

Reto Mantz\*

## **Die Risikoverteilung bei urheberrechtlichen Abmahnungen – Neue Wege mit § 97a UrhG?**

*Urheberrechtliche (Massen-)Abmahnungen haben es in den letzten Jahren zu einer solch traurigen Berühmtheit gebracht, dass der Gesetzgeber hier wiederholt aktiv geworden ist. Nachdem die 2008 eingeführte Kostendeckelung in § 97a Abs. 2 UrhG a.F. keine Besserung brachte, hat der Gesetzgeber im Rahmen des „Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ 2013 einen neuen Anlauf gestartet und § 97a UrhG weitgehend neu gestaltet. Dieser Umstand bietet Anlass, die Beweislast- und Risikoverteilung bei urheberrechtlichen Abmahnungen nach § 97a UrhG n.F. zu betrachten.*

### **I. Einleitung**

Aufgrund der bisherigen rechtlichen Konstellation konnte der Geschädigte vom Abgemahnten nach § 97a Abs. 1 S. 2 UrhG a.F. – unter der Voraussetzung, dass die Abmahnung berechtigt ist – Ersatz für die (Rechtsanwalts-)Kosten der Abmahnung verlangen,<sup>1</sup> wobei die Kostenerstattungspflicht durch die im Urheberrecht klassischerweise relativ hoch angesetzten Gegenstandswerte einen starken Strafcharakter hatte. Eine Regelung zur Kostenerstattung der dem Abgemahnten entstehenden Kosten seiner Verteidigung gegen die Abmahnung oder sogar einer Gegenabmahnung enthielt § 97a UrhG a.F. hingegen nicht. Wenn überhaupt, konnte der Abgemahnte Ersatz daher nur nach den allgemeinen Vorschriften verlangen.<sup>2</sup>

Im Ergebnis hat die Rechtsprechung dem Abgemahnten die Kosten seiner Verteidigung praktisch nur in Fällen einer schuldhaft unbegründeten Abmahnung aufgrund eines rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zugesprochen.<sup>3</sup> An das Verschulden stellten Rechtsprechung und Literatur hohe Anforderungen, im Regelfall lag dieses nicht vor.<sup>4</sup> Zudem trug die Beweislast für das Verschulden des Rechtsinhabers nach den allgemeinen Grundsätzen der Abgemahnte.<sup>5</sup> Ähnliches galt für die Kosten einer Gegenabmahnung.<sup>6</sup> Privatpersonen konnten daher grundsätzlich weder die Kosten ihrer Verteidigung noch die einer Gegenabmahnung ersetzt verlangen.

Aufgrund dieser Rechtslage bestand nach § 97a UrhG a.F. eine erhebliche Waffenungleichheit zwischen Rechtsinhaber und Abgemahntem.<sup>7</sup>

### **II. Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken und der neue § 97a UrhG**

---

\* Dr. jur., Dipl.-Inf., Richter am Landgericht Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> BT-Drs. 16/5048, S. 48; *Schricker/Loewenheim-Wild*, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 20.

<sup>2</sup> Eingehend *Chudziak*, GRUR 2012, 133.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 15.7.2005 – GSZ 1/04, GRUR 2005, 882 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung; LG Frankfurt, Urte. v. 18.8.2010 – 2-6 S 19/09, MMR 2011, 401 m. Anm. *Mantz*; vgl. *Schricker/Loewenheim-Wild*, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 23 f.; *Fromm/Nordemann*, UrhR, 10. Aufl. 2008, § 97a Rn. 43 m.w.N.

<sup>4</sup> LG Hamburg, Urte. v. 21.11.2008 – 310 S 1/08, MMR 2009, 871; LG Stuttgart, Urte. v. 7.7.2009 – 17 O 118/09, WRP 2009, 1313; *Selke*, WRP 1999, 286 (288), *Chudziak*, GRUR 2012, 133 (135) m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. *Palandt*, BGB, 72. Aufl. 2013, § 823 Rn. 80 m.w.N.

<sup>6</sup> Vgl. *Chudziak*, GRUR 2012, 133 (135); *Erdmann/Rojahn/Sosnitza-Haberstumpf*, HdB FA GewRS, 2. Aufl. 2011, Kap. 7 Rn. 333; *Schricker/Loewenheim-Wild*, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 24; *Fromm/Nordemann*, UrhR, 10. Aufl. 2008, § 97a Rn. 53.

<sup>7</sup> *Mantz*, MMR 2011, 403; vgl. auch BT-Drs. 17/13057, S. 14.

