

**Abmahnung erhalten?  
Fragen und Antworten für den  
unliebsamen Fall der Fälle**

von Rechtsanwältin Katja Schubert, Karsten + Schubert Rechtsanwälte

## Abmahnung erhalten? Fragen und Antworten für den unliebsamen Fall der Fälle

Die Abmahnung ist in den letzten Jahren zum Angst- und Hasswort der Internetgemeinde avanciert. Die Furcht, im Dickicht gesetzlicher Bestimmungen eine Angriffsfläche für eine kostenpflichtige Abmahnung der Konkurrenz zu eröffnen, ist weit verbreitet. Das Aussprechen einer Abmahnung gegen einen anderen Marktteilnehmer wird in der öffentlichen Meinung immer weniger als sachdienliches Instrument der Rechtswahrnehmung angesehen. Vielmehr gilt eine Abmahnung als Kriegseröffnung gegen einen friedlichen Nachbarn, unter dem Vorwand eines angeblichen Verteidigungsfalls. Je nach Temperament des Adressaten wird die Abmahnung oftmals als rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich abgetan oder aber sie wird aus Furcht vor verheerenden Folgen ohne nähere Prüfung befolgt. Die richtige Reaktion auf eine Abmahnung hängt jedoch von etwas mehr Parametern ab. Um Ihnen die Einschätzung der eigenen Lage im Falle einer Abmahnung zu erleichtern, möchte ich Ihnen im Folgenden die grundlegenden Fragen zum Thema Abmahnung beantworten.



### 1. Was genau ist eine Abmahnung?

Eine Abmahnung ist ein Mittel für die außergerichtliche Erledigung eines bestehenden Unterlassungsanspruchs und dient der Vermeidung eines Gerichtsverfahrens. In einigen Gesetzen, z. B. im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb oder im Urhebergesetz, wird dem Anspruchsinhaber sogar die Obliegenheit auferlegt, vor der Beschreitung des Rechtsweges eine Abmahnung auszusprechen. Dem Rechtsverletzer soll die Chance gegeben werden, sich ein kostenintensives Gerichtsverfahren durch eine freiwillige Einigung zu ersparen. Verzichtet der Anspruchsinhaber auf eine vorherige Abmahnung und klagt stattdessen sofort, hätte er die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, wenn der Beklagte den Anspruch vor Gericht sofort anerkennt.

Abmahnfähige Unterlassungsansprüche können sich z. B. in folgenden Konstellationen ergeben:

- Verletzung des Wettbewerbsrechts (z. B. Verbreitung irreführender Werbung, Verletzung verbraucherschutzrechtlicher Vorschriften)
- Verletzung von gewerblichen Schutzrechten (z. B. Benutzung eines Domainnamens, der eine fremde Marke verletzt)
- Verletzung von Urheberrechten (z. B. Einbindung eines Stadtplanausschnittes als Anfahrtsskizze in die eigene Web-Site)
- Verletzung von Persönlichkeitsrechten (z. B. beleidigende Äußerungen in einem Internetforum, ungenehmigte Nutzung von Portraitbildern)

Mit der Abmahnung wird der Adressat auf den von ihm begangenen Rechtsverstoß hingewiesen, verbunden mit der Aufforderung, diesen zukünftig zu unterlassen und eine entsprechende vertragsstrafenbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben. Eine vorformulierte Unterlassungsverpflichtungserklärung ist dem Abmahnschreiben in der Regel beigelegt, dies ist aber für die Wirksamkeit der Abmahnung nicht zwingend erforderlich, sondern dient dem Interesse des Abmahnenden, die von ihm gewünschte Erklärung auf schnellstem Wege zu erhalten.

In der Abmahnung muss das als rechtswidrig beanstandete geschäftliche Verhalten des Adressaten genau beschrieben werden, damit der Adressat den gegen ihn gerichteten Anspruch nachvollziehen und rechtlich prüfen kann. Die Beschreibung kann, muss aber nicht, um eine rechtliche Begründung, aus der sich der Unterlassungsanspruch herleitet, ergänzt werden.

Für den Fall, dass der Adressat die von ihm verlangte Unterlassungserklärung nicht abgibt, ist die Einleitung gerichtlicher Schritte anzudrohen. Unterbleibt diese Androhung, läuft der Abmahnende Gefahr, dass die Abmahnung nicht als ernsthaftes Unterlassungsverlangen anerkannt wird. Ignoriert der Adressat der Abmahnung daraufhin die Abmahnung und erkennt den Anspruch erst in einem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren an, kann das Gericht entscheiden, dass der Abmahnende die Kosten des Rechtsstreits selbst zu tragen hat.

