. Ohne die vorherige Einwilligung des Autors ist dies eindeutig verboten. Riskant ist hier aber, dass dieser ja selbst den Text „geklaut“ haben kann, so dass auch sein schriftliches Einverständnis nichts nützt.

Der wahre Verfasser, der sog. Schöpfer, hat nicht nur einen Anspruch darauf, dass der kopierte Text wieder von der Seite genommen wird, er kann auch für die zwischenzeitliche, unberechtigte Nutzung eine Entschädigung in Geld verlangen. Und dies im übrigen nicht nur für Texte, sondern selbstverständlich auch für Graphiken, Bilder, Musikdateien und alles andere. Wenn man also das Pech hat, von einem bekannten Journalisten Texte zu verwenden, darf man diesem sein übliches – sicher nicht geringes – Honorar zahlen. Auch eingescannte Presseberichte über Vereinsveranstaltungen dürfen nicht einfach ohne Zustimmung der Zeitung verwendet werden.

Stadtpläne, auf denen der Weg zum eigenen Hof markiert wird, sind immer wieder beliebt. Aber auch hier gilt: Stadtpläne unterliegen dem Urheberrecht des jeweiligen Verlages (BGH, Urteil vom 23.06.2005, AZ: I ZR 227/02) und dürfen ohne dessen Zustimmung nicht kopiert oder etwa innerhalb eines in der Webseite integrierten Framesets aufgerufen werden. Die Einfügung eines Pfeiles oder einer zusätzlichen Beschriftung macht aus dem kopierten Bild nicht ein eigenes, neu geschaffenes Werk. Viele Stadtplanverlage und Anbieter von Routenplanern im Internet beschäftigen inzwischen Mitarbeiter ausschließlich mit der Suche nach illegalen Internetkopien, berühmtes Beispiel ist hier die Seite [www.hot-maps.de](http://www.hot-maps.de). Einige unseriöse Anbieter warten geradezu auf derartige ahnungslose Webmaster.

Wenn schon eine Karte in den Internetauftritt integriert werden soll, bleiben daher zwei legale Möglichkeiten. Entweder selber zeichnen, was sich immer dann anbietet, wenn eine grobe Straßenkarte ausreicht, oder aber offen auf den Kartenanbieter verlinken, der dieses Vorgehen allgemein erlaubt. Die Verlinkung ist unabhängig von den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters gemäß Urteil des BGH vom 17.07.2003, AZ: I ZR 259/00, durchaus zulässig, wenn ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich macht, dadurch bereits die Nutzung, die ein Abrufender vornehmen kann, ermöglicht, so dass grundsätzlich kein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen wird, wenn der Zugang zu dem Werk durch Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep-Links) erleichtert wird.

Daher empfiehlt es sich, diesen Link so zu setzen, dass erkennbar ist, dass diese Seite von einem solchen Dienst angeboten wird und dieser Plan nicht als Teil ihrer eigenen Seite erscheint.

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Anbieter den Kartenausschnitt nur zeitlich begrenzt anbietet und dies z.B. mit einer sog. Session-ID absichert. Umgeht man diese Sicherung indem man direkt auf den Kartenausschnitt verlinkt, begründet dies eine Urheberrechtsverletzung (BGH, I ZR 39/08, Urteil vom 29.04.2010),

Die Lizenzbestimmungen des jeweiligen Anbieters sollte man genau durchlesen. Dort ist meist genau geregelt, wann und wie dieser Dienst genutzt werden darf. Hierbei ist allerdings darauf zu achten, dass nicht alle Anbieter-AGB der o.g. Rechtsprechung des BGH genügen.

## FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Zunehmender Beliebtheit erfreut sich auch das Angebot von Musik auf Internetseiten, etwa eines Liedes, das der Homepagebetreiber aus welchen Gründen auch immer besonders schätzt, als Download oder als Hintergrundmusik. Auch hier gilt: Wenn der Rechtsinhaber an der Musik mit dieser Veröffentlichung einverstanden ist, ist alles in Ordnung. Wenn nicht, kann es auch strafrechtlich relevant werden. Gerade Musikverlage, insbesondere renommierte und bundesweit geschätzte und bekannte, sind mittlerweile dazu übergegangen, das von ihnen vertriebene Liedgut massiv zu verteidigen. Hierzu beschäftigen sie inzwischen Unternehmen und Anwälte, die auf die Auffindung unerlaubter Veröffentlichungen im Internet spezialisiert sind.