Nachdem klar wurde, dass die Zielsetzung des § 97a UrhG a.F. verfehlt worden war,<sup>8</sup> und immer neue Berichte über Massenabmahnungen Gegenstand der Berichterstattung waren,<sup>9</sup> gestaltete der Gesetzgeber § 97a UrhG im Rahmen des „Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ neu.<sup>10</sup>

§ 97a Abs. 1 S. 1 UrhG sieht – übereinstimmend mit § 97a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. – vor, dass vor der Klage eine Abmahnung ergehen soll. § 97a Abs. 2 UrhG stellt formelle Anforderungen an die Abmahnung. § 97a Abs. 3 UrhG enthält einen neuen Versuch der Deckelung der Kosten: Unter den in § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG genannten Voraussetzungen soll ein Gegenstandswert von 1.000,- EUR für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche – nach § 97a Abs. 3 S. 3 UrhG auch kumulativ – als Höchstgrenze gelten. Zusätzlich hängt die Ersatzfähigkeit der Kosten für die Abmahnung nach § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG davon ab, dass die Abmahnung die formellen Voraussetzungen des § 97a Abs. 2 UrhG erfüllt. § 97a Abs. 4 UrhG enthält ein Novum: Wer unberechtigt (oder unwirksam) abgemahnt wurde, soll Ersatz für seine Rechtsverteidigung gegen die Abmahnung verlangen können.

### III. Die neue Risikoverteilung

Nach § 97a UrhG sind die folgenden sechs Fallgruppen zu unterscheiden: (1.) Unterlassene, (2.) unwirksame und (3.) unberechtigte Abmahnung sowie (4.) jeweils die Verteidigung hiergegen und (5.) die Gegenabmahnung. Zusätzlich kommt eine Kostendeckelung nach § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG in Betracht (6.).

#### 1. Unterlassene bzw. entbehrliche Abmahnung und sofortiges Anerkenntnis (§ 93 ZPO)

Keine Änderung hat sich im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Abmahnung ergeben. Gemäß § 97a Abs. 1 S. 1 UrhG „soll“ der Rechtsinhaber vor der gerichtlichen Geltendmachung eine Abmahnung aussprechen. Wird dies unterlassen, kann der Abgemahnte den Anspruch nach § 93 ZPO sofort anerkennen. Der Rechtsinhaber hat dann – trotz Begründetheit seines Anspruchs – die vollen Kosten des (Gerichts-)Verfahrens zu tragen. Der Wortlaut „soll“ zeigt allerdings an, dass es Konstellationen geben kann, in denen eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich sein kann, insbesondere, wenn sie voraussichtlich erfolglos oder nutzlos ist.<sup>11</sup> Zweifel sollen, entgegen der für § 93 ZPO üblichen Beweislastverteilung,<sup>12</sup> zu Lasten des Rechtsinhabers gehen, da er in Eilfällen auch kürzeste Fristen setzen kann.<sup>13</sup> Zudem sieht § 97a Abs. 1 UrhG ein Regel-/Ausnahmeverhältnis vor. Wer von der Regel abweicht, indem er auf die Abmahnung verzichtet, ist nach allgemeinen Grundsätzen hierfür darlegungs- und beweisbelastet. Lediglich die Gefahr des Zugangs der Abmahnung liegt beim Abgemahnten, wenn der Abmahnende darlegen und beweisen kann, dass er das Abmahnschreiben abgesandt hat.<sup>14</sup>

#### 2. Unwirksame Abmahnung

<sup>8</sup> BT-Drs. 17/13057, S. 11; Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881 (893).

<sup>9</sup> BT-Drs. 17/13057, S. 11; Müller/Rößner, K&R 2013, 695 (696 f.).

<sup>10</sup> BGBl. I, S. 3714; zu Entwurf, Begründung und Gang s. BT-Drs. 17/13057, BT-Drs. 17/13429, BT-Drs. 17/14192 und BT-Drs. 17/14216. Im Gesetzgebungsverfahren wurden gegenüber dem ursprünglichen Entwurf erhebliche Veränderungen vorgenommen. Diese sind nicht Gegenstand dieses Beitrages. Zur Kritik am ursprünglichen Entwurf s. bspw. die Kritik der BRAK, Stellungnahme 5/2013, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/februar/stellungnahme-der-brak-2013-05.pdf>. Stellungnahme von Bornkamm, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/49\\_Unseri\\_se\\_Gesch\\_ftspraktiken\\_und\\_unseri\\_ses\\_Inkasso/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Bornkamm.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/49_Unseri_se_Gesch_ftspraktiken_und_unseri_ses_Inkasso/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Bornkamm.pdf); DAV, Initiativstellungnahme 5/2014, <http://anwaltverein.de/downloads/DAV-SN5-14.pdf>.

<sup>11</sup> Dazu Wandtke/Bullinger-Kefferpütz, UrhR, 3. Aufl. 2009, § 97a Rn. 3 ff.; Schricker/Loewenheim-Wild, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 16 ff.

<sup>12</sup> BeckOK-ZPO-Jaspersen/Wache, Ed. 10, 2013, § 93 Rn. 39 f.

<sup>13</sup> Schricker/Loewenheim-Wild, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 16.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 21.12.2006 – I ZB 17/06, GRUR 2007, 629 Rn. 13 – Zugang des Abmahnschreibens; Erdmann/Rojahn/Sosnitza-Haberstumpf, HdB FA GewRS, 2. Aufl. 2011, Kap. 7 Rn. 330.