Für die Abgabe der Unterlassungserklärung muss eine angemessene Frist gesetzt werden. Was angemessen ist, hängt von der Dringlichkeit des Unterlassungsbegehrens und den tatsächlichen Möglichkeiten des Abmahnadressaten ab, das abgemahnte Verhalten einzustellen. In der Regel beträgt die Frist 5 – 10 Werktage, in besonders dringlichen Fällen kann die Frist auch in Stunden zu bemessen sein. In vielen Abmahnfällen werden die Fristen zu knapp bemessen. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die Abmahnung keine rechtliche Wirkung entfaltet, sondern bedeutet lediglich, dass eine angemessene Frist in Gang gesetzt wird. Würde der Abmahnende vor Ablauf einer angemessenen Frist gerichtliche Maßnahmen ergreifen, hätte er im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses die Kostenfolge zu tragen.



## **2. Was sind die Folgen, wenn Sie sich der Abmahnung beugen?**

Sofern Sie tatsächlich durch Ihr Verhalten eine Rechtsverletzung begangen haben und die gegen Sie gerichtete Abmahnung berechtigt war, sollten Sie zur Vermeidung weiterer Nachteile eine geeignete strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgeben. Dies hat folgende Konsequenzen für Sie:

- Sie müssen den abgemahnten Rechtsverstoß zukünftig unterlassen;
- Sie tragen das Risiko, im Falle eines erneuten, gleichartigen Rechtsverstoßes, eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen;
- Sie sind grundsätzlich dazu verpflichtet, die anwaltlichen Kosten, die mit der Abmahnung verbunden sind, zu tragen.

Sofern Sie sich einer berechtigten Abmahnung nicht beugen, bleiben die vorbezeichneten Konsequenzen nicht aus, sondern werden mitunter nur zeitlich herausgezögert. Die Verpflichtung zur Unterlassung eines Verhaltens kann auch durch ein angerufenes zuständiges Gericht angeordnet werden. Statt der Vertragsstrafe wäre im

Falle der Zuwiderhandlung ein Bußgeld zu leisten, im Gegensatz zur Vertragsstrafe aber nicht an den Gegner, sondern an eine vom Gericht benannte öffentliche Einrichtung. Die Höhe des Sanktionsmittels wird sich allerdings nicht unterscheiden, insgesamt ist das Gerichtsverfahren die kostenintensivere Variante, da zu den zu erstattenden Abmahnkosten noch die Kosten des Rechtsstreits hinzukommen.

Was Sie an dieser Stelle noch bedenken sollten, ist die Tatsache, dass die Abmahnung lediglich der Erledigung der aus einer Rechtsverletzung resultierenden Unterlassungsansprüche dient. Dem Verletzten können darüber hinaus noch weitere Ansprüche zustehen, die allerdings nicht spezifisch aus der Abmahnung resultieren, sondern aus der Rechtsverletzung selbst. Zu nennen wären in diesem Zusammenhang folgende Ansprüche:

- Schadensersatzanspruch (setzt schuldhaftes Handeln voraus und vor allem einen bezifferbaren Schaden),
- Auskunftsanspruch (bezieht sich auf den Umfang der Verletzungshandlung, deren Dauer und auf eventuelle Beteiligte, wie z. B. Zulieferer),
- Beseitigungsanspruch (wenn trotz Unterlassung in der Zukunft ein rechtswidriger Zustand gegeben ist, z. B. Rückruf von urheberrechtsverletzenden Exemplaren aus dem Handel).

Die Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung bedeutet übrigens kein Schuldanerkenntnis für die vorbenannten weiteren Ansprüche, sondern bedeutet einzig und allein, dass man den Unterlassungsanspruch, aus welchen Motiven auch immer, erledigen möchte. Wenn Sie deutlich herausstellen möchten, dass Sie die Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben haben, ohne den Unterlassungsanspruch vollumfänglich anzuerkennen, ergänzen Sie Ihre Erklärung mit dem Zusatz „ohne Anerkennung einer rechtlichen Verpflichtung, jedoch rechtsverbindlich“.