Zu jeden reizvollen Internetauftritt gehören auch Bilder. Bilder von den zu verkaufenden Welpen, Zuchtkaninchen, von Veranstaltungen, vom letzten Turnier, etc. Auch hier ist einiges zu beachten, selbst wenn alle Bilder selbst gemacht wurden, denn das Recht am eigenen Bild ist als eine spezielle Ausprägung des grundgesetzlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den §§ 22 und 23 des Kunsturheberrechtsgesetzes (KUG) besonders geschützt (aktuell: Urteil des BGH vom 03.07.2007, AZ: VI ZR 164/06). So bestimmt § 22 KUG, dass Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablauf von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Diese Einwilligung kann auch durch ein entsprechendes Handeln des Abgebildeten gegeben werden: wer sich auf ein Bild drängt, das etwa ausdrücklich zur Veröffentlichung im Internetauftritt wurde, erklärt damit bereits sein Einverständnis mit der Veröffentlichung. Ohne diese Einwilligung dürfen nur Bilder aus dem Bereich der Zeitgeschichte, Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben eine Landschaft oder sonstigen Örtlichkeiten erscheinen sowie Bilder von Versammlungen und Veranstaltungen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben (also Bilder „in die Menge hinein“, solange durch diese Bilder nicht ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt wird) veröffentlicht werden.

Wie gesagt dürfen Bilder von Personen der Zeitgeschichte auch ohne deren Einwilligung veröffentlicht werden. Der Bereich der Personen der Zeitgeschichte ist dabei weit gefasst. Er umfasst alle Ereignisse, die in der Öffentlichkeit Aufmerksamkeit finden. Das kann auch eine einmalige publikumswirksame Aktion, etwa eine Vereinsmeisterschaft sein. Hier dürfen von den betroffenen Personen auch ohne deren Zustimmung aufgenommen und verbreitet werden, solange diese im Zusammenhang mit dem betreffenden Ereignis stehen.

Ebenfalls zum Standard vieler Internetseiten gehören Gästebücher und Diskussionsforen. Abgesehen davon, dass viele Gästebücher schnell zu einem Tummelplatz für irgendwelche unerwünschte Werbungen verkommen und viele der angebotenen Diskussionsforen insbesondere durch gähnende Leere beeindrucken, stellt sich auch hier regelmäßig die Frage nach der Haftung für solche Einträge, mit denen etwa bestimmte Personen beleidigt oder verleumdet werden. Ein aufrüttelndes Beispiel liefert hier wieder einmal der BGH mit seinem Urteil vom 27.03.2007, AZ: VI ZR 101/06.

Das Telemediengesetz (TMG) unterscheidet in dieser Frage zwischen eigenen und fremden Inhalten. Während der Anbieter des Internetauftritts für eigene Dienste nach § 7 Abs. 1 TMG nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften haftet, besteht nach den §§ 8 - 10 TMG eine solche Haftung für fremde Inhalte (hierunter fallen auch Links) nur dann, wenn der Anbieter Kenntnis von diesem Inhalt hatte und ihm die Entfernung der Inhalte zumutbar war.

## FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Einträge etwa in einem Gästebuch werden regelmäßig nicht vom Anbieter des Internetauftritts selber vorgenommen. Demgemäß sind die Einträge Dritter in solchen Gästebüchern für den Betreiber zunächst fremde Inhalte. Die Einträge können aber zu eigenen Inhalten des Betreibers werden, wenn die Beiträge nicht regelmäßig überprüft und dabei rechtswidrige oder verdächtige Inhalte nicht gelöscht werden. So entschied etwa das Landgericht Trier schon im Jahr 2001 in einem Urteil, dass der Gästebuchbetreiber die Einträge wenigstens einmal pro Woche überprüfen muss und rechtswidrige Einträge löschen muss. Ähnliche Urteile sind mittlerweile Legion. Unterlässt der Betreiber des Gästebuchs diese Überprüfung und Löschung, so macht er sich die Einträge durch Duldung zu eigen und haftet damit dann auch für diese Beiträge so, als wären sie von ihm selbst geschrieben worden – auch wenn der tatsächliche Schreiber bekannt ist. Wird also ein Gästebuch oder Diskussionsforum zur Verfügung gestellt, so muss dieses auch regelmäßig in kurzen Zeitabständen überprüft werden. Ein allgemeiner Haftungsausschluss, dass für die Inhalte des Gästebuchs oder des Forums nicht gehaftet werde, reicht in diesem Fall eindeutig nicht aus.

