BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 45/11

Verkündet am:
31. Mai 2012
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Missbräuchliche Vertragsstrafe

UWG § 4 Nr. 11, § 8 Abs. 4; BGB §§ 242 Cd, 307 Ba, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a; ZPO § 322 Abs. 1

a) Die Frage, ob die Geltendmachung einer Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich ist, richtet sich nicht nach § 8 Abs. 4 UWG, sondern nach § 242 BGB.

b) Die Rechtskraft der Entscheidung über den Unterlassungsanspruch hat grundsätzlich keine Bindungswirkung für die Frage, ob die Abmahnung begründet war.

c) Die Vorschriften der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB sind Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG.

BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 - I ZR 45/11 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2012 durch die Richter Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 24. Februar 2011 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Beklagten gegen die Verurteilung nach dem Klageantrag zu V (Abmahnkosten in Höhe von 1.192,60 € nebst Zinsen) zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien vertreiben über das Internet Ersatz- und Zubehörteile für geländegängige Kraftfahrzeuge. Der Kläger benutzt dafür die Internetseite "4x4 .de". Im Jahr 2008 kam es zu einer ersten gerichtlichen Auseinandersetzung der Parteien, nachdem der Beklagte den Domainnamen "4x4 .info" für sich hatte registrieren lassen.

2 Unter dem 21. Januar 2009 mahnte der Kläger den Beklagten wegen einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung und angeblich unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen ab. Am 17. Februar 2009 erwirkte der Kläger eine einstweilige Verfügung des Landgerichts München I gegen den Beklagten, die das Gericht durch Urteil vom 15. April 2009 bestätigte. Das Verfahren endete mit einer Unterwerfungserklärung des Beklagten vom 29. April 2009.

3 Am 3. April 2009 mahnte der Kläger den Beklagten erneut wegen seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab. Der Beklagte gab daraufhin unter dem 14. April 2009 eine Unterwerfungserklärung ab, in der er sich verpflichtete, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr als Unternehmer gegenüber Verbrauchern bei der Abgabe von Angeboten zum Abschluss von Fernabsatzverträgen und der Aufforderung zur Abgabe solcher Angebote eine Klausel zu verwenden, nach der dem Verkäufer "Mängel unverzüglich durch den Verbraucher innerhalb von zwei Wochen nach Ablieferung schriftlich per ..." zu melden seien. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung versprach der Beklagte eine Vertragsstrafe von 5.100 €.

4 Unter dem 25. September 2009 übersandte der Beklagte einem Kunden ein mit Rechnung/Lieferschein bezeichnetes Schreiben mit folgendem Text:

> Reklamationen müssen innerhalb zwei Wochen nach Wareneingang schriftlich erfolgen.

5 Zudem verwandte der Beklagte im November 2009 in den in seinem Internetauftritt angeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Nummer 4 folgende Klausel:

> Der Kunde hat die empfangene Ware unverzüglich auf Richtigkeit, Vollständigkeit, Transportschäden, offensichtliche Mängel, Beschaffenheit und Eigenschaft hin zu untersuchen und zu prüfen. Dem Verkäufer sind Mängel unverzüglich

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

> schriftlich ... zu melden. Wenn ein Packstück beschädigt ist oder fehlt, muss dies vom Anlieferer ... oder ... Speditionsfahrer schriftlich bestätigt werden.

6 Am 25. November 2009 mahnte der Kläger den Beklagten wegen vermeintlicher Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen in dessen Internetauftritt im Hinblick auf die Widerrufsbelehrung und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab.

7 Der Kläger hat geltend gemacht, der Beklagte habe die vereinbarte Vertragsstrafe von 5.100 € aus der Unterwerfungserklärung vom 14. April 2009 zweimal verwirkt, und zwar aufgrund des Schreibens vom 25. September 2009 und der Klausel unter Nummer 4 der im Internet im November 2009 angeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

8 Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger - soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung - die Zahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 10.200 € nebst Zinsen begehrt. Er hat weiter die Beanstandungen aus der Abmahnung vom 25. November 2009 zum Gegenstand eines Unterlassungsbegehrens gemacht (Klageanträge zu II bis IV) und die Zahlung der Abmahnkosten nach einem Streitwert von 50.000 € in Höhe von 1.379,80 € nebst Zinsen verlangt (Klageantrag zu V).