### 3. Warum die vertragsstrafenbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung?

Der Unterlassungsanspruch ist an das Bestehen einer Wiederholungsgefahr gebunden. Diese ist immer dann gegeben, wenn eine Rechtsverletzung bereits erfolgt ist. Das tatsächliche Einstellen einer rechtsverletzenden Handlung, z. B. die Korrektur einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung oder die Freigabe einer rechtsverletzenden Domain, genügt zur Erledigung des Unterlassungsanspruches nicht. Genauso wenig genügt das bloße Versprechen, zukünftig den vorgeworfenen Rechtsverstoß nicht mehr zu begehen. Faktisch könnte der Abmahnadressat das rechtsverletzende Verhalten ja jederzeit wiederholen, z. B. erneut eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung verwenden oder eine neue Domain registrieren, welche dieselbe Marke verletzt. Daher ist zusätzlich ein ernsthaftes vertragliches Versprechen notwendig, das beanstandete Verhalten nicht zu wiederholen. Ein ernsthaftes Versprechen ist nur dann gegeben, wenn sich der Versprechende für den Fall einer erneuten Zuwiderhandlung zur Zahlung einer angemessenen Vertragsstrafe verpflichtet.

Es kommt leider nicht selten vor, dass auch anwaltlich vertretene Abmahnadressaten trotz eindeutig bestehenden Unterlassungsanspruches die Vertragsstrafe aus der vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung einfach herausstreichen und abwarten, was passiert. Dies ist ein grober Fehler! War die Abmahnung berechtigt, kann die Angelegenheit durch ein bloßes Versprechen, eine bloße Verhaltensänderung oder eine langwierige Argumentation, warum die Wiederholungsgefahr im konkreten Fall nicht gegeben sei, nicht mehr aus der Welt geschaffen werden. Wer die Verpflichtung zur Leistung einer Vertragsstrafe verweigert, muss fest damit rechnen, dass die in der Abmahnung geltend gemachten Ansprüche nunmehr gerichtlich durchgesetzt werden, mit der entsprechend schmerzhaften Kostenfolge.



#### 4. Wann ist es sinnvoll, eine Unterlassungsverpflichtungserklärung in modifizierter Form abzugeben?

Es kommt nicht selten vor, dass eine Abmahnung über das Ziel hinausschießt und in der beigefügten Unterlassungsverpflichtungserklärung ein Anspruch formuliert wird, der weit über das hinausgeht, was der Abmahnende rechtlich beanspruchen kann. Die Folge für den Adressaten der Abmahnung wäre es dann, dass er sich zur Unterlassung eines Verhaltens verpflichtet, das ihm eigentlich erlaubt ist oder zu dessen Unterlassung er keinen Anlass gegeben hat, weil sein Rechtsverstoß gar nicht so weit ging.

Wer z. B. ein bestimmtes Foto unrechtmäßig in seine Website eingebunden hat, muss sich nicht dazu verpflichten, sämtliche Fotos aus dem Repertoire des abmahnenden Urhebers nicht mehr zu nutzen, denn seine Verletzungshandlung bezog sich allein auf ein bestimmtes Foto. Für weitere Fotos des Urhebers, die gar nicht benutzt wurden, besteht keine Wiederholungsfahr, folglich auch kein Unterlassungsanspruch. Der Adressat einer Abmahnung müsste sich, um ein anderes Beispiel zu nennen, auch nicht dazu verpflichten, generell nicht mehr mit der Angabe „echt Silber“ zu werben, wenn die Rechtsverletzung nur darin begründet lag, dass er für lediglich versilberte Utensilien warb, während die Angabe „echt Silber“ für Produkte aus massivem Silber völlig unbedenklich und gerade nicht irreführend ist. Die Formulierung der per Abmahnung geforderten Unterlassungsverpflichtungserklärung sollte also genauestens überprüft werden, um die Gefahr einer drohenden Vertragsstrafe im angemessenen Rahmen zu halten. Der Unterlassungsanspruch muss so formuliert sein, dass er kerngleiche Verletzungshandlungen, die im rechtswidrigen Bereich liegen, klar und eindeutig beschreibt.

Die große Stolperfalle für den Empfänger der Abmahnung besteht darin, dass auch eine zu weit gefasste Unterlassungsverpflichtungserklärung wirksam ist. Verstößt er gegen seine eigene Unterlassungsverpflichtungserklärung, wird unter Umständen eine Vertragsstrafe fällig – obwohl der Verstoß keine rechtswidrige Handlung beinhaltet.

tete. Zu weit gehende Unterlassungsansprüche sollten also dringend modifiziert werden.

Eine Abänderung der der Abmahnung beigefügten vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung ist auch dann angezeigt, wenn die Verwirkung der Vertragsstrafe nicht auf schuldhafte Zuwiderhandlungen gegen das Vertragsstrafeversprechen beschränkt ist. Die Vertragsstrafe wird nämlich nur im Falle schuldhafter Zuwiderhandlungen fällig, es sei denn, es wurde eine verschuldensfreie Garantiehaftung in der Erklärung verankert. Um diese für den Adressaten der Abmahnung sehr ungünstige Auslegung seiner Erklärung zu vermeiden, sollte das Verschuldens Erfordernis klar herausgestellt werden.