Weiter sei noch auf die sog. Impressumspflicht hingewiesen. Hier sind die §§ 5 ff. TMG einschlägig, da die Homepage als Werbung angesehen wird. Daher sind die dort genannten Angaben leicht erreichbar (also am besten direkt von der Startseite aus) und ständig verfügbar zu halten.

Ein Verstoß gegen die Verbraucherschützenden Normen des TMG stellt nach der Rechtsprechung auch einen Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch dar (st. Rspr., bspw. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.03.2002, AZ: 6 U 200/01; OLG München, Urteil vom 11.09.2003, AZ: 29 U 2681/03) und ist daher auch durch Wettbewerber abmahnfähig.

Auch wer für sich oder andere wirbt, weiß oft nicht, welche rechtlichen Grenzen zu beachten sind. Eine Vielfalt von Gesetzen kommen hier zum Tragen, gekoppelt mit einer Vielfalt von Gerichtsentscheidungen. Im Folgenden soll daher das Dickicht des Werberechts etwas gelichtet werden.

Seit das Internet und E-Mail sich etabliert haben, hat die Werbung diesen Bereich für sich entdeckt. Immer öfter wird Werbung per E-Mail, sowohl individuell als auch massenhaft, versandt. Leider handelt es sich in den meisten Fällen um unerwünschte Nachrichten.

Nach ständiger Rechtsprechung ist auch die unverlangte Werbung mittels E-Mail, Telefax, SMS oder Werbeanruf sowohl an Privatpersonen als auch an Unternehmen unzulässig, und zwar auch und gerade dann, wenn sie zur Aufnahme eines erstmaligen geschäftlichen Kontaktes dient.

Handelt es sich beim Empfänger einer unaufgeforderten Werbe-E-Mail jeweils um einen Gewerbetreibenden, ist zudem ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu bejahen. Der Gewerbetreibende hat dann einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB gegen den Absender. Ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG muss nicht zugleich gegeben sein, wenn Absender und Empfänger in völlig verschiedenen Branchen tätig sind, so dass jeglicher Wettbewerb fehlt.

Von einem stillschweigenden Einverständnis kann hier – anders als bei Werbung per Post – grundsätzlich nicht ausgegangen werden, insbesondere dann nicht, wenn keine besonderen, aus der Sphäre des Adressaten stammenden Umstände vorliegen, die es für den Adressaten

## FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

erwünscht erscheinen lassen, die Werbung gerade per E-Mail anstatt per normalem Brief zu erhalten. An einem E-Mail-Postfach bzw. Telefon oder Faxgerät kann man eben keinen Hinweis anbringen. Bei Unternehmen können solche besonderen Umstände vorliegen, sofern der Werbende die begründete Vermutung haben darf, sein Angebot sei für das Unternehmen von Interesse. Nicht ausreichend ist ein bloß allgemeiner Sachbezug zum Geschäftsbetrieb des Anzurufenden (BGH, Urteil vom 24.01.1991, AZ: I ZR 133/89) oder der Umstand, dass der Angerufene seine Telefonnummer beispielsweise in den Gelben Seiten angegeben hat (OLG Frankfurt, Urteil vom 24.07.2003, AZ: 6 U 36/03).