9 Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung der begehrten 10.200 € nebst Zinsen verurteilt und dem Unterlassungsbegehren nach den Klageanträgen zu II und III sowie im Wesentlichen auch nach dem Klageantrag zu IV stattgegeben. Die Abmahnkosten hat es dem Kläger nach einem Streitwert von 37.500 € in Höhe von 1.192,60 € nebst Zinsen zugesprochen.

10 Gegen die Verurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe und der Abmahnkosten hat der Beklagte Berufung eingelegt. Die Verurteilung zur Unterlassung

hat der Beklagte hingenommen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten im Hinblick auf die Verurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe von 10.200 € und der Abmahnkosten zurückgewiesen.

11 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte die vollständige Abweisung der Zahlungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

12 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

13 Der Beklagte habe zwei Verstöße gegen die Unterlassungserklärung vom 14. April 2009 begangen und dafür jeweils eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.100 € verwirkt. Die Einforderung der Vertragsstrafen sei nicht rechtsmissbräuchlich. Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 UWG beschränke sich auf gesetzliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Für vertragliche Ansprüche seien allein die allgemeinen Grundsätze des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB maßgeblich. Aus diesen ergäben sich höhere Anforderungen an das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs als nach § 8 Abs. 4 UWG. Die vom Beklagten aufgeführten Gesichtspunkte einer rechtswidrigen Mehrfachverfolgung, der Forderung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafen und der Annahme unverhältnismäßig hoher Streitwerte sowie der unterlassenen Geltendmachung abgemahnter Wettbewerbsverstöße könnten den Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen die geforderten Vertragsstrafen nicht begründen. Der Vortrag des Beklagten, die Klage diene nur dazu, ihn durch wirtschaftlichen Druck zur Übertragung des Domainnamens "4x4 .info" zu bewegen, nachdem die

Klage des Klägers auf Übertragung dieses Domainnamens rechtskräftig abgewiesen worden sei, genüge nicht für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs.

14 Auch hinsichtlich der vom Landgericht zugesprochenen Abmahnkosten bleibe die Berufung erfolglos. Eine etwaige Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung führe im vorliegenden Fall nicht zur Unbegründetheit der Klage auf Erstattung der Abmahnkosten. Der Beklagte habe die Verurteilung zur Unterlassung nicht mit der Berufung angefochten. Stehe im Verhältnis der Parteien fest, dass die zugesprochenen Unterlassungsansprüche gegeben seien, könne auch die Abmahnung nicht mehr rechtsmissbräuchlich sein.

15 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Beklagten ist zulässig (dazu II 1); in der Sache hat sie überwiegend keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat dem Kläger zu Recht einen Betrag von 10.200 € wegen zweifachen Verstoßes gegen die Unterlassungserklärung vom 14. April 2009 zugesprochen (dazu II 2). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hat indes die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von Abmahnkosten keinen Bestand (dazu II 3).

16 1. Die Revision des Beklagten ist - anders als die Revisionserwiderung meint - insgesamt zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision unbeschränkt zugelassen. Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keine ausdrückliche Beschränkung der Zulassung der Revision. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, dass sich eine Eingrenzung der Zulassung der Revision auch aus den Entscheidungsgründen ergeben kann (vgl. BGH, Urteil vom 12. November 2003 - XII ZR 109/01, NJW 2004, 1324). Das muss jedoch zweifelsfrei geschehen; die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 1991

- VI ZR 171/91, NJW 1992, 1039 f.; Urteil vom 18. Dezember 2008 - I ZR 63/06, GRUR 2009, 515 Rn. 17 = WRP 2009, 445 - Motorradreiniger; Urteil vom 