Bereits nach § 97a UrhG a.F. wurden an Abmahnungen gewisse (Mindest-)Anforderungen gestellt. Sie mussten grundsätzlich eine Beschreibung des beanstandeten Verletzungshandelns und der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen wie z.B. der Klagebefugnis enthalten, weiter das Verlangen einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie die Androhung gerichtlicher Schritte.<sup>15</sup> § 97a Abs. 2 UrhG stellt nunmehr deutlich darüber hinausgehende Anforderungen.<sup>16</sup>

#### a. Formelle Anforderungen

Ziel der Neuregelung ist, dass für den Empfänger einer Abmahnung klar und eindeutig erkennbar ist, wessen Rechte er wodurch verletzt haben soll, wie sich geltend gemachte Zahlungsansprüche zusammensetzen und welche Zahlungen im Einzelnen von ihm verlangt werden.<sup>17</sup> Daher sind nach § 97a Abs. 2 UrhG:

- der Verletzte, sofern er nicht selbst als Rechtsinhaber abmahnt (Nr. 1), sowie
- die Rechtsverletzung – wie zuvor mit Erläuterung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen – genau zu bezeichnen (Nr. 2),
- eventuell geforderte Zahlungsansprüche in Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche aufzuschlüsseln (Nr. 3) und
- schließlich – hier zeigt sich ein *bedeutendes Novum* der neuen Regelung – ist bei einer Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtung anzugeben, inwieweit die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht (Nr. 4).

Die Anforderungen müssen *kumulativ* (!) erfüllt sein, wie der Wortlaut („und“) zeigt. Von Interesse sind insbesondere Nr. 3 und Nr. 4, da diese über die bisherigen Anforderungen an eine Abmahnung hinausgehen.

#### aa. Aufschlüsselung von Zahlungsansprüchen (Nr. 3)

Durch die Angabe nach § 97a Abs. 2 Nr. 3 soll für den Abgemahnten deutlich werden, wie die Forderung aufgeschlüsselt wird. Dies zwingt zu Transparenz im Hinblick auf die Berechnung der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass vom Abgemahnten nur solche Kosten verlangt werden dürfen, die durch die Abmahnung tatsächlich entstanden sind. Zwar ist nicht erforderlich, dass der Rechtsinhaber die Rechtsanwaltskosten bereits beglichen hat. Der Anspruch kann auch im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren auf Freistellung gerichtet werden. Hat der Rechtsinhaber jedoch mit dem Rechtsanwalt eine Erfolgsvereinbarung geschlossen, und entstehen ihm tatsächlich keine oder geringere Kosten als geltend gemacht, ist insoweit ein Schaden nicht entstanden. Das Verlangen von Schadensersatz kann in solchen Fällen einen (versuchten) Betrug nach § 263 StGB darstellen.<sup>18</sup>

#### bb. Reichweite einer beigefügten Unterlassungserklärung (Nr. 4)

Erhebliche Unsicherheit für den Rechtsinhaber dürfte aus § 97a Abs. 2 Nr. 4 UrhG resultieren.<sup>19</sup> Er muss nämlich vor Aussprache der Abmahnung genau prüfen, wie weit sein Unterlassungsanspruch

<sup>15</sup> Spindler/Schuster-Spindler, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 97a UrhG Rn. 3; Erdmann/Rojahn/Sosnítza-Haberstumpf, HdB FA GewRS, 2. Aufl. 2011, Kap. 7 Rn. 330.

<sup>16</sup> Der DAV fordert darüber hinausgehend, die Wirksamkeit der Abmahnung zukünftig davon abhängig zu machen, dass der Rechtsanwalt der Abmahnung eine Individualvollmacht des Rechtsinhabers beifügt, Initiativstellungnahme des DAV 5/2014, S. 4, <http://anwaltverein.de/downloads/DAV-SN5-14.pdf>.

<sup>17</sup> BT-Drs. 17/13057, S. 11.

<sup>18</sup> Vgl. Buermeyer, heise-online v. 22.12.2013, <http://heise.de/-2071680>.

<sup>19</sup> Kritisch dazu BeckOK-UrhG-Reber, Ed. 3, 2013, § 97a Rn. 9; Bornkamm, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf, S. 4 ff., abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/49\\_Unseri\\_se\\_Gesch\\_ftspraktiken\\_un\\_d\\_unseri\\_ses\\_Inkasso/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Bornkamm.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/49_Unseri_se_Gesch_ftspraktiken_un_d_unseri_ses_Inkasso/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Bornkamm.pdf); BRAK, Stellungnahme 5/2013, S. 8 f.,

reicht und eine eventuell beigefügte vorformulierte Unterlassungserklärung entsprechend gestalten. Dies kann im Einzelfall eine große Herausforderung darstellen.<sup>20</sup> Dabei ist insbesondere darauf zu achten, welche Werke betroffen sind,<sup>21</sup> ob der Rechtsinhaber für diese Werke auch tatsächlich aktivlegitimiert ist, und – last but not least – welche konkrete Handlungsform untersagt wird. Im Zusammenhang mit auf eine Störerhaftung des Abgemahnten begründeten Abmahnungen kann bspw. Unterlassung nur im Hinblick auf eine konkrete, dem Abgemahnten zumutbare Prüfungs- und Überwachungspflichten verlangt werden.<sup>22</sup> Nach Durchführung dieser Prüfung ist dem Abgemahnten im Rahmen der Abmahnung mitzuteilen, inwieweit die beigefügte Unterlassungserklärung über die genau bezeichnete Rechtsverletzung hinausgeht. Insbesondere im Bereich der häufigen Filesharing-Abmahnungen wurden bisher vorformulierte Unterlassungserklärungen beigefügt, die diese Voraussetzungen nicht erfüllten.<sup>23</sup>

