BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 174/10

Verkündet am:
15. Dezember 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Bauheizgerät

UWG § 8 Abs. 4

a) Schlägt der Abmahnende dem wegen eines Wettbewerbsverstoßes Abgemahnten in einer vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung für jeden Fall der Zuwiderhandlung das Versprechen einer Vertragsstrafe vor, die unabhängig von einem Verschulden verwirkt sein soll, kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs missbräuchlich und nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig ist.

b) Die Abmahnung wegen eines Wettbewerbsverstoßes ist nicht allein deshalb missbräuchlich und nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig, weil eine frühere Abmahnung wegen eines gleichartigen Wettbewerbsverstoßes missbräuchlich und nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig war und sich die spätere Abmahnung ausdrücklich auf die frühere Abmahnung bezieht.

BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - I ZR 174/10 - OLG Hamm
LG Bochum

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. August 2010 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien vertreiben Bauheizgeräte und Industriestaubsauger.

2 Die Beklagte warb am 13. Juli 2009 auf der Internetplattform eBay für ein Bauheizgerät. Die Klägerin mahnte die Beklagte wegen dieser Werbung am 20. Juli 2009 ab. Sie warf der Beklagten zahlreiche Wettbewerbsverstöße vor; unter anderem beanstandete sie, dass die Werbung die Angabe "2 Jahre Garantie" enthielt, ohne den Inhalt der Garantie zu erläutern. Die Beklagte gab am 3. August 2009 nicht die von der Klägerin vorformulierte, sondern eine modifizierte strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung ab. Die aus einem Gegenstandswert von 30.000 € errechneten Kosten der (anwaltlichen) Abmahnung in Höhe von 1.005,40 € zahlte sie nicht.

3

Am 8. August 2009 warb die Beklagte bei eBay für einen Industriestaubsauger. Die Werbung enthielt erneut die nicht näher erläuterte Angabe "2 Jahre Garantie". Auf die Abmahnung der Klägerin vom 17. August 2009 gab die Beklagte keine Unterlassungsverpflichtungserklärung ab. Sie zahlte auch nicht die Abmahnkosten in Höhe von 911,80 €.

4 Daraufhin erwirkte die Klägerin gegen die Beklagte eine einstweilige Verfügung. Sie forderte die Beklagte am 7. Oktober 2009 ohne Erfolg zur Abgabe einer Abschlusserklärung und Zahlung der Kosten des Abschlussschreibens in Höhe von 911,80 € auf.

5 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Erstattung der Kosten der beiden Abmahnschreiben und des Abschlussschreibens sowie auf Unterlassung von Werbung in Anspruch, die - wie die Werbung vom 8. August 2009 - die Angabe "2 Jahre Garantie" enthält, ohne den Inhalt der Garantie zu erläutern. Die Beklagte hat der Klägerin die Kosten des ersten Abmahnschreibens in Höhe von 411,30 € (errechnet aus einem Gegenstandswert von 5.000 €) erstattet. Insoweit haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen (OLG Hamm, GRUR-RR 2011, 196). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die erhobenen Ansprüche seien nicht begründet, weil die Klägerin die Unterlassungsansprüche mit den beiden Abmahnungen und der Klage missbräuchlich geltend gemacht habe. Dazu hat es ausgeführt:

8 Die Abmahnung vom 20. Juli 2009 sei als missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG anzusehen. Die konkreten Umstände der Rechtsverfolgung ließen in ihrer Gesamtschau nur den Schluss zu, dass die Abmahnung in erster Linie dazu gedient habe, Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen und Zahlung von Vertragsstrafen gegen die Beklagte entstehen zu lassen. Die zweite Abmahnung vom 17. August 2009 baue auf der ersten Abmahnung vom 20. Juli 2009 auf und teile daher deren missbräuchlichen Charakter. Da die zweite Abmahnung missbräuchlich gewesen sei, sei auch das nachfolgende Verfahren der einstweiligen Verfügung missbräuchlich gewesen, so dass die Klägerin von der Beklagten auch nicht die Erstattung der Kosten des Abschlussschreibens vom 7. Oktober 2009 verlangen könne. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch bestehe nicht. Einem gesetzlichen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB stehe ebenso wie einem vertraglichen Unterlassungsanspruch aus einem der Unterwerfungserklärung vom 3. August 2009 entsprechenden Unterwerfungsvertrag der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen. Auf die Unterwerfungserklärung vom 3. August 2009 könne sich die Klägerin auch deshalb nicht stützen, weil nicht ersichtlich sei, dass ein entsprechender Unterlassungsvertrag zustande gekommen sei.

