
Frank Richter **Anwälte, Spammer und die ewige Frage der Kostenerstattung**

Die Anspruchsgrundlage für die Erstattungspflicht der Abmahnkosten bei Spamming ist grundsätzlich die Geschäftsführung ohne Auftrag (*BGH* GRUR 1973, 384; 1984, 131; 1991, 550; 1991, 680). Die Kostenerstattungspflicht ergibt sich auch unter den Gesichtspunkten des Schadensersatzes. Nach diesem Rechtsgrundsatz ist der Mandant berechtigt, den Störungszustand, den der Spammer durch sein Verhalten geschaffen hat, durch eine Abmahnung zu beseitigen und den dafür erforderlichen Aufwand, nämlich die Kosten der anwaltlichen Tätigkeit, erstattet zu verlangen. Im Bereich der Geschäftsführung ohne Auftrag erstreckt sich der Aufwendungsersatzanspruch nach st. Rspr. und h.M. grundsätzlich auch auf eigene Tätigkeiten, sofern diese zum Beruf oder Gewerbe des Geschäftsführers gehören (vgl. statt vieler Palandt-*Sprau*, BGB, § 683 Rdnr. 8 m.w.Nw.). So ist einem seinen Wandschaden reparierenden Maurer die übliche Vergütung zu leisten. Gleiches galt bislang selbstverständlich auch für den selbst seinen Schaden regulierenden Rechtsanwalt und auch für den sich gegen Belästigungen selbst wehrenden An-

walt. Noch im Jahr 2004 hat der *VI. Zivilsenat* mit B. v. 30.11.2004 – VI ZR 65/04 (BeckRS 2004 12785) nicht beanstandet, dass auch ein Rechtsanwalt für eigene Tätigkeit in Sachen Spam-Abwehr den Gebührenersatz verlangen kann. Dieser Beschluss hat sich aber schon unheilvoll auf die Streitwertentwicklung ausgewirkt.

Nun hat der *BGH* allerdings mit zwei Urteilen (MMR 2007, 373 und MMR 2007, 372) Rechtsanwälte – im Gegensatz zu Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung (*BGH* MMR 2008, 737) – zu „Freiwild“ erklärt und die Urteile haben sich zu „Spammer's best friend“ entwickelt. Der *BGH* scheint sich der der Spam-Problematik nicht ganz bewusst zu sein und schlägt den Gerichten und vor allem den engagierten Anwälten eine Waffe nach der anderen aus der Hand. Solange Spam in Deutschland nicht strafbar ist, sind die Abmahnung und deren Kostenfolgen die einzige Sanktion, die Spammer zu fürchten haben. Meist wagen nur entsprechend spezialisierte Anwälte wegen Spam vor Gericht zu ziehen, da der „normale Mandant“ und auch der Steuerrechtler oder Strafverteidiger sich mit 50

bis 300 Spam-Mails täglich abgefunden haben und das Kosten- und Vollstreckungsrisiko scheuen, weil sie hier alleine nicht weiter kommen.

Erstaunlich ist jedoch, dass Spammer, die sonst die Rspr. mit Nichtachtung strafen, ausgerechnet diese Urteile nahezu im Schlaf aufsagen können. Diese zweifelhafte Ehre war zuletzt dem *AG Dresden* (NJW 2005, 2561, glücklicherweise durch *BGH* MMR 2010, 33 überholt) zuteil geworden. Problematisch ist die Einteilung in „Missbrauchsfälle“ und legitime Verteidigung. Es mag ja sein, dass manche Anwälte eher gegen Spam klagen und auch nicht gerade niedrige Fallzahlen produzieren, vielleicht so auch einen nicht unerheblichen Anteil ihres Umsatzes erwirtschaften.

Doch: Der *BGH* hat demgegenüber (MMR 2008, 811 – Clone CD) klargestellt, dass auch massenhafte Versendungen von Abmahnungen nicht zu beanstanden sind, wenn die Abwehr massenhafter Rechtsverletzungen dies erfordert. Selbst eine umfangreiche Abmahntätigkeit allein lässt noch nicht auf eine missbräuchliche Ausnutzung der Antrags- bzw. Klagebefugnis schließen (*OLG Köln* GRUR 1993, 371). Auch das *OLG München* (BeckRS 2007 00707 bzw. GRUR-RR 2007, 55) hat entschieden, dass die Häufigkeit von Abmahnungen allein für sich nur Zeugnis ablegt über die Anzahl der Verstöße.