Dieses *Transparenzerfordernis* ist gerade in Fällen sinnvoll, in denen es sich beim Abgemahnten um eine Privatperson oder einen kleinen Gewerbetreibenden ohne vertiefte rechtliche Kenntnisse handelt. Denn nur mit einer solch deutlichen Klarstellung kann dem Abgemahnten erkennbar sein, dass er sich bei Abgabe der – strafbewehrten – Unterlassungserklärung zu mehr verpflichten würde, als er vermutlich müsste. Es steht dem Abgemahnten dann frei, z.B. durch Streichungen die Unterlassungserklärung vor Unterzeichnung auf das Maß der abgemahnten Rechtsverletzung einzuschränken. Es ist aber zu beachten, dass eine solche Einschränkung (wie dies z.B. beim Filesharing von sogenannten Hit-Containern der Fall sein wird), dazu führen kann, dass im Hinblick auf andere Rechtsverletzungen weitere Abmahnungen drohen können. Andererseits stellt das Erfordernis in § 97a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG für den Rechtsinhaber ein erhebliches Risiko im Hinblick auf eine eventuelle Unwirksamkeit der Abmahnung dar. Gegenüber der bisherigen Rechtslage hat sich die Risikoverteilung daher insoweit deutlich zu Lasten des Rechtsinhaber verschoben. Um dieses Risiko zu vermeiden, werden Rechtsinhaber in der Zukunft möglicherweise versuchen, die Regelung zu umgehen, in dem sie der Abmahnung keine vorformulierten Unterlassungserklärungen mehr beifügen. Stattdessen könnte der Rechtsinhaber den Abgemahnten abstrakt zur Abgabe der Unterlassungserklärung auffordern. Eventuell wird der Rechtsinhaber dem Abgemahnten auch anbieten, ihm eine vorformulierte Erklärung auf Anforderung zu übersenden, oder ihm die Möglichkeit geben, eine vorformulierte Unterlassungserklärung über eine Internetseite zu generieren.<sup>24</sup> Es wird sich zeigen müssen, wie sich solche „nachgelieferten Unterlassungserklärungen“ mit den Anforderungen des § 97a Abs. 2 UrhG vertragen bzw. wie die Gerichte damit umgehen. Völlig ohne beigefügte Unterlassungserklärung kann die ursprüngliche Abmahnung sicherlich die formellen Anforderungen erfüllen. Da es sich jedoch bei der beschriebenen Vorgehensweise der „Nachlieferung“ um eine Umgehung handelt, dürfte der Rechtsinhaber nach Sinn und Zweck der Norm auch in solchen Fällen verpflichtet sein, Transparenz darüber herzustellen, inwieweit die vorformulierte Unterlassungserklärung über die abgemahnte

---

<http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/februar/stellungnahme-der-brak-2013-05.pdf>.

<sup>20</sup> Vgl. BRAK, Stellungnahme 5/2013, 8, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/februar/stellungnahme-der-brak-2013-05.pdf>.

<sup>21</sup> BeckOK-UrhG-Reber, Ed. 3, 2013, § 97a Rn. 9.

<sup>22</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.5.2010 – I ZR 121/08, MMR 2010, 565 – Sommer unseres Lebens sowie BGH, Urt. v. 16.5.2013 – I ZR 216/11, CR 2014, 50 – Kinderhochstühle im Internet II, wonach sich dies im Falle einer Klageschrift auch aus der Begründung ergeben kann.

<sup>23</sup> So z.B. Erklärungen, die nicht nur das konkret geschützte und unbefugt per Filesharing angebotene Werk, sondern das gesamte „geschützte Repertoire“ des Rechteinhabers umfassten, vgl. BRAK, Stellungnahme 5/2013, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/februar/stellungnahme-der-brak-2013-05.pdf>, S. 9.

<sup>24</sup> BRAK, Stellungnahme 5/2013, <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/februar/stellungnahme-der-brak-2013-05.pdf>, S. 10.

Rechtsverletzung hinausgeht. Ansonsten riskiert er die Unwirksamkeit der zuvor versandten Abmahnung.

Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass § 97a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 4 UrhG keinen Gleichlauf hinsichtlich der konkreten Bezeichnung der Verletzung und der Unterlassungserklärung erzwingen. Ist die beigefügte Unterlassungserklärung weiter als die konkret bezeichnete Rechtsverletzung, muss hierauf im Sinne der Transparenz zwingend hingewiesen werden. Dennoch darf dann die Unterlassungserklärung über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgehen. Ist die Unterlassungserklärung hingegen enger als die Rechtsverletzung, bedarf dies nach dem Wortlaut der Regelung keiner Erläuterung. Es kann daher für den Rechtsinhaber bzw. dessen Rechtsanwalt zur Risikominimierung sinnvoll sein, trotz einer nach Auffassung des Rechtsinhabers umfassenden Verletzung seiner Rechte in der beigefügten Unterlassungserklärung einen auf den Kern der Rechtsverletzung reduzierten Unterlassungstenor vorzusehen.

#### **b. Rechtsfolge der Missachtung der formellen Anforderungen**

Erfüllt die Abmahnung die Voraussetzungen des § 97a Abs. 2 S. 1 UrhG nicht, ist sie nach § 97a Abs. 2 S. 2 UrhG *unwirksam* (!). Zwar ist der Abgemahnte – bei berechtigter Abmahnung – weiter zur Unterlassung und ggf. Zahlung von Schadensersatz verpflichtet, der Rechtsinhaber kann aber nach dem eindeutigen Wortlaut des § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG nicht Ersatz seiner Kosten für die Abmahnung verlangen. Da jedoch der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts bereits beim Tätigwerden entsteht, trägt der Rechtsinhaber hier das entsprechende Kostenrisiko. Zudem kann der Abgemahnte bei einer unwirksamen Abmahnung bei Klageerhebung wie in § 97a Abs. 1 UrhG die Klage nach § 93 ZPO sofort anerkennen. Die Kosten des Verfahrens trägt der Rechtsinhaber. Allerdings steht es dem Rechtsinhaber ggf. im Einzelfall offen, mit dem ihm durch die Fehlberatung des Rechtsanwalts entstehenden Schaden gegenüber dem Vergütungsanspruch seines Rechtsanwalts wegen der unwirksamen Abmahnung aufzurechnen. Durch § 97a Abs. 2 UrhG wird das Risiko daher faktisch – zumindest teilweise – auf die mit der Abmahnung betrauten Rechtsanwälte verlagert. Diese müssen dementsprechend vor der Abmahnung auf die Risiken einer unwirksamen Abmahnung und die verschiedenen Vor- und Nachteile verschiedener Formulierungen hinweisen und auf Verwendung eines wirksamen Wortlauts für Abmahnung und Unterlassungserklärung hinwirken.

#### **c. Darlegungs- und Beweislast**

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Abmahnung die Anforderungen des § 97a Abs. 2 UrhG erfüllt, liegen nach dem Wortlaut der Regelung („soweit ...“) beim Rechtsinhaber. Lediglich in Bezug auf hierfür erhebliche Tatsachen, die allein in der Sphäre des Abgemahnten liegen, kann eine sekundäre Darlegungslast zu Lasten des Abgemahnten greifen.<sup>25</sup>

### **3. Unberechtigte Abmahnung**

Im Falle einer unberechtigten Abmahnung kann der Rechtsinhaber – wie schon nach der alten Rechtslage – keinen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Jedoch enthält der Wortlaut des § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG eine gewisse Erleichterung: Der Ersatz der Kosten kann nämlich verlangt werden, „soweit“ die Abmahnung berechtigt ist. War die Abmahnung nur teilweise berechtigt, kann daher grundsätzlich für denjenigen Teil Ersatz verlangt werden, der berechtigt war. Werden beispielsweise mit einer Abmahnung verschiedene Verletzungen geltend gemacht, erweist sich jedoch nur ein Teil hiervon als zutreffend, ist der Abgemahnte zumindest für diesen Teil zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet. In der Regel wird eine zu weit gehende Abmahnung – wenn sie ansonsten den formellen Anforderungen des § 97a Abs. 2 UrhG genügt – auch nicht automatisch unwirksam sein.

<sup>25</sup> Vgl. Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 284 Rn. 34c.

#### 4. Verteidigung gegen unberechtigte oder unwirksame Abmahnungen

Wie unter I. dargestellt, konnte der Abgemahnte bisher bei unberechtigten Abmahnungen nur in Ausnahmefällen Ersatz der für die Verteidigung erforderlichen Kosten verlangen. Dies hat dazu geführt, dass Abgemahnte teilweise von der Beauftragung eines Rechtsanwalts wegen der ohnehin zu tragenden Kosten zurückscheuten. Trotz Zweifeln an der Berechtigung der Abmahnung dürfte aus diesem Grunde so manche Zahlung ohne anwaltliche Prüfung geleistet worden sein.<sup>26</sup>

Diesen Zustand hat der Gesetzgeber mit § 97a Abs. 4 UrhG nun verändert:

Wer für die Verteidigung gegen eine unberechtigte oder unwirksame Abmahnung einen Rechtsanwalt einschaltet, kann nun hierfür auch *Ersatz der Kosten* verlangen.