9 II. Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, dass die Klägerin weder die Erstattung der Kosten der Abmahnungen vom 20. Juli 2009 (dazu 1) und vom 17. August 2009 (dazu 2) sowie des Abschlussschreibens vom 7. Oktober 2009 (dazu 3) noch Unterlassung der Werbung mit einer zweijährigen Garantie (dazu 4) verlangen kann.

10 1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten der ersten Abmahnung vom 20. Juli 2009.

11 Der Abmahnende kann vom Abgemahnten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Die Abmahnung vom 20. Juli 2009 war nicht berechtigt, weil die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG missbräuchlich war.

12 a) Nach § 8 Abs. 4 UWG ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung wegen einer nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.

13 Diese Regelung gilt nicht nur für die gerichtliche, sondern auch für die außergerichtliche Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs und damit insbesondere für die Abmahnung (vgl. zu § 13 Abs. 5 UWG aF BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001 - I ZR 215/98, GRUR 2002, 715, 717 = WRP 2002, 977 - Scanner-Werbung; Urteil vom 17. Februar 2002 - I ZR 241/99,

BGHZ 149, 371, 373 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). Eine im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG missbräuchliche Abmahnung ist nicht berechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG und begründet keinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8 UWG Rn. 4.6; Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 298; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 479; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 13 Rn. 53).

14 Bei der Anwendung des § 8 Abs. 4 UWG ist zu berücksichtigen, dass dieser Regelung neben der Aufgabe der Bekämpfung von Missbräuchen bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auch die Funktion eines Korrektivs gegenüber der weit gefassten Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG zukommt. Nach § 8 Abs. 3 UWG kann ein und derselbe Wettbewerbsverstoß durch eine Vielzahl von Anspruchsberechtigten verfolgt werden. Dies erleichtert zwar die im Interesse der Allgemeinheit liegende Rechtsverfolgung; die Fülle der Anspruchsberechtigten kann aber den Anspruchsgegner in erheblichem Maße belasten, so insbesondere dadurch, dass der Wettbewerbsverstoß zum Gegenstand mehrerer Abmahnungen und gerichtlicher Verfahren gemacht werden kann. Umso wichtiger ist es, dass die Regelung des § 8 Abs. 4 UWG immer dann eine Handhabe bietet, wenn wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung missbräuchlich geltend gemacht werden, insbesondere wenn sachfremde Ziele die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung darstellen (vgl. zu § 13 Abs. 5 UWG aF BGH, Urteil vom 6. April 2000 - I ZR 76/98, BGHZ 144, 165, 169 f. - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; Urteil vom 5. Oktober 2000 - I ZR 237/98, GRUR 2001, 260, 261 = WRP 2001, 148 - Vielfachabmahner).

15 Die Annahme eines derartigen Rechtsmissbrauchs erfordert eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände. Dabei ist vor

allem auf das Verhalten des Gläubigers bei der Verfolgung dieses und anderer Verstöße abzustellen. Zu berücksichtigen sind aber auch die Art und Schwere des Wettbewerbsverstoßes sowie das Verhalten des Schuldners nach dem Verstoß. Auch das Verhalten sonstiger Anspruchsberechtigter kann in die Betrachtung einzubeziehen sein (vgl. BGHZ 144, 165, 170 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung, mwN).

16 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, nach diesen Maßstäben sei die Abmahnung vom 20. Juli 2009 als missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG anzusehen. Die konkreten Umstände der Rechtsverfolgung ließen in ihrer Gesamtschau nur den Schluss zu, dass die Abmahnung in erster Linie dazu gedient habe, Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen und Zahlung von Vertragsstrafen gegen die Beklagte entstehen zu lassen. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Rügen der Revision haben keinen Erfolg.

17 aa) Einen deutlichen Hinweis darauf, dass für die Klägerin die Generierung von Ansprüchen auf Zahlung von Vertragsstrafen im Vordergrund stand, hat das Berufungsgericht darin gesehen, dass die Vertragsstrafe nach der von ihr vorformulierten Erklärung unabhängig von einem Verschulden für jeden Fall der Zuwiderhandlung entrichtet werden sollte. Die Regelung zum Ausschluss des Verschuldens sei zudem so in die Unterwerfungserklärung eingefügt, dass sie ohne weiteres überlesen werden könne. Einer solchen für den Abgemahnten überraschenden Abbedingung des Verschuldenserfordernisses bedürfe es zur Sicherung der Gläubigerinteressen nicht.