Das LG Heidelberg hat mit Urteil vom 10.07.2008 (AZ: 3 O 142/08) entschieden, dass eine zu vermutende Einwilligung eines Unternehmers in Telefonwerbung dann vorliegt, wenn auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann. Hierbei kommt es nicht auf die subjektive Wertung des Anrufers an, sondern darauf, ob er davon ausgehen darf, dass der Anzurufende einen solchen Anruf erwartet oder ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenübersteht. Es genügt hierbei nicht, dass der Anrufer von einem aktuellen oder konkreten Bedarf für die angebotenen Waren oder Dienstleistungen ausgehen darf; vielmehr muss hinzukommen, dass der Angerufene mutmaßlich gerade auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein wird. Selbst bei derartigen Waren oder Dienstleistungen, mit denen der Unternehmer handelt oder die er für seine Produktion laufend benötigt, ist zwar meist von einem Interesse des Unternehmers auch am Angebot von neu auf dem Markt auftretenden Anbietern auszugehen; jedoch spielt es auch hierbei eine Rolle, ob die Angelegenheit so eilig ist, dass sie eines Telefonanrufs bedarf.

Werbung per Newsletter oder anderen Varianten ist ebenfalls grundsätzlich verboten, solange der Empfänger nicht sein Einverständnis erklärt hat. Einverständnisse in AGB sind nach herrschender Rechtsprechung unwirksam. Aber auch ein einmal wirksam erklärtes Einverständnis gilt nicht bis in alle Ewigkeit.

Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Zusendung der unverlangten Werbung per E-Mail ist jedoch immer, dass der Empfänger mit der Zusendung nicht einverstanden ist. Dabei trägt der Absender die Beweislast für das Bestehen eines Einverständnisses.

Sofern die Empfänger Anwälte einschalten, können diese Abmahnungen teuer werden. Ferner besteht nach deutschem Datenschutzrecht ein Auskunftsanspruch des Betroffenen; der Absender muss offen legen, woher er die E-Mail-Adresse hat und an wen er sie weitergegeben hat.

Auch reine Informationsnewsletter werden von den meisten Gerichten wie Werbe-E-Mails behandelt.

### **Die Abmahnung**

Die Abmahnung ist ein Vertragsangebot. Der Abmahnende behauptet, einen Anspruch auf Unterlassung gegen den Abgemahnten zu haben und bietet ihm an, diesen Anspruch vertraglich zu regeln. Erst wenn der Abgemahnte sich weigert, wird der Anspruchsteller im Normalfall gerichtliche Schritte einleiten.

Die Abmahnung ist also die außergerichtliche Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs. Der Abgemahnte wird aufgefordert, seine Bereitschaft zu erklären, den Rechtsverstoß für die

Zukunft zu unterlassen. Nach der Rechtsprechung besteht bereits bei einem einmaligen Verstoß die sog. Wiederholungsgefahr, d.h. der Abmahnende darf annehmen, dass der Abgemahnte immer wieder in gleicher Weise gegen die Vorschriften verstoßen wird. Diese Wiederholungsgefahr kann außergerichtlich nur ausgeräumt werden, indem eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben wird.

Rein rechtlich ist eine Abmahnung jedoch nicht erforderlich, theoretisch könnten sofort gerichtliche Schritte eingeleitet werden. Die Abmahnung ist also keine formelle Voraussetzung für die Einleitung eines Gerichtsverfahrens. Beispielsweise regelt § 12 UWG, dass der Berechtigte dem Schuldner vor Einleitung gerichtlicher Schritte Gelegenheit geben soll (also nicht muss), vorab eine Unterlassungserklärung abzugeben.

Erfolgt allerdings keine Abmahnung vor Klageerhebung, trägt der Kläger das Kostenrisiko nach § 93 ZPO. Denn hat der Beklagte durch sein Verhalten nicht zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt. Er kann einwenden, dass er, wenn er außergerichtlich Gelegenheit gehabt hätte, sofort die Unterlassungserklärung abgegeben und den Rechtsverstoß eingestellt hätte.

### **Wann ist eine Abmahnung rechtmäßig?**

#### 1. Tatbestand

Der erste Teil der Abmahnung muss sich auf den behaupteten Rechtsverstoß beziehen, d.h. sie muss konkret darlegen, welcher Rechtsverstoß begangen wurde.

#### 2. Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs

Der Abmahnende muss kundtun, welchen Unterlassungsanspruch er auf welcher rechtlichen Grundlage durchsetzen will. Er muss eindeutig und unmissverständlich zu einem ganz bestimmten Unterlassen auffordern.