Sofern Sie ein Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches sind (z. B. e. K., GmbH, AG, OHG), sollten Sie zudem dringend die Geltung des § 348 HGB ausschließen. § 348 HGB sieht vor, dass die Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann vertraglich versprochen worden ist, von einem Gericht nicht mehr angemessen herabgesetzt werden kann. Dies kann bedeuten, dass Sie im Falle eines oder mehrerer Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung eine unangemessen hohe Vertragsstrafe nicht mehr abwehren können, was im Extremfall ein existenzvernichtender Fehler sein kann.

Teilweise wird eine vorformulierte Unterlassungsverpflichtungserklärung auch in dem Sinne modifiziert, als die dort häufig eingefügte Verpflichtung, dem Abmahnenden die entstandenen Rechtsanwaltskosten zu erstatten, gestrichen wird, die Unterlassungsverpflichtungserklärung aber ansonsten abgegeben wird. Ein solches Vorgehen kann dann sinnvoll sein, wenn der rechtliche Bestand des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs zweifelhaft ist, das wirtschaftliche Interesse an einer Klärung dieses Anspruchs aber gering ist. Dies ist z. B. bei leicht zu korrigierenden Wettbewerbsverstößen wie z. B. einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung oder einer irreführenden Werbeaussage der Fall.

Man erreicht hierdurch, dass der kostenträchtigere und daher prozessual riskantere Unterlassungsanspruch aus der Welt geschaffen wird, während man sich auf der Kostenebene noch zur Wehr setzt. Ein Gerichtsverfahren über die Erstattung von



Abmahnkosten ist wesentlich kostengünstiger als ein Gerichtsverfahren über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Unterlassungsanspruchs. Aber auch mit der Streichung der Kostenerstattungsklausel sollte bedächtig umgegangen werden. Oftmals ist vernünftiger, die Erstattung der Abmahnkosten mit der Gegenseite zu verhandeln, und die Verhandlungsbereitschaft verbessert sich nicht unbedingt, wenn der Gegenseite ein Angebot unterbreitet wird, welches für diese nicht akzeptabel ist, denn ihr sind immerhin Kosten entstanden.



## 5. Wer ist zum Ausspruch einer Abmahnung berechtigt?

Zur Geltendmachung von Ansprüchen ist zunächst einmal der Rechteinhaber selbst berechtigt, z. B. der Urheber eines Fotos, der Inhaber einer Marke, der Entwerfer eines Geschmacksmusters, der beeinträchtigte Mitbewerber oder derjenige, in dessen Persönlichkeitsrechte eingegriffen worden ist.

Im Wettbewerbsrecht ist jeder Mitbewerber in eigener Person anspruchsberechtigt, daneben aber auch rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (z. B. die Kammern der freien Berufe, Fachverbände, Wirtschaftsverbände), Verbraucherverbände, Industrie- und Handelskammern sowie Handwerksammern.

Die Anspruchsberechtigung ist in jedem Fall auch ein Punkt, der beim Erhalt einer Abmahnung genauer unter die Lupe genommen werden sollte. Nicht jeder selbst ernannte Verband ist zur Wahrnehmung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche berechtigt, sondern er muss hierfür bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Genauso wenig ist jeder Marktteilnehmer Inhaber wettbewerbsrechtlicher Ansprüche, sondern es muss ein Wettbewerbsverhältnis zwischen ihm und dem Adressaten seiner Abmahnung bestehen.



## 6. Wer ist der korrekte Adressat einer Abmahnung?

Der Schuldner eines Unterlassungsanspruchs und damit auch der korrekte Adressat einer entsprechenden Abmahnung ist in erster Linie derjenige, der die Verletzung selbst begangen hat, z. B. der Inhaber einer Website mit rechtsverletzendem Content, der Verkäufer einer markenverletzenden Ware oder das Unternehmen, das wettbewerbswidrig für seine Produkte wirbt.

Begehen Mitarbeiter oder Beauftragte eines Unternehmens (z. B. Franchisenehmer, Geschäftsführer, Agenten, Handelsvertreter) im Rahmen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen eine Rechtsverletzung, so ist neben diesen auch der Inhaber des Unternehmens für den Unterlassungsanspruch verantwortlich. Der Unternehmensinhaber soll sich nicht von seiner Verantwortlichkeit freizeichnen können, wenn er haftungsträchtige Aufgaben an andere Personen delegiert.