##### a. Berechtigung zur Abmahnung

Die Neuregelung führt im Hinblick auf die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs zum ersten Mal zu einer Gleichheit der Risikoverteilung zwischen den Parteien. Denn der Abgemahnte, der das Gefühl hat, dass die Abmahnung unberechtigt ist, trägt bei Beauftragung eines Anwalts das selbe Kostenrisiko wie der Rechtsinhaber, der einen Anwalt mit der Prüfung von Ansprüchen gegen den Abgemahnten beauftragt.

Von diesem Grundsatz sieht § 97a Abs. 4 S. 1 UrhG jedoch eine Ausnahme vor. Der Rechtsinhaber soll nicht zum Ersatz der Verteidigungskosten des Abgemahnten verpflichtet sein, wenn es für ihn zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht erkennbar war, dass die Abmahnung unberechtigt war. Dies stellt eine erhebliche Erleichterung für den Rechtsinhaber dar. Aus der Systematik der Regelung ergibt sich allerdings, dass die Beweislast für die fehlende (subjektive) Erkennbarkeit allein beim Rechtsinhaber liegt.<sup>27</sup> Der Rechtsinhaber ist daher gehalten, die ihm mit zumutbarem Aufwand zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen im Hinblick auf die Berechtigung der Abmahnung zu nutzen. Hierzu kann gehören, dass bei einer Abmahnung eines Webseitenbetreibers die Angaben im Impressum kritisch hinterfragt werden, um nahe liegende Zweifel bezüglich der Passivlegitimation auszuräumen. Bei der Abmahnung eines Betreibers von Internetzugängen muss der Rechtsinhaber jedenfalls die Liste der nach § 6 TKG registrierten Telekommunikationsdiensteanbieter bei der *Bundesnetzagentur* einsehen.<sup>28</sup>

Interessant ist noch der Vergleich von § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG und § 97a Abs. 4 S. 1 UrhG: Sowohl der Rechtsinhaber wie der Abgemahnte können Ersatz ihrer Kosten verlangen, „soweit“ die Abmahnung berechtigt bzw. unberechtigt ist. Im Falle einer nur teilweise berechtigten Abmahnung können daher gegenseitige Ersatzansprüche für die Einschaltung eines Rechtsanwalts bestehen. Diese sind grundsätzlich der Aufrechnung nach § 387 ff. BGB zugänglich. Im Ergebnis sind dann hinsichtlich der Höhe der jeweiligen Ansprüche der Gegenstandswert jeweils für den berechtigten und unberechtigten Teil zu bestimmen und daraus die jeweils zu ersetzenden Rechtsanwaltskosten zu berechnen.

##### b. Risiko der Unwirksamkeit der Abmahnung

Der Rechtsinhaber trägt allerdings nach § 97a Abs. 4 S. 1 UrhG das Risiko für die Kosten der Verteidigung des Abgemahnten auch, wenn die Abmahnung nicht den Anforderungen des § 97a Abs. 2 UrhG genügt. Dabei dürfte § 97a Abs. 4 S. 1 UrhG eine durch die Formulierung der Norm bedingte Ungenauigkeit aufweisen: Der Abgemahnte soll einen Anspruch auf Ersatz seiner Verteidigungskosten nur haben, „soweit“ die Abmahnung unwirksam (oder unberechtigt) ist. Da nach § 97a Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 UrhG die formellen Anforderungen *kumulativ* vorliegen müssen, und gemäß § 97a Abs. 2 S. 2 UrhG die Abmahnung bei Fehlen der Voraussetzungen *insgesamt*

<sup>26</sup> Vgl. auch *Bleich*, Geldmaschine Streaming-Abmahnungen, c't 2/2014, S. 18.

<sup>27</sup> Zu Abmahnungen gegenüber Access Providern *Mantz*, GRUR-RR 2013, 497 (499).

<sup>28</sup> Eingehend dazu *Sassenberg/Mantz*, WLAN und Recht, 2014 – erscheint demnächst.

*unwirksam* ist, trägt der Rechtsinhaber im Ergebnis das Risiko der Unwirksamkeit – anders als die Formulierung zunächst nahelegt – voll.

### 5. Kosten der Gegenabmahnung

Soweit die Abmahnung unberechtigt ist, kann der Abgemahnte zusätzlich eine Gegenabmahnung mit der Aufforderung aussprechen, der Rechtsinhaber möge die unberechtigte Berührung unterlassen.<sup>29</sup>

Eine Regelung zu den Kosten einer solchen Gegenabmahnung enthält § 97a UrhG nicht. Soweit ersichtlich, ist diese Frage auch im Gesetzgebungsverfahren nicht thematisiert worden. Von daher dürfte es insoweit bei der bisherigen Rechtslage bleiben. Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für eine Gegenabmahnung besteht daher nur im Verschuldensfall und nur bei Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Für die Gegenabmahnung findet § 97a Abs. 1 UrhG aber keine Anwendung. Der unberechtigt Abgemahnte kann daher auch ohne Gegenabmahnung negative Unterlassungsklage erheben.<sup>30</sup> Dies ergibt sich ebenfalls aus dem Wortlaut von § 97a Abs. 1 UrhG, der – in Übereinstimmung mit § 97 UrhG – von Verletzer und Verletztem spricht. Nur der angebliche Rechtsinhaber ist Verletzter i.S.v. §§ 97, 97a UrhG und damit dessen Adressat.

### 6. Beschränkung des Aufwendungsersatzes (§ 97a Abs. 3 S. 2 UrhG)

Nachdem die Kostendeckelung in § 97a Abs. 2 UrhG a.F. nicht den erhofften Erfolg gezeitigt hatte, hat der Gesetzgeber in § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG eine Beschränkung des Gegenstandswerts für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche im Regelfall auf 1.000,- EUR vorgesehen.<sup>31</sup> Dies soll insbesondere Massenabmahnungen wirtschaftlich unattraktiver machen. Voraussetzung der Beschränkung ist, dass es sich beim Abgemahnten um eine natürliche Person handelt, die das geschützte Werk nicht für gewerbliche oder selbständige berufliche Zwecke verwendet und kein „Wiederholungstäter“ ist. Bspw. für die Vielzahl der Filesharing-Abmahnungen dürfte die Regelung greifen. Die Abmahnung von gewerblichen Anbietern, wie beispielsweise bei der unbefugten Verwendung von Kartenausschnitten durch Unternehmen,<sup>32</sup> wird hingegen nicht berührt.

Die Beweislast für die Voraussetzungen der Regelbeschränkungen obliegt dem Abgemahnten, wie sich aus dem Wortlaut von § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG ergibt. Verlangt der Rechtsinhaber mit einer (berechtigten) Abmahnung zunächst Ersatz der Rechtsanwaltskosten aus einem Gegenstandswert, der über 1.000,- EUR liegt, weil er fälschlich davon ausgeht, dass die Voraussetzungen des § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG nicht vorliegen, wird der private Abgemahnte nur aus diesem Regelgegenstandswert Ersatz leisten müssen. Aus § 97a Abs. 3 UrhG ergibt sich allerdings nicht, dass die Abmahnung durch eine zu hohe Forderung von Anwaltskosten als teilweise unberechtigt anzusehen ist. Vielmehr trennt § 97a Abs. 3 UrhG klar zwischen der Berechtigung der Abmahnung und der Berechtigung zur Forderung der Kosten hierfür. Der Rechtsinhaber geht daher insoweit kein besonderes Risiko ein. Anders dürfte dies zu bewerten sein, wenn sich die Zuvielforderung als missbräuchlich darstellt,<sup>33</sup> insbesondere, wenn der Rechtsinhaber erkennen konnte, dass beim Abgemahnten die Voraussetzungen des § 97a Abs. 3 UrhG vorliegen. Die Beweislast für diese

<sup>29</sup> Schrickler/Loewenheim-Wild, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 24.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 29.4.2004 – I ZR 233/01, GRUR 2004, 790 (792) – Gegenabmahnung; Schrickler/Loewenheim-Wild, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 97a Rn. 24; Spindler/Schuster-Spindler, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 97a UrhG Rn. 9; a.A. Erdmann/Rojahn/Sosnitzer-Haberstumpf, HdB FA GewRS, 2. Aufl. 2011, Kap. 7 Rn. 333.

<sup>31</sup> Eine (jeweils aktualisierte) Übersicht über Rechtsprechung und Literatur zu § 97a Abs. 3 UrhG findet sich unter <http://www.offenetze.de/97aurhg>.

<sup>32</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 4.7.2013 – I ZR 39/12, GRUR 2014, 180; OLG Hamburg, Urt. v. 9.4.2008 – 5 U 151/07, MMR 2009, 133; LG München I, Urt. v. 15.11.2006 – 21 O 506/06, GRUR-RR 2007, 145.

<sup>33</sup> Vgl. BeckOK-UrhG-Reber, Ed. 3, 2013, § 97a Rn. 20.

Missbräuchlichkeit richtet sich allerdings nach den allgemeinen Grundsätzen und obliegt daher dem Abgemahnten.

§ 97a Abs. 3 S. 4 UrhG sieht eine Rückausnahme von der Begrenzung des Gegenstandswerts vor, wenn diese „nach den besonderen Umständen des Einzelfalles unbillig ist.“ Es ist befürchtet worden, dass diese Klausel zu ähnlichen Folgen führen wird, wie die bisherige, wenig gelungene Regelung in § 97a Abs. 2 UrhG a.F.<sup>34</sup> Diese Befürchtung dürfte sich nicht bestätigen. Denn § 97a Abs. 3 UrhG ist vollständig anders aufgebaut als § 97a Abs. 2 UrhG a.F. Die neue Regelung sieht ein klares Regel-/Ausnahmeverhältnis vor. Liegen die Voraussetzung des § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG vor, geht der Gesetzgeber unzweideutig davon aus, dass der Gegenstandswert auf 1.000,- EUR zu begrenzen ist. Der Rechtsinhaber ist zudem nach der Systematik des § 97a Abs. 3 UrhG für die Voraussetzungen der Rückausnahme vollständig beweibelastet.<sup>35</sup> Es kann vor diesem Hintergrund davon ausgegangen werden, dass die Gerichte dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers folgen werden, zumal dieser Wille in der gesetzlichen Regelung auch erkennbar ist.<sup>36</sup>