#### 3. Fristsetzung

Die Abmahnung muss eine Frist enthalten, innerhalb der die Unterlassungserklärung abgeben werden muss. Diese Fristen können sehr kurz bemessen sein und laufen von wenigen Tagen bis zu zwei Wochen. Welche Fristen angemessen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalles und der Eilbedürftigkeit der Sache ab. Ist die Frist schon bei Erhalt der Abmahnung abgelaufen, wird dadurch die Abmahnung nicht unwirksam, sondern es wird nur eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. In diesem Falle sollte man sofort schriftlich mitteilen, dass man die Abmahnung erst jetzt erhalten habe und innerhalb 3 – 4 Tagen reagieren werde. Sonst besteht die Gefahr, dass die Gegenseite bereits die einstweilige Verfügung beantragt.

#### 4. Strafbewehrte Unterlassungserklärung

Meist ist eine vorformulierte, strafbewehrte Unterlassungserklärung beigelegt, die zu unterzeichnen ist. Eine Unterlassungserklärung besteht meist aus:

##### Vertragsstrafeversprechen

Der Unterzeichner verpflichtet sich, eine bestimmte Handlung zukünftig zu unterlassen und verspricht, für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine bestimmte Vertragsstrafe zu zahlen. Diese liegt im Normalfall über 5.000,00 EUR, da damit für den Fall, dass der Betrag eingeklagt werden

muss, die Zuständigkeit eines Landgerichts und nicht eines Amtsgerichts gegeben ist. Durch das Vertragsstrafversprechen wird die Wiederholungsgefahr ausgeräumt, wenn die Vertragsstrafe eine angemessene Höhe hat und geeignet ist, den Störer von weiteren Rechtsverstößen abzuhalten.

#### Fortsetzungszusammenhang

Der Abgemahnte wird aufgefordert, auf den sogenannten Fortsetzungszusammenhang zu verzichten. Der Abmahnende will damit erreichen, dass jeder neue Verstoß in dieser Sache eine neue Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe auslöst und nicht als ein einmaliger Verstoß gilt. Beispiel: X hat sich am 02.09.2006 gegenüber Y verpflichtet, seinen Onlineshop nicht mehr zu betreiben, ohne die Kunden ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht zu belehren. Am 11.10.2006, 20.10.2006 und 23.10.2006 stellt Y fest, dass die Widerrufsbelehrung immer noch nicht vorhanden ist. Wenn X auf den Fortsetzungszusammenhang verzichtet, muss er drei Mal die Vertragsstrafe zahlen. Verzichtet er dagegen nicht, kann das angerufene Gericht die fehlende Widerrufsbelehrung an mehreren Tagen als einen Verstoß ansehen, so dass die Vertragsstrafe nur einmal zu zahlen ist. Ohne Fortsetzungszusammenhang ist darauf zu achten, dass die Vertragsstrafe durch Abgeltung mehrere Verstöße nicht unangemessen niedrig wird.

#### Schadensersatz

Ist die Abmahnung berechtigt, hat der Abgemahnte den Schaden zu tragen, der dem Anderen durch den Verstoß entstanden ist. Hierbei handelt es sich regelmäßig um die Kosten der Rechtsverfolgung, also die Anwaltskosten. Für den wettbewerbsrechtlichen Bereich ist das in § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG geregelt. Auf anderen Rechtsgebieten leitet die Rechtsprechung die Kostentragungspflicht aus dem Grundsatz der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB her. Die Anwaltskosten berechnen sich nach dem sogenannten Gegenstandswert und müssen vom gegnerischen Rechtsanwalt je nach Art und Schwere des Rechtsverstoßes im üblichen Rahmen festgesetzt werden. Aus diesem Gegenstandswert erhält der Rechtsanwalt in der Regel 1,3 Gebühren zuzüglich der Post- und Telekommunikationspauschale und Umsatzsteuer.

#### Was tun im Falle einer Abmahnung?

Wegen der drohenden Kosten eines Gerichtsverfahrens sollte eine Abmahnung immer beachtet werden, auch wenn man den Forderungen in der Abmahnung nicht nachkommen will. Da nach Ablauf der gesetzten Frist eine einstweilige Verfügung droht, die meistens ohne mündliche Verhandlung und damit ohne Verteidigungsmöglichkeit des Abgemahnten erlassen wird, sollten weitere Schritte genau überlegt werden.