Im Bereich des Internets gilt folgendes: Der Anbieter einer Website hat haftungsrechtlich für die dort abrufbaren Inhalte als eigene Inhalte einzustehen, wenn er diese in einer Weise übernimmt, dass er aus der Sicht eines objektiven Nutzers für sie die Verantwortung tragen will. Auch User Generated Content, also Inhalte, die von Dritten in die Website eingestellt werden, kann als eigener Inhalt des Website-Betreibers gelten, mit der Folge, dass die Abmahnung sich gegen ihn richtet. Entscheidend ist hierbei die Art der Datenübernahme, ihr Zweck und die konkrete Präsentation der fremden Daten durch den Websitebetreiber (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 10.12.2008, Az. 5 U 224/06).

Darüber hinaus kommt auch noch eine Inanspruchnahme von Dritten in Betracht, die zwar selbst keine Rechtsverletzung begangen, hierzu aber einen kausalen Beitrag geleistet haben. Als sog. „Störer“ kann daher auch derjenige zur Unterlassung einer Rechtsverletzung verpflichtet werden, der an der Herbeiführung der Rechtsverletzung mitwirkt und es trotz bestehender Möglichkeiten unterlässt, die Rechtsverletzung zu verhindern. Die Inanspruchnahme des Dritten als „Störer“ setzt jedoch vor-

aus, dass dieser in der Lage ist, den Störungszustand mit zumutbarem Aufwand zu überprüfen. Eine Störerhaftung kommt z. B. für den Betreiber eines Meinungsforums oder eines Portals für User Generated Content in Betracht, sofern es ihm personell und organisatorisch möglich ist, das Forum oder Portal entsprechend zu überwachen. Ob ein Diensteanbieter für Rechtsverletzungen seiner Mitglieder und User zur Verantwortung gezogen werden kann, ist jedoch stets eine Frage des Einzelfalls und sollte bei Erhalt einer Abmahnung wegen einer Rechtsverletzung durch Dritte äußerst kritisch überprüft werden. Der Bundesgerichtshof selbst scheint sich von der Rechtsfigur der Störerhaftung etwas zu entfernen, und diese nur noch im Bereich absoluter Schutzrechte (Marken, Namen, Patente u. ä.) aufrecht zu erhalten.



## **7. Müssen die Kosten der Abmahnung erstattet werden?**

Sofern die Abmahnung berechtigt war, kann der Abmahnende seine erforderlichen Auslagen, insbesondere die Anwaltskosten, von Ihnen erstattet verlangen.

Besonderheiten können sich ergeben, wenn das abmahnende Unternehmen über eine eigene Rechtsabteilung verfügt. Ist diese Rechtsabteilung überwiegend mit Rechtsfragen des die Abmahnung betreffenden Rechtsgebietes befasst, kann das Unternehmen gehalten sein, die Abmahnung über die Rechtsabteilung auszusprechen und keinen externen Rechtsanwalt mit der Angelegenheit zu beauftragen. Allein die Existenz einer Rechtsabteilung oder die Größe des Unternehmens lässt die Erstattungspflicht nicht entfallen. Das Unternehmen darf sich der Hilfe eines Rechtsanwalts bedienen und die hierfür aufgewendeten Kosten erstattet verlangen.

Spricht ein Rechtsanwalt eine Abmahnung in eigener Sache aus, kann er seine Tätigkeit dann nicht abrechnen, wenn es sich um einen sehr einfach gelagerten Sachverhalt handelt. Dies ist dann der Fall, wenn der Rechtsverstoß wortwörtlich dem Gesetz zu entnehmen ist (z. B. keine Angabe des Geschäftsführers im Impressum einer Website). Sobald der Rechtsanwalt aber juristische Subsumtions-Arbeit leistet, er

also tatsächlich anwaltlich und nicht lediglich §-lesend tätig wird, kann er die Gebühren für seine Tätigkeit erstattet verlangen.

Die Kostenerstattung für den Ausspruch einer Abmahnung ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Abmahnung rechtsmissbräuchlich erfolgt ist. Lesen Sie hierzu bitte die Antworten zu den Fragen 12. und 13. für nähere Informationen.



## 8. Was darf eine Abmahnung kosten?

Der Abmahnende hat einen Anspruch auf Erstattung der ihm für das Abmahnschreiben entstandenen Kosten. Sofern der Anwalt auf der Basis des Streitwerts abrechnet, sind auch diese Kosten zu erstatten. Der Streitwert ist eine Größe, die der Schätzung unterliegt, von einem Gericht aber voll überprüft werden kann. Im Zuge der Rechtsprechung haben sich entsprechende „Tarife“ für das jeweils zulässige Anwaltshonorar herausgebildet, die von der Art und Schwere der jeweiligen Rechtsverletzung abhängen.