18 Die Revision setzt dem vergeblich entgegen, für den Schuldner ergebe sich aus dem Versprechen einer vom Verschulden unabhängigen Vertragsstrafe keine unzumutbare Belastung, weil auch im Falle einer vom Verschulden ab-

hängigen Vertragsstrafe ausgesprochen strenge Anforderungen an die Exkulpation des Schuldners zu stellen seien.

19 Der Ausschluss der Exkulpationsmöglichkeit führt nicht nur zu einer Haftungsverschärfung. Er bildet nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vielmehr im hier in Rede stehenden Fall des Versprechens einer Vertragsstrafe für den Fall einer Verletzung von Informationspflichten beim Versandhandel im Internet auch eine Haftungsfalle. Das Berufungsgericht hat festgestellt, Unterlassungsverpflichtungserklärungen würden wegen der drohenden gerichtlichen Inanspruchnahme sehr häufig schon abgegeben, bevor alle fehlerhaften Angaben aus dem Internetauftritt entfernt seien. Unterbliebene oder fehlerhafte Informationen seien oft nicht von einem Tag auf den anderen einzufügen oder zu korrigieren. Insbesondere kleinere oder unerfahrenere Anbieter müssten für die Korrektur der Widerrufsbelehrung oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig Kontakt mit Dritten aufnehmen. Sie könnten einer Vertragsstrafe daher vielfach nur schwer entgehen, wenn ihnen der Einwand abgeschnitten sei, sie hätten den Verstoß so kurzfristig nicht abstellen können. Diese Feststellungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Insbesondere widersprechen sie nicht der Lebenserfahrung.

20 Die Revision wendet vergeblich ein, auch eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe entfalle wegen Unvermögens gemäß § 275 Abs. 1 BGB, wenn der gerügte Wettbewerbsverstoß so kurzfristig nicht abgestellt werden könne. Das ändert nichts daran, dass - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - das Versprechen einer vom Verschulden unabhängigen Vertragsstrafe den Schuldner in eine Zwangslage bringt, die in der hier zu beurteilenden Fallgestaltung zum Schutz des lauteren Wettbewerbs erkennbar nicht erforderlich ist.

21 bb) Einen weiteren Anhaltspunkt für ein missbräuchliches Verhalten hat das Berufungsgericht darin gesehen, dass die Klägerin in der vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.100 € vorgesehen hat. Die geforderte Vertragsstrafe sei im Blick auf die hier in Rede stehenden Wettbewerbsverstöße sehr hoch. Bei der behaupteten Verletzung von gegenüber Verbrauchern bestehenden Informationspflichten handele es sich aus der Sicht eines Mitbewerbers um Verstöße von eher unterdurchschnittlichem Gewicht, die kein nennenswertes Interesse des Mitbewerbers an der Rechtsverfolgung begründeten. Dies lasse darauf schließen, dass die Abmahnung vorwiegend dem Zweck gedient habe, der Klägerin über die Geltendmachung von Vertragsstrafen eine Einnahmequelle zu erschließen.

22 Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe übersehen, dass es üblich sei, in strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärungen eine Vertragsstrafe von über 5.000 € vorzusehen, um für Ansprüche auf Zahlung einer verwirkten Vertragsstrafe die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts nach § 23 Nr. 1, § 71 Abs. 1 GVG zu begründen, das über eine besondere wettbewerbsrechtliche Sachkunde und Erfahrung verfüge.