Die geforderten Unterlassungserklärung abzugeben und die geforderten Kosten zu übernehmen ist die einfachste Variante. Diese bietet sich nur an, wenn der abgemahnte Rechtsverstoß auch für einen juristischen Laien klar erkennbar ist, sich die Unterlassungserklärung auf das Notwendigste beschränkt und die Kostenforderung einen erträglichen Rahmen hat. Folgekosten für ein Gerichtsverfahren sind dann ausgeschlossen.

Wird die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben aber die Kosten nicht übernommen, ist zunächst die Gefahr einer einstweiligen Verfügung oder Klage wegen des abgemahnten Rechtsverstoßes gebannt. Dieser Schritt bietet sich an, wenn der Abgemahnte den in der Abmahnung geäußerten Vorwurf nicht für zutreffend hält, aber das Risiko einer teuren

## FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Auseinandersetzung über den Rechtsverstoß selbst scheut. Dann verbleibt nur noch das Risiko, wegen der Erstattung für die Kosten der Abmahnung verklagt zu werden. In einem solchen Prozess befindet sich der Abgemahnte in eine wesentlich günstigeren Position als in einem einstweiligen Verfügungsverfahren oder dem Hauptsacheprozess. Der Streitwert bemisst sich nur nach den geltend gemachten Kosten für die Abmahnung und ist damit wesentlich niedriger als der ursprüngliche Abmahnungsstreitwert. Entsprechend niedriger sind die damit verbundenen Gerichtskosten und Anwaltsgebühren. Streitfrage im Prozess um die Kostenerstattung ist auch die Rechtmäßigkeit der Abmahnung, da andernfalls keine Pflicht zur Erstattung der Kosten der Abmahnung bestehen würde. Der ganz entscheidende Nachteil dieser Vorgehensweise ist natürlich die im Wiederholungsfalle drohende Vertragsstrafe.

Die Abgabe einer modifizierten Unterlassungserklärung wird eine Übernahme der Kosten für die Abmahnung regelmäßig nicht beinhalten, weil die Abmahnung nur zum Teil zutreffend gewesen sein kann und somit in dieser Form nicht im Interesse des abgemahnten Geschäftsherrn sein wird. Schließlich setzt sich der Abgemahnte mit der Abgabe einer modifizierten, nach seinen Vorstellungen veränderten Unterlassungserklärung auch dem Risiko eines Prozesses aus, sofern dem Abmahnenden die Abgabe einer modifizierten Unterlassungserklärung nicht ausreichend ist. Je nachdem wie weit der Abgemahnte auf die Vorstellungen des Abmahnenden bei Abgabe seiner Erklärung eingeht, mindert er das Prozessrisiko. Auch die Übernahme eines Teiles der Kosten für die Abmahnung mag zu einer Risikominimierung beitragen, allerdings liegt dann schon der Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs mit der Gegenseite näher, die dann einen Verzicht auf gerichtliche Schritte erklären sollte.

Wichtig ist, dass eine modifizierte Unterlassungserklärung vom Abmahnenden angenommen werden muss, da die Unterlassungserklärung ein Vertrag ist. Wird sie also nicht angenommen, aber begnügt sich der Abmahnende mit ihr, kann er später die Vertragsstrafe nicht geltend machen.

Zunächst kann so eine zu hohe Vertragsstrafe auf ein erträgliches Maß herabgesetzt werden. Die Unterlassungserklärung muss allerdings die Wiederholungsgefahr beseitigen. Dafür muss die Vertragsstrafe immer noch so hoch bemessen werden, dass sie die Funktion erfüllt, einen neuen Rechtsverstoß durch Abschreckung zu verhindern.

Einer übermäßigen Einschränkung des Abgemahnten kann dadurch begegnet werden, dass die Verletzungshandlung genauer beschrieben oder enger gefasst wird. Dabei ist allerdings die Rechtsprechung zu beachten, nach der sich die Unterwerfungserklärung auf alle „maßgeblichen charakteristischen Merkmale“ der Verletzungshandlung erstrecken muss.

