von **Johanna Uther**

Potestativbedingungen in Unterlassungserklärungen – funktioniert das?

Unterlassungsansprüche – Kaum ein Unternehmer ist davor wirklich geschützt. Schnell wurde für den eigenen Internetauftritt noch ein fremdes Bild aus dem Internet entnommen, unlauteres wettbewerbswidriges Verhalten an den Tag gelegt oder ein Markenrecht verletzt. Nicht selten hat dies eine Abmahnung nebst Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs zur Folge. Der Anspruchsinhaber kann und möchte das natürlich nicht dulden. Und wer sich – bei einer berechtigten Abmahnung - vor einer (teuren und zeitintensiven) Klage schützen will, sollte lieber freiwillig eine Unterlassungserklärung abgeben. In der Paxis werden Unterlassungserklärungen nicht selten an Bedingungen, etwa Potestativbedingungen geknüpft. Doch längst nicht jede Bedingung kann zulässigweise in die Unterlassungserklärung aufgenommen werden.

I. Darum ging es

Der Antragsgegner hatte ein Foto des Antragsstellers im Internet veröffentlicht. Nach einer Abmahnung gab dieser eine Unterlassungserklärung ab. Allerdings enthielt sie die Potestativbedingung, die Nutzung nur unter der Bedingung „der Urheberschaft / Aktivlegitimation“ des Antragsstellers unterlassen zu wollen.

Da der Antragssteller die Erklärung so nicht akzeptieren wollte, machte er gerichtlich einen Unterlassungsanspruch nach § 97 I UrhG geltend und erwirkte erstinstanzlich eine Einstweilige Verfügung, gegen welche der Antragsgegner in Widerspruch ging. Gegen dieses bestätigende Urteil ging der Antragsgegner nun in die Berufung. Die einstweilige Verfügung wurden nun auch von der zweiten Instanz (OLG Hamburg v. 16.10.14 – Az: 5 U 39/13) bestätigt.

II. Potestativbedingung ist nicht eindeutig genug

Eine Potestativbedingung ist eine Bedingung, bei welcher der Eintritt der Rechtsfolge nur vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt. In diesem Fall hängt damit die Wirksamkeit der Unterlassungserklärung ausschließlich vom Willen des Antragsgegners ab, indem er entscheidet, ob er die Urheberschaft oder Aktivlegitimation als hinreichend bewiesen ansieht.

Die Unterlassungserklärung soll die **Wiederholungsgefahr ausräumen**. Dies kann sie aber nur, wenn sie den **ernstlichen Willen** des Schuldners erkennen lässt, die **Handlung zukünftig nicht mehr vorzunehmen** . Mit der hier gewählten Formulierung drückt der Schuldner aber gerade aus, nicht unbedingt und in jedem Fall die versprochene Unterlassung einhalten zu wollen.

Der **Gläubiger muss damit rechnen**, dass der Schuldner das **Unterlassen** mit dem Verweis auf die benötigten Nachweise bzgl. der Urheberschaft oder Aktivlegitimation **vorerst ablehnt**.

Diese Formulierung führt damit zu einer **Ungewissheit** für den Gläubiger und ist **zu widersprüchlich**. Es wird eben nicht **eindeutig und hinreichend bestimmt** der Unterlassungsanspruch anerkannt. Damit ist diese Erklärung für den Gläubiger unzumutbar. Die **vermutete Widerholungsgefahr** wurde damit nicht in ausreichender Weise ausgeräumt, so dass der Unterlassungsanspruch des Antragsstellers fortbestand. Das Ziel, durch Abgabe der Unterlassungserklärung Rechtsfrieden zu schaffen, wurde durch die Aufnahme der Potestativbedingung verfehlt.

Das OLG Hamburg führte dazu aus:

> *„Zu Recht hat das Landgericht einen Unterlassungsanspruch des Antragstellers gegen die Antragsgegner aus § 97 Abs.1 UrhG angenommen und die von den Antragsgegnern abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 23.11.2012 (Anlage Ast 8) für nicht ausreichend zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erachtet*
> *(...)*
> *Die Antragsgegner sind im vorliegenden Fall aber nicht dazu berechtigt, das streitgegenständliche Foto zu verwenden, weil sie selbst weder über das Urheberrecht an dem Foto noch über Nutzungsrechte daran verfügen. Sie haben aber mit der Formulierung "Potestativbedingung der Urheberschaft/Aktivlegitimation" eine der Anspruchsvoraussetzungen des § 97 I 1 UrhG, nämlich das Urheberrecht oder ein anderes nach dem Urheberrechtsgesetz geschütztes Recht, zur Bedingung ihrer Unterlassungserklärung gemacht. Eine Erklärung, die mit dem Vorbehalt des Widerrufs und der Aufforderung, der Abmahner möge seine Klagebefugnis und das Bestehen des Unterlassungsanspruchs nachweisen, abgegeben ist, ist aber unzureichend (Köhler/Bornkamm-Bomkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rz. 1.124).*
> *(...)*
> *Die Erklärung in Ziffer 3. "Sie wird unter die für die Ausräumung der Wiederholungsgefahr unschädliche Potestativbedingung der Urheberschaft/Aktivlegitimation ihres Auftraggebers gestellt" (...) bzw. (...). des Antragstellers gestellt" (Widerspruchsbegründung) enthält nach Auffassung des Senats gerade einen Vorbehalt dahin, dass die Urheberschaft des Auftraggebers bzw. Antragstellers nicht anerkannt wird. Dass diese Bedingung unschädlich für die Wiederholungsgefahr sein soll, ist eine Rechtsansicht des Erklärenden, die für die Ausräumung der Wiederholungsgefahr nicht relevant ist.*
> *Selbst wenn man aber davon ausgehen wurde, dass die Erklärung keinen Vorbehalt enthielte, stünde der Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung und dem Wegfall der Wiederholungsgefahr entgegen, dass die gewählte Formulierung widersprüchlich und zweideutig ist.*
> *(...)*
> *Beschränkungen, die zu unklaren Grenzen und damit zu einer Grauzone führen, in der zweifelhaft ist, ob der vertragliche oder der gesetzliche Anspruch besteht, sind für einen Gläubiger aber von vornherein unzumutbar (vgl. Köhler/Bornkamm-Bornkamm, UWG, 32.*

> Auf., 2014, § 12 Rz. 1.131). Der Antragsteller muss sich nicht auf eine Unterlassungsverpflichtungserklärung einlassen, bei der er damit rechnen muss, dass bei einer Inanspruchnahme sein Urheberrecht weiter bestritten wird."

III. Potestativbedingung – Gibt diese Unterlassensbeschränkung nicht doch nur das materielle Recht wieder?

Nein.

Das materielle Recht geben nur **Befristungen** (zeitliche Beschränkungen mit festem Endpunkt), **räumliche Einschränkungen** oder die auflösende Bedingung, auf eine **gerichtliche Klärung der Rechtslage** warten zu wollen, wieder.

Im Gegensatz zu der besagten Formulierung sind diese Einschränkungen aber für den Gläubiger **eindeutig verständlich** und **nicht** mit **Ungewissheiten** verbunden.

IV. Was sollte man mitnehmen?

Diese Entscheidung hat **keine neue Rechtslage** geschaffen, sondern nur **bereits bestehende Grundsätze bestätigt**.

Allerdings macht sie auch deutlich, dass eine individuelle Gestaltung von Unterlassungserklärungen über Befristungen u.ä. hinaus **absoluter Präzision und umfangreicher Überlegungen bedarf**, um nicht unzulässig zu sein. Eine Unterlassungserklärung **muss** die **Wiederholungsgefahr vollständig ausräumen**. Ansonsten ist sie unwirksam. Schon allein die Tatsache, dass überhaupt ein **Verstoß** begangen wurde, begründet ein* Indiz dafür*, dass sich dieselben, aber auch im Kern gleichartigen **Verletzungshandlungen erneut ereignen können**. Um dieses Indiz zu widerlegen **genügt** es aber gerade **nicht, nur zu erklären**, die **Handlung nicht erneut vornehmen zu wollen**. Geschweige denn die simple Einstellung des Verhaltens.

Für eine wirksame Unterlassungserklärung muss das **zukünftig zu unterlassende Verhalten genau umschrieben werden**. Zwar sind auch **im Kern gleichartige Verhaltensweisen** von der Wiederholungsgefahr umfasst. Diese müssen jedoch nicht zusätzlich ausdrücklich benannt werden, sofern für den Gläubiger **Klarheit darüber besteht, dass diese auch von der Erklärung erfasst sein sollen**. Allerdings ist es für den Gläubiger durchaus möglich, eine **separate Erklärung zu fordern**. Es ist dabei Sache des Schuldners zu prüfen, wie weitgehend der Gläubiger diesbezüglich einen Anspruch hat. Inhaltlich muss außerdem vollkommen klar werden, dass der **Schuldner ernsthaft bereit** ist, diese **Erklärung abzugeben und einzuhalten**. Es dürfen ihm **keine (versteckten) Schlupflöcher** verbleiben, aufgrund welcher er sich unter Umständen doch nicht an die Erklärung halten muss. Dabei räumt aber nur eine unwiderrufliche und uneingeschränkte Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr vollständig aus.

Wer in die Situation gerät, eine Unterlassungserklärung abgeben zu müssen, muss sich jedoch trotzdem nicht auf die Wiedergabe materiellen Rechts beschränken. Es ist **möglich** die **Klauseln den eignen Wünschen durch Bedingungen, Befristungen und Einschränkungen anzupassen** und **trotzdem die Wiederholungsgefahr vollständig auszuräumen**. Allerdings sollte im Zweifelsfall aufgrund der doch recht hohen Anforderungen und der Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr anwaltliche Beratung in Anspruch genommen werden.

Wir beraten Sie gerne.

Autor:
Johanna Uther
(freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)