#### IV. Fazit

Ziel der Neufassung von § 97a UrhG waren die Begrenzung von Massenabmahnungen in Bagatellfällen sowie die Herstellung von Waffengleichheit, ohne zugleich Rechtsinhaber in der Nutzung von berechtigten Abmahnungen zu stark einzuschränken. Ob durch § 97a Abs. 3 UrhG tatsächlich eine Reduzierung der Zahl der ausgesprochenen Bagatellabmahnungen erreicht werden wird, muss sich noch zeigen. Möglicherweise sind Abmahnungen auch bei einem Gegenstandswert von 1.000,- EUR zzgl. des jeweils verlangten Schadensersatzes im Massengeschäft noch hinreichend lukrativ.<sup>37</sup> Die kürzlich bekannt gewordenen Massenabmahnungen wegen einer angeblichen Rechtsverletzung durch das Streaming von Videos hat die Regelung jedenfalls nicht verhindert.<sup>38</sup> Auf Anregung des *Bundesrates*<sup>39</sup> sowie des *vzbv*<sup>40</sup> soll das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken zwei Jahre nach Inkrafttreten evaluiert werden.<sup>41</sup> Bis dahin muss sich zeigen, ob das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ seinem Namen gerecht wird.<sup>42</sup>

Fest steht aber, dass die Abfassung einer wirksamen urheberrechtlichen Abmahnung mit der neuen Regelung deutlich schwerer wird. § 97a UrhG bewirkt insbesondere dadurch eine deutliche Steigerung des Risikos auf Seiten des Rechtsinhabers, speziell im Hinblick auf die Wirksamkeit der Abmahnung. Insoweit sollten der Rechtsinhaber und der ihn beratende Anwalt große Vorsicht walten lassen. Im Zweifel muss der Rechtsanwalt dem Rechtsinhaber jedenfalls die möglichen Varianten einer Abmahnung mit den entsprechenden – durch die eventuelle Ersatzpflicht des Rechtsinhabers gesteigerten – Risiken aufzeigen.

<sup>34</sup> Vgl. *Solmecke*, Abmahnungen im Urheberrecht, Gutachten für den *vzbv* v. 14.5.2013, S. 10, <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/abmahngebuehren-gutachten-vzbv-solmecke-2013.pdf>.

<sup>35</sup> *Mantz*, GRUR-RR 2013, 497 (499); *Müller/Rößner*, K&R 2013, 695 (697) m.w.N.

<sup>36</sup> Anders als in § 101 UrhG, dazu BGH, Urt. v. 19.4.2012 - I ZB 80/11, K&R 2013, 664 – Alles kann besser werden m. Anm. *Mantz*.

<sup>37</sup> So wohl *Müller/Rößner*, K&R 2013, 695 (697); *Müller*, ZRP 2013, 63.

<sup>38</sup> Dazu *Bleich*, Geldmaschine Streaming-Abmahnungen, c't 2/2014, S. 18; ausführlich *Solmecke*, CR 2014, 137, und *Knies*, CR 2014, 140.

<sup>39</sup> BT-Drs. 17/13429, S. 14.

<sup>40</sup> Stellungnahme des *vzbv*, S. 14, [http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Gesetz\\_gegen\\_unserioese\\_Geschaefstpraktiken-Stellungnahme\\_vzbv-2013-05-08.pdf](http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Gesetz_gegen_unserioese_Geschaefstpraktiken-Stellungnahme_vzbv-2013-05-08.pdf).

<sup>41</sup> Koalitionsvertrag CDU/SPD v. 27.11.2013, S. 87, <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>.

<sup>42</sup> Der DAV hat in seiner Initiativstellungnahme bereits jetzt Änderungen angeregt, Initiativstellungnahme 5/2014, <http://anwaltverein.de/downloads/DAV-SN5-14.pdf>.



Für Abgemahnte hingegen hält § 97a UrhG eine erfreuliche Botschaft bereit, da jedenfalls bei unberechtigten Abmahnungen *weitgehende Waffengleichheit* hergestellt wird, auch wenn die Kosten einer Gegenabmahnung weiter nur in Einzelfällen zu ersetzen sind.

Die Gerichte wiederum werden zukünftig vermutlich zunehmend mit der neuen Regelung konfrontiert werden. Dabei ist durch die Aufhebung des fliegenden Gerichtsstands bei urheberrechtlichen Streitigkeiten gegenüber natürlichen Personen, die das Werk nicht gewerblich oder beruflich genutzt haben, nach § 104a Abs. 1 UrhG eine regional gleichmäßigere Verteilung der Verfahren zu erwarten.