Die Verweigerung der Abgabe einer Unterlassungserklärung ist sorgfältig zu prüfen, denn dann muss mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit allen damit zusammenhängenden Konsequenzen gerechnet werden. Um den Erlass einer einstweiligen Verfügung jedenfalls ohne mündliche Verhandlung zu verhindern, kann schon vor dem Eingang des Antrags eine sogenannte Schutzschrift eingereicht werden, in welcher das bevorstehende Prozessverhältnis möglichst genau beschrieben werden und sämtliche Verteidigungsmittel vorgebracht werden sollten. Da bei einem Rechtsverstoß im Internet der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung überall sein kann, ist die Einreichung der Schutzschrift beim zuständigen Gericht schwierig.

Der Hinweis auf eine anderweitig erfolgte Abmahnung wegen des gleichen Vorwurfes kommt als Verteidigungsmittel dann in Betracht, wenn bereits eine entsprechende Unterlassungserklärung zeitlich nach dem vorgeworfenen Verstoß abgegeben wurde. Dieser Mitteilung sind die Abmahnung und die abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung in Kopie beizufügen. Eine vorgetäuschte Abmahnung nebst Unterlassungserklärung kann dagegen den Tatbestand des Betrugs erfüllen. Die Kosten für die neue Abmahnung sind allerdings zu ersetzen, wenn der Abmahnende von der bereits abgegebenen Unterlassungserklärung keine Kenntnis hatte.

Wenn der Abgemahnte selbst offensiv gegen den Abmahnenden vorgehen will, ist die negative Feststellungsklage zu erheben, um so eine gerichtliche Klärung über die Rechtmäßigkeit der Abmahnung herbeizuführen. Erforderlich ist hier das Feststellungsinteresse des Abgemahnten. Dieses wird regelmäßig vorliegen, drohen dem Abgemahnten doch erhebliche Rechtsnachteile. Um Kostennachteile im gerichtlichen Verfahren zu verhindern, sollte der Abmahnende vor Klageerhebung auf eventuelle Irrtümer seinerseits hingewiesen und gegebenenfalls unter Fristsetzung aufgefordert werden, von den in der Abmahnung geäußerten Vorwürfen abzurücken.

Möglich ist auch ein Gegenangriff, indem man abmahnfähige Verstöße des Abmahnenden ermittelt, abmahnt und dann die Kostenerstattungsansprüche gegeneinander aufrechnet.

Weitere Verpflichtungen in der Unterlassungserklärung, wie das Eingeständnis, für weitere Schäden aufzukommen, sollten nicht übernommen werden. Denn beispielsweise ein Schadensersatz ist an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen gebunden, auf die man nicht verzichten sollte.

### **Wirkung der strafbewehrten Unterlassungserklärung**

Wenn die strafbewehrte Unterlassungserklärung unterschrieben wird, kommt ein wirksamer Vertrag zwischen Abmahnendem und Abgemahntem zu Stande, aus dem der Abgemahnte nicht mehr so leicht herauskommen: *pacta sunt servanda* (lat.: Verträge sind einzuhalten).

Lediglich bei einer nicht unerheblichen, nachträglichen Änderung der Rechtslage kann man die Abänderung des Vertrages verlangen oder bei Vorliegen eines Irrtums den Vertrag anfechten. Der Vertrag ist daher auch wirksam und verbindlich, wenn die Unterlassungserklärung nur unterschrieben wurde, um einem teuren Streit aus dem Weg zu gehen, ein Rechtsverstoß aber gar nicht vorlag.

**Hinweis:** Sie dürfen diesen Artikel ohne Veränderungen zum Privatgebrauch oder zum internen Gebrauch unter Nennung dieses Hinweises und der Adressangaben gerne frei kopieren und weitergeben. Für die kommerzielle Nutzung ist das vorherige Einverständnis des Autors einzuholen. Bitte übersenden Sie ein Belegexemplar oder den direkten Link.

Fragen zu diesem Beitrag beantwortet der Verfasser nur im Rahmen eines Mandates oder in sonst berufsrechtlich zulässiger Weise.

Frank Richter  
Rechtsanwalt

R E C H T S A N W A L T

# FRANK R. K. RICHTER

KASTANIENWEG 75a

69221 DOSENHEIM

Kastanienweg 75a

69221 Dossenheim

Telefonnummer 06221/727-4619

Faxnummer 06221/727-6510

[www.richterrecht.com](http://www.richterrecht.com).