Bei durchschnittlichen Marken und durchschnittlichen Rechtsverletzungen ist z. B. ist ein Streitwert von 50.000 € üblich, bei bekannteren Marken sind auch höhere Streitwerte von 150.000 € bis 250.000 € im Rahmen des Möglichen. Ein Abmahnschreiben wegen Markenverletzungen bewegt sich dementsprechend in der Kostenspanne von etwa 1.400 € bis zu 2.700 € netto.

Abmahnungen in Wettbewerbssachen können bei mittleren Verstößen mit 700 € bis 1.000 € netto abgerechnet werden, wobei man bei leichteren Wettbewerbsverstößen gegen Informationspflichten mit Kosten von ca. 300 € bis 600 € netto zu rechnen hat.

Im Urheberrecht hat der Gesetzgeber für Bagatelldfälle im rein privaten Rahmen eine Kostenerstattungsgrenze von 100 € festgelegt. Im geschäftlichen Bereich gilt diese Beschränkung allerdings nicht.



## 9. Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben – was nun?

Mit dem Zeitpunkt der Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung muss die rechtsverletzende Handlung unterlassen werden. Neben der Unterlassungspflicht kann sich auch eine Pflicht zum aktiven Beseitigen ergeben, wenn ein rechtswidriger Zustand noch andauert (z. B. wettbewerbswidrige Reklametafel an Häuserfassade, urheberrechtsverletzendes Foto auf Website, Eintragung einer unzulässigen Marke). Sie sollten bei Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung sicherstellen, dass Sie jegliche Rechtsverletzungen, die Gegenstand der Abmahnung waren, beseitigen. Dazu kann beispielsweise auch gehören, dass Sie Dritte, die an der Verletzungshandlung mitwirken, z. B. Werbepartner, die eine rechtsverletzende Anzeige platzieren, instruieren, den rechtsverletzenden Zustand zu beseitigen.



## 10. Wann wird die Vertragsstrafe fällig?

Die Vertragsstrafe wird fällig, wenn Sie die Handlung, die in der Unterlassungsverpflichtungserklärung beschrieben wird, schuldhaft (also mindestens fahrlässig) erneut vornehmen. Die Unterlassungsverpflichtungserklärung umfasst übrigens nicht nur identische, sondern auch kerngleiche Verstöße. Haben Sie sich z. B. dazu verpflichtet, es zu unterlassen, unter der Domain nike-schuh.de mit Textilien zu handeln, so wäre auch der Umzug des Onlineshops zu der Domain nike-schuhe.de oder nike-turnschuhe.de ein kerngleicher Verstoß gegen Ihre Unterlassungsverpflichtungserklärung und Sie wären zur Zahlung der Vertragsstrafe verpflichtet. Unbedeutende Abwandlungen der ursprünglichen Verletzungshandlungen schützen also nicht vor Strafe!

Das Verschulden Ihrer Mitarbeiter oder Erfüllungsgehilfen wird Ihnen übrigens wie eigenes Verschulden zugerechnet. Sie sollte es bei Abgabe einer vertragsstrafenbewehrten Unterlassungsverpflichtung also keinesfalls versäumen, Ihre Mitarbeiter oder Erfüllungsgehilfen entsprechend zu instruieren.

Haben Sie mehrfach gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung verstoßen, so wird für jeden einzelnen Verstoß die Vertragsstrafe gesondert fällig, es sei denn, sämtlichen Verstößen liegt eine natürliche Handlungseinheit zugrunde, was insbesondere bei gleichartigen, zeitnah aufeinander folgenden Verletzungshandlungen der Fall sein kann.

Ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung hat neben der Verwirkung der Vertragsstrafe noch eine weitere Konsequenz: Sie begründen mit dem erneuten Verstoß eine erneute Wiederholungsgefahr, zukünftig noch weitere Rechtsverletzungen zu begehen. Dies bedeutet, dass dem Abmahnenden ein erneuter Unterlassungsanspruch gegen Sie zusteht, den er wiederum im Wege der Abmahnung erneut geltend machen und Sie zur erneuten Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung auffordern kann. Die Vertragsstrafe darf im Wiederholungsfall auch höher als bei der ersten Abmahnung angesetzt werden, da ein erneuter Verstoß ein besonders hartnäckiges Verletzerverhalten vermuten lässt, dem nur eine empfindlichere Vertragsstrafe gerecht werden kann.



## 11. Was sind die Folgen einer unberechtigten Abmahnung?

Wurde Ihnen gegenüber zu Unrecht eine Abmahnung ausgesprochen, so kommt es auf die vorgeworfene Rechtsverletzung an, die der Abmahnung zugrunde lag.