23 Es kann offenbleiben, ob die Landgerichte für Streitigkeiten über Ansprüche auf Zahlung verwirkter Vertragsstrafen - wie die Revision annimmt - nur zuständig sind, wenn der Streitwert 5.000 € übersteigt. Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 UWG sind die Landgerichte für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch aufgrund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb geltend gemacht wird, ausschließlich zuständig. Diese Vorschrift begründet eine - vom Streitwert unabhängige - ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Landgerichte. Es ist umstritten, ob diese Regelung vertragliche Ansprüche und damit insbesondere auch Ansprüche aufgrund von Vertragsstrafeversprechen

erfasst (bejahend OLG Jena, GRUR-RR 2011; 199 f.; Fezer/Büscher aaO § 13 Rn. 7 f.; MünchKomm.UWG/Ehricke, § 13 Rn. 10; Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 13 Rn. 2; verneinend OLG Rostock, GRUR-RR 2005, 176; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 13 Rn. 2; Harte/Henning/Retzer, UWG, 2. Aufl., § 13 Rn. 11; Hess in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 13 Rn. 11; vgl. auch Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 45 Rn. 5 mwN). Dieser Streit braucht hier nicht entschieden zu werden.

24 Selbst wenn die Landgerichte nur bei einem 5.000 € übersteigenden Streitwert für Streitigkeiten über Ansprüche auf Zahlung verwirkter Vertragsstrafen zuständig wären, könnte dies nicht das Verlangen nach Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung rechtfertigen, die mit einer unangemessen hohen Vertragsstrafe bewehrt ist. Es lässt daher keinen Rechtsfehler erkennen, dass das Berufungsgericht in der Höhe der vorgeschlagenen Vertragsstrafe einen Anhaltspunkt für ein im Vordergrund stehendes Interesse der Klägerin an der Erzielung von Einnahmen gesehen hat.

25 cc) Das Berufungsgericht hat in den nachfolgend angeführten Umständen weitere Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Klägerin gesehen:

26 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die von der Klägerin vorgefertigte Unterlassungsverpflichtungserklärung so weit gefasst, dass darunter auch gänzlich andere als die abgemahnten Verstöße fallen und jedwede gesetzwidrige Belehrung eines Verbrauchers eine Zuwiderhandlung darstellt. Das Berufungsgericht hat angenommen, dies spiegele in Verbindung mit dem Verlangen nach der Vereinbarung einer hohen Vertragsstrafe von 5.100 € auch für Verstöße von geringerem Gewicht das vorherrschende Interesse der Klägerin wider, sich über Vertragsstrafen eine Einnahmequelle zu verschaffen.

27 Das Berufungsgericht hat angenommen, für die Klägerin stehe neben der Erzielung von Vertragsstrafen erkennbar die Erstattung der Abmahnkosten im Vordergrund. Die Abmahnung erwecke den unzutreffenden Eindruck, Unterwerfungserklärung und Kostenerstattung gehörten zusammen. Die Erstattung der Abmahnkosten werde gleichrangig mit der Unterwerfungserklärung unter derselben Ziffer der vorformulierten Unterlassungserklärung aufgeführt. Beide würden bei der Frage der Fristverlängerung miteinander verquickt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund bestehe. Bei der Unterlassungserklärung verbiete sich wegen der Dringlichkeit im Regelfall eine Verlängerung der Frist; für die Frist zur Erstattung der Kosten gelte dies nicht. Zudem werde die Fälligkeit der an den Anwalt zu zahlenden Gebühren durch Großschrift und Unterstreichung hervorgehoben. Dies erwecke beim Abgemahnten den unzutreffenden Eindruck, er könne eine gerichtliche Inanspruchnahme nur verhindern, wenn er nicht nur die Unterlassungserklärung abgebe, sondern auch umgehend die Abmahnkosten erstatte.

28 Das Berufungsgericht hat gemeint, der Umstand, dass die vorgeschlagene Unterlassungsvereinbarung nicht den Sitz der Beklagten oder der Klägerin, sondern den Sitz des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Gerichtsstand vorsehe, füge sich in dieses Bild. Diese Regelung diene nicht etwa dem Zweck, der Klägerin eine bessere Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu ermöglichen, sondern lasse sich nur damit erklären, dass dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Arbeit erleichtert werden solle.

29 Diese weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet liegende Beurteilung lässt keinen Rechtfehler erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

30 dd) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe verkannt, dass der Missbrauchseinwand aus § 8 Abs. 4 UWG den Schuldner nicht davor

schützen solle, dass der Gläubiger ihm in Verbindung mit der Geltendmachung von Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüchen den Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages zu ungünstigen Bedingungen anbiete. Die Beklagte - so die Revision - habe die vom Berufungsgericht beanstandeten Bedingungen der von der Klägerin vorgeschlagenen Unterlassungserklärung nicht akzeptieren müssen und habe auch keine einzige dieser Bedingungen in ihre Unterlassungserklärung vom 3. August 2009 aufgenommen.