Im Bereich E-Mail-Spam-Abwehr – gleiches muss auch für Fax-Spam, SMS-Spam oder Cold Calling gelten – von „Missbrauchsfällen“ zu sprechen, hieße, den Belästigten zu verpflichten, einen gewissen Prozentsatz zu dulden, um nicht zu oft zu klagen, oder ihm zu unterstellen, die Spam-Zusendungen herausgefordert oder provoziert zu haben, nur um „Abmahnfutter“ zu haben. Es sind keine Konstellationen bekannt, in denen von „Missbrauchsfällen“ zu sprechen wäre. Hier ist der große Unterschied zu den AGB- oder Impressums-Abmahnungen. Denn diese Verstöße gegen BGB und TMG muss der Abmahrende eigenständig suchen. Spam oder Cold Calls bekommt er „geliefert“, er kann derartige Verstöße nicht per Suchmaschine im Internet suchen, sondern – außerhalb des Wettbewerbsrechts, also in den hier in Rede stehenden Fällen – nur den abmahnen, der ihm persönlich Spam geschickt hat.

Der *BGH* meinte, es habe sich insgesamt um einfach gelagerte Fälle gehandelt, insb. sei weder die Identität des Anrufers noch die Widerrechtlichkeit des Anrufs zweifelhaft gewesen. Aus Sicht des Klägers sei es daher nicht erforderlich gewesen, mit der Abmahnung einen Anwalt zu beauftragen. Etwaige Kosten für die gleichwohl erfolgte Beauftragung eines Anwalts seien i.R.e. Schadenersatzes daher nicht ausgleichspflichtig. Damit scheidet auch ein Anspruch auf Kostenerstattung bei einer Selbstbeauftragung aus. Ob als Anspruchsgrundlage auch die §§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB in Betracht kommen, hat der *Senat* bewusst offen gelassen, da es sich bei Anwaltsgebühren jedenfalls nicht um erforderliche Aufwendungen i.S.d. § 670 BGB handele.

Nun ist dem *BGH* entgegenzuhalten, dass die Identität des Störers oftmals nicht ganz so klar ist, da sich Unternehmen gerne hinter Call-Centern und Dritten verstecken und versuchen, ihre Verantwortung für den Anruf abzustreiten. Auch ist oftmals die Widerrechtlichkeit im Streit. Hier ist der Ausschluss der Kostenerstattung fehl am Platz.

Eine Tendenz, wie die Instanzgerichte mit dieser Entscheidung umgehen, ist nicht unbedingt festzustellen. Teilweise wird darauf abgestellt, dass, wenn der Störer erst herausgefunden werden muss, z.B. indem der Belästigte zum Schein Angebote annimmt (so *AG Mitte* MMR 2009, 292), oder wenn Einwendungen vorgebracht werden, z.B. eine Rechtfertigung behauptet wird (so *AG Düsseldorf* MMR 2009, 872 (Ls.) = BeckRS 2009 25861; *AG Nürnberg*, U. v. 22.7.2009 – 19 C 9519/08; *LG Heidelberg* MMR 2010, 66 (Ls.) = BeckRS 2009 86453), kein einfacher Fall i.S.d. *BGH*-Entscheidungen vorliege oder dass eine Tätigkeit in eigenen Angelegenheiten nicht zu den originären Aufgaben eines Anwalts gehöre (*AG Heidelberg* BeckRS 2009 87731, das hier die Rspr. des *BGH* zur Kostenerstattung trotz Rechtsabteilung (MMR 2008, 737) anwendet). Andererseits meint z.B. das *LG Essen* (MMR 2009, 504), dass auf Grund der Beweislastverteilung selbst bei Behaupten einer Einwilligung noch ein derart klarer Fall vorliege, dass dieser einfach i.S.d. *BGH*-Rspr. sei, sodass ein Rechtsanwalt nicht einmal die Kosten eines beauftragten Kollegen erstattet verlangen könne.

Es mag ja noch angehen, dass ein spezialisierter Anwalt, der mit einem einfachen (also quantitativ einem und qualitativ nicht schwierigen und nicht auf den konkreten Einzelfall eingehenden) Schreiben zum Erfolg kommt, mithin eine Unterlassungserklärung erreicht, hierfür keine Kosten verlangen kann. Allerdings ist nicht jeder Anwalt mit dieser Thematik so vertraut, eine solche Abmahnung „aus dem Ärmel schütteln“ zu können. Mancher wird sich ein solches Schreiben überhaupt nicht zutrauen, und dann auch einen Kollegen beauftragen. Außerdem sollte klar sein, dass ein widerspenstiger Gegner, der sich verklagen lässt und dann – ggf. sogar schon außergerichtlich – auch noch rechtliche Einwendungen erhebt, keine solche Privilegierung verdient, denn dann wird aus der „einfachen Abmahnung“ ein ganz normaler Rechtsstreit mit entsprechendem – auch vorprozessualen – Aufwand, der dann in jedem Fall zu vergüten bzw. zu erstatten ist.

Frank Richter

ist Rechtsanwalt in Dossenheim – www.richterrecht.com.