Eine Abmahnung wegen einer tatsächlich nicht gegebenen Verletzung eines absoluten Schutzrechts, wie z. B. Marke, Patent, Urheberrecht, Geschmacksmuster, Gebrauchsmuster und Name, wird von der Rechtsprechung als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und auch als wettbewerbswidrige Behinde-

rung von Mitbewerbern eingestuft. Dies bedeutet für Sie, dass Sie nun Ihrerseits sämtliche Schäden, die Ihnen aus der unberechtigten Abmahnung entstanden sind, vom Abmahnenden erstattet verlangen können. Dazu gehören insbesondere Rechtsanwaltskosten, aber auch eventuelle Gewinnverluste, die Sie erlitten haben, weil Sie die angeblich rechtsverletzenden Exemplare zunächst nicht weiter vertrieben haben.

Wurde statt Ihnen einer Ihrer Abnehmer wegen angeblich marken- oder patentverletzender Artikel zu Unrecht abgemahnt, steht Ihnen wiederum ein Unterlassungsanspruch gegen den Abmahnenden zu, der darauf gerichtet ist, keine Unterlassungsansprüche gegenüber den Abnehmern Ihrer Waren auszusprechen.

Richtet sich die Abmahnung hingegen zu Unrecht gegen eine angeblich wettbewerbsverletzende Handlung, so können Sie die Ihnen eventuell entstandenen Kosten nicht beim Abmahnenden geltend machen. Der Grund für diese ungleiche Bewertung liegt darin, dass der Vorwurf der Verletzung eines absoluten Schutzrechts wesentlich einschneidendere Konsequenzen nach sich ziehen kann (z. B. Produktionsunterbrechung wegen vorgeworfener Patentverletzung) als eine vergleichbar leicht einzustellende Wettbewerbsverletzung. Nicht jeder zu Unrecht geltend gemachte Anspruch ist zugleich auch ein eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung.

Auch dann, wenn die Abwehr im Wege der Gegenabmahnung erfolgt, sind die Kosten für die Gegenabmahnung nicht erstattungsfähig. Im Wege der Gegenabmahnung wird der Abmahnende zu der Erklärung aufgefordert, seine unberechtigte Abmahnung nicht länger aufrecht zu erhalten und die dort geltend gemachten Ansprüche nicht weiter zu verfolgen. Zugleich wird die Erhebung einer Feststellungsklage angedroht, um die Rechtslage gerichtlich zu klären, falls die angeforderte Erklärung nicht abgegeben wird. Aus folgenden Gründen ist eine solche Gegenabmahnung nicht kostenerstattungspflichtig: Der Abgemahnte ist rechtlich nicht dazu verpflichtet, eine Gegenabmahnung auszusprechen. Um sich zu wehren, kann der unberechtigt Abgemahnte stattdessen im Wege der Feststellungsklage sofort klagen. Selbst wenn der Gegner dann vor Gericht ein sofortiges Anerkenntnis ausspricht, kann er sich nicht darauf berufen, keinen Anlass für die Feststellungsklage geliefert zu haben und somit keine Verfahrenskosten tragen zu müssen. Wer zu Unrecht abgemahnt wird,

muss keinen „Warnschuss“ abgeben, sondern kann sofort zum Richter schreiten. Zieht er es vor, im Vorfeld mit dem Gegner eine außergerichtliche Einigung zu erzielen, kann er hierfür keine Kostenerstattung verlangen.



## 12. Wann ist eine Abmahnung rechtsmissbräuchlich?

Auch für die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Abmahnung ist grundlegend zu unterscheiden zwischen einer Abmahnung aufgrund eines geistigen Schutzrechts (Urheberrecht, Markenrecht, Geschmacksmusterrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht) und einer Abmahnung wegen wettbewerbsrechtlicher Ansprüche.

Nach § 8 Abs. 4 UWG ist eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung rechtsmissbräuchlich, wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen der Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Hierbei kann das Motiv im Vordergrund stehen, einen unliebsamen Mitbewerber durch eine hohe Kostenbelastung in die Knie zu zwingen oder sich selbst an Anwaltsgebühren zu bereichern. Allein die Tatsache, dass es einem Anwalt beim Ausspruch einer Abmahnung in erster Linie um seinen Verdienst geht, begründet allerdings noch keinen Missbrauchsvorwurf gegen den Abmahnenden, der sich anwaltlicher Hilfe bedient. Die Grenze zum Missbrauch des Instruments der Abmahnung ist nach der Rechtsprechung allerdings dann überschritten, wenn das aus der Abmahntätigkeit erwachsene Kostenrisiko in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zur Unternehmenslage steht. Sofern die Abmahngebühren die Umsätze eines Unternehmens erheblich überschreiten oder gar ein Vielfaches betragen, kann dies den Verdacht begründen, dass der Abmahnende und sein Rechtsanwalt vornehmlich darauf abzielen, aus den Abmahnungen Umsätze zu generieren.