31 Das Berufungsgericht hat es mit Recht als unerheblich erachtet, dass es der Beklagten freistand, die von der Klägerin vorgeschlagene Unterwerfungserklärung abzugeben. Das Verhalten der Klägerin ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, schon allein deshalb als missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG anzusehen, weil die Klägerin versucht hat, mit der Abmahnung vor allem ihre Gelderzielungsinteressen durchzusetzen. Zudem ist die in der Abmahnung enthaltene Belehrung über die Möglichkeit der Abgabe einer modifizierten Unterwerfungserklärung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts so unpräzise gefasst, dass die abgemahnte Beklagte den Eindruck gewinnen musste, es tunlichst bei der vorgeschlagenen Erklärung zu belassen.

32 ee) Die Revision macht vergeblich geltend, die Forderung von überhöhten Abmahngebühren oder Vertragsstrafen oder eines Verzichts auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs könne allenfalls dann auf ein missbräuchliches Verhalten des Gläubigers hinweisen, wenn der Gläubiger sie systematisch erhebe. Ein systematisches Vorgehen der Klägerin bei der Geltendmachung überhöhter Abmahnkosten oder Vertragsstrafen habe das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt und sei auch nicht ersichtlich.

33 Fordert der Gläubiger systematisch überhöhte Abmahngebühren oder Vertragsstrafen oder einen Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusam-

menhangs, kann darin allerdings ein Indiz für einen Missbrauch zu sehen sein (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 1992 - I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 21 f. - Fortsetzungszusammenhang; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 4.12; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 457). Das schließt es aber - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - nicht aus, dass schon bei einer geringen Zahl von Abmahnungen oder auch schon bei einer einzigen Abmahnung von einem Rechtsmissbrauch auszugehen sein kann, wenn hinreichende Anhaltspunkte für sachfremde Motive vorliegen.

34 2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, dass die Klägerin von der Beklagten auch nicht die Erstattung der Kosten der zweiten Abmahnung vom 17. August 2009 verlangen kann. Auch diese Abmahnung war nicht berechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG und begründete daher keinen Erstattungsanspruch.

35 a) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch auf Kostenerstattung allerdings nicht verneint werden. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme, dass die zweite Abmahnung missbräuchlich und damit unberechtigt war.

36 aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann im Streitfall die Missbräuchlichkeit der zweiten Abmahnung nicht mit der Missbräuchlichkeit der ersten Abmahnung begründet werden.

37 Das Berufungsgericht hat angenommen, die zweite Abmahnung vom 17. August 2009 baue auf der ersten Abmahnung vom 20. Juli 2009 auf und teile daher deren missbräuchlichen Charakter. Die zweite Abmahnung nehme ausdrücklich auf die erste Abmahnung Bezug. Die für die zweite Abmahnung entstandenen Kosten habe die Klägerin neben der auf der ersten Abmahnung beruhenden Vertragsstrafe verlangt. Die Höhe der in der zweiten Abmahnung

geforderten Vertragsstrafe entspreche der Höhe der in der ersten Abmahnung vorgeschlagenen Vertragsstrafe. In der zweiten Abmahnung würden ebenso wie in der ersten Abmahnung die Unterlassungserklärung und die Kostenerstattung dergestalt miteinander verkoppelt, dass die Beklagte als Schuldnerin den Eindruck gewinnen müsse, einer gerichtlichen Inanspruchnahme nur dann entgehen zu können, wenn sie nicht nur die Unterwerfung erkläre, sondern auch die Kosten erstatte.

38 Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden. Es kann offenbleiben, ob dem Unterlassungsanspruch aus einem infolge einer missbräuchlichen Abmahnung geschlossenen Unterlassungsvertrag der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegengehalten werden kann (vgl. OLG München, WRP 1992, 270, 273; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 4.6; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 479). Die Klägerin macht mit der zweiten Abmahnung keinen vertraglichen Unterlassungsanspruch aus einem infolge der ersten (missbräuchlichen) Abmahnung geschlossenen Unterlassungsvertrag geltend. Sie verfolgt mit der zweiten Abmahnung vielmehr einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch, der mit der von ihr behaupteten erneuten Zuwiderhandlung entstanden sein soll. Das folgt daraus, dass sie die Beklagte mit der zweiten Abmahnung dazu aufgefordert hat, zur Ausräumung der durch die Zuwiderhandlung begründeten Wiederholungsgefahr eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Eine erneute Zuwiderhandlung begründet erneut eine Wiederholungsgefahr; sie lässt nicht die durch die erste Unterwerfungserklärung ausgeräumte Wiederholungsgefahr wieder aufleben (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 - I ZR 176/93, GRUR 1995, 678, 680 - Kurze Verjährungsfrist; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 1.45 und § 12 Rn. 1.157).

39 bb) Das Berufungsgericht hat auch keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, dass die zweite Abmahnung unabhängig von der ersten Ab-

mahnung - etwa wegen der Verkoppelung von Unterwerfungserklärung und Kostenerstattung - missbräuchlich ist.

40 b) Die Beurteilung des Berufungsgerichts stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die zweite Abmahnung war deshalb nicht im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG berechtigt und begründete daher keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz, weil die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Unterlassung der mit der zweiten Abmahnung allein beanstandeten Werbung mit einer zweijährigen Garantie hatte.

41 Die Klägerin hat zur Begründung des mit der zweiten Abmahnung geltend gemachten Unterlassungsanspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG vorgetragen, die Werbung mit einer Garantie ohne Darstellung des Inhalts der Garantie verstoße gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB.

42 Der Bundesgerichtshof hat - nach Verkündung des Berufungsurteils - entschieden, dass die in § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB geforderten Angaben (Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden; Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind) nicht bereits in der Werbung gemacht werden müssen, wenn ein Unternehmer für den Verkauf eines Verbrauchsguts mit einer Garantie wirbt, die keine Garantieerklärung im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB darstellt (BGH, Urteil vom 14. April 2011 - I ZR 133/09, GRUR 2011, 638 Rn. 24-33 = WRP 2011, 866 - Werbung mit Garantie).

43 Danach musste die im Streitfall beanstandete Werbung diese Informationen nicht enthalten, weil sie keine Garantieerklärung enthält. Unter den Begriff

der Garantieerklärung im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB fallen nur Willenserklärungen, die zum Abschluss eines Kaufvertrags (unselbständige Garantie) oder eines eigenständigen Garantievertrags führen, nicht dagegen die Werbung, die den Verbraucher lediglich zur Bestellung auffordert und in diesem Zusammenhang eine Garantie ankündigt, ohne sie bereits rechtsverbindlich zu versprechen (BGH, GRUR 2011, 638 Rn. 26 - Werbung mit Garantie, mwN). Die im Streitfall angegriffene Werbung enthält keine Garantieerklärung in diesem Sinne. Eine durch das Internet übermittelte Aufforderung zur Bestellung ist im Zweifel als bloße invitatio ad offerendum aufzufassen (BGH, GRUR 2011, 638 Rn. 32 - Werbung mit Garantie, mwN). Dass die Beklagte bereits in der zum Gegenstand des Verbotsantrags gemachten Werbung vom 8. August 2009 für den Verkehr erkennbar durch den dort enthaltenen Hinweis auf die Garantie in vertragsmäßig bindender Weise eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat, ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch sonst ersichtlich.

44 3. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, dass die Klägerin von der Beklagten nicht die Erstattung der Kosten des Abschlussschreibens vom 7. Oktober 2009 verlangen kann.

45 Ein Anspruch auf Erstattung der Kosten eines Abschlussschreibens - also der Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung nach Erlass einer einstweiligen Verfügung - kann nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683, 670 BGB) gegeben sein (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - I ZR 30/08, GRUR 2010, 1038 Rn. 26 = WRP 2010, 1169 - Kosten für Abschlussschreiben, mwN). Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung ein Unterlassungsanspruch zustand und die Aufforderung zur Abgabe der Abschlusserklärung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Schuldners entsprach.

46 a) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch auf Erstattung der Kosten des Abschlussschreibens allerdings nicht verneint werden.

47 Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass eine Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung nicht dem Interesse des Schuldners entspricht und keinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen begründet, wenn die dem Verfahren der einstweiligen Verfügung vorausgegangene außergerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG missbräuchlich war. Ist die außergerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs als missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs.4 UWG anzusehen, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass der Unterlassungsanspruch auch nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden kann (vgl. zu § 13 Abs. 5 UWG BGH, GRUR 2002, 715, 717 - Scanner-Werbung; BGHZ 149, 371, 379 f. - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). Das hat zur Folge, dass eine Klage oder ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unzulässig sind. Es entspricht nicht dem Interesse des Schuldners, eine zu Unrecht ergangene einstweilige Verfügung durch eine Abschlusserklärung als endgültige Regelung anzuerkennen.

48 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann aber - wie ausgeführt (vgl. oben Rn. 35 ff.) - nicht angenommen werden, dass die dem Verfahren der einstweiligen Verfügung vorausgegangene Abmahnung vom 17. August 2009 missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG war.

49 b) Die Beurteilung des Berufungsgerichts stellt sich aber auch insoweit aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

50 Der Anspruch auf Erstattung der Kosten eines Abschlussschreibens ist nicht begründet, weil zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe der Ab-

schlusserklärung der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB - wie ausgeführt (vgl. oben Rn. 40 ff.) - nicht begründet war.

51 4. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zusteht.

52 a) Ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht nicht.

53 Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lassen zwar nicht darauf schließen, dass die zweite Abmahnung vom 17. August 2009 missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG war und der Unterlassungsantrag daher - wie das Berufungsgericht angenommen hat - unzulässig ist (vgl. oben Rn. 35 ff.).

54 Der Unterlassungsantrag ist jedoch nicht begründet, weil die hier in Rede stehende Werbung mit einer zweijährigen Garantie nicht gegen § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt und daher auch nicht nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG wettbewerbswidrig ist (vgl. oben Rn. 40 ff.).

55 b) Ein vertraglicher Unterlassungsanspruch aus einem Unterwerfungsvertrag ist gleichfalls nicht gegeben.

56 Das Berufungsgericht hat angenommen, es sei schon nicht ersichtlich, dass zwischen den Parteien vor der beanstandeten Werbung vom 8. August 2009 ein Unterwerfungsvertrag zustande gekommen sei. Die Beklagte habe am 3. August 2009 nicht die von der Klägerin vorformulierte, sondern eine modifizierte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben. Es sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Klägerin dieses Angebot auf Abschluss eines Unterlassungsvertrages angenommen habe (§ 150 Abs. 2 BGB) und der Be-

klagten diese Annahmeerklärung zugegangen sei. Unterlassungsansprüchen aus einem der Unterwerfungserklärung vom 3. August 2009 entsprechenden Unterwerfungsvertrag stehe jedenfalls der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen. Wäre ein solcher Unterlassungsvertrag zustande gekommen, würde er auf der vorangegangenen Abmahnung vom 20. Juli 2009 beruhen, die als missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG anzusehen sei. Ansprüchen aus einem aufgrund einer missbräuchlichen Abmahnung zustande gekommenen Unterwerfungsvertrag könne der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegenhalten werden. Es kann offenbleiben, ob die gegen diese Beurteilung gerichteten Rügen der Revision durchgreifen.

57 Die Klägerin kann jedenfalls deshalb keine Ansprüche aus einem der Unterwerfungserklärung der Beklagten entsprechenden Unterwerfungsvertrag der Parteien herleiten, weil die Beklagte nicht gegen die darin übernommene Verpflichtung verstoßen hätte. Die Beklagte hat in ihrer modifizierten Unterwerfungserklärung erklärt, sie verpflichte sich zur Unterlassung einer Werbung mit Garantieangaben, ohne den Anforderungen des § 477 BGB zu genügen. Die Werbung der Beklagten enthält keine Garantieangaben im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB (vgl. oben Rn. 40 ff.). Wäre die Unterwerfungserklärung anders auszulegen, wäre der Klägerin die Berufung auf den vertraglichen Unterlassungsanspruch im Übrigen als unzulässige Rechtsausübung verwehrt, weil das zu unterlassende Verhalten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung künftig zweifelsfrei als rechtmäßig zu beurteilen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1996 - I ZR 265/95, BGHZ 133, 316, 329 - Altunterwerfung I; Urteil vom 2. Juli 2009 - I ZR 146/07, BGHZ 181, 373 Rn. 21 - Mescher weis).

58 III. Danach ist die Revision gegen das Berufungsurteil auf Kosten der Klägerin (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Bornkamm Pokrant Büscher

Schaffert Koch

Vorinstanzen:
LG Bochum, Entscheidung vom 25.02.2010 - 14 O 207/09 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 17.08.2010 - I-4 U 62/10 -