Ein rechtsmissbräuchliches Zusammenwirken zwischen Abmahnenden und Rechtsanwalt kann z. B. dann gegeben sein, wenn diese persönlich miteinander verflochten sind oder wenn der Anwalt die Rechtsverstöße von sich aus ermittelt, um



sich vom Abmahnenden mit der Abmahnung beauftragen zu lassen. Hier erscheint der Rechtsanwalt als eigentlicher Akteur des Abmahn-Geschäfts.

Ein weiterer Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Abmahnung kann gegeben sein, wenn ein Unternehmen reihenweise sehr geringe Verstöße abmahnen lässt, an deren Beseitigung das Interesse eigentlich gering sein dürfte. Dies gilt umso mehr, wenn die Abmahnungen sich serienmäßig gegen einen bestimmten Rechtsverstoß richten, so dass sich die Abmahnungen ohne jegliche Individualisierungen bequem als systematisches Massengeschäft betreiben lassen.

Im Bereich der Abmahnungen wegen Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts (z. B. Marke oder Patent) oder eines urheberrechtlichen Verwertungsrechts sind die oben beschriebenen Grundsätze nicht ohne weiteres anzuwenden. Die Missbrauchsnorm des § 8 Abs. 4 UWG ist in diesem Bereich nicht anzuwenden, die jeweiligen Sondergesetze weisen keine vergleichbare Regelung auf. Der Inhaber einer Marke, eines Patents oder eines Urheberrechts hat ein konkretes eigenes Interesse daran, Verletzungen seiner Immaterialgüterrechte zu unterbinden. Einer massenhaften Verletzung seiner Rechte darf er auch entsprechend durch die massenhafte Verfolgung seiner rechtlichen Interessen im Wege der Abmahnung begegnen. Er ist auch berechtigt, mehrere rechtlich selbständige Verletzer, die parallel inhaltsgleiche Abmahnungen vornehmen, gesondert zu verfolgen, auch wenn diese untereinander verbunden sind. Er muss sich keinesfalls darauf beschränken, lediglich das oberste Glied einer Vertriebskette in Anspruch zu nehmen.

Eine Abmahnung im Bereich geistiger Schutzrechte kann ausnahmsweise dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn weitere Indizien zu einer Vielzahl von Abmahnungen hinzutreten, die ein Missverhältnis zwischen der Zahl der Abmahnungen und dem Umfang des Geschäftsbetriebes oder dem Grad des eigenen Interesses erkennen lassen. Rechtsmissbräuchlich wäre in diesem Zusammenhang z. B: die Abmahnung auf der Grundlage einer nicht benutzten Marke, für die auch zukünftig keine Benutzungsabsicht nachweisbar ist.

Während es sich für den Abgemahnten im Einzelfall „lohnen“ kann, eine gegen einen relativ geringfügigen Wettbewerbsverstoß gerichtete Abmahnung auf das Thema

Rechtsmissbräuchlichkeit hin abzuklopfen und ggf. in Internetforen nach Indizien für eine massenweise Abmahntätigkeit zu recherchieren, ist im Bereich der geistigen Schutzrechte eher Zurückhaltung geboten.

Auch folgende Argumente, die bei beiden Abmahntypen (UWG, geistige Schutzrechte) gleichermaßen häufig zu Felde geführt werden, helfen im Falle einer Abmahnung nicht weiter:

Das Argument der „unclean hands“ begründet nach der Rechtsprechung noch nicht den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Abmahnung. Die Tatsache, dass der Abmahnende seinerseits einen ähnlichen oder identischen Rechtsverstoß begangen hat, hindert ihn nicht daran, entsprechende Ansprüche gegen andere durchzusetzen. Der Abgemahnte kann sich nicht darauf berufen, dass der Abmahnende kein wesentlich besseres Wettbewerbsverhalten an den Tag gelegt hat. Er kann allerdings seinerseits eine Abmahnung gegen den Abmahnenden aussprechen, solange für dessen Verstoß noch eine Wiederholungsgefahr besteht.

Auch das Argument, dass der Abmahnende nur gegen einen einzelnen Verletzer vorgehe, während er identische Verletzungshandlungen durch andere nicht verfolge, begründet noch nicht den Vorwurf einer rechtsmissbräuchlichen Abmahnung, weil es dem Verletzten frei steht, ob und gegen wen er seine Ansprüche geltend macht. Einen „Gleichbehandlungsanspruch“ gibt es im Bereich der Abmahnung nicht.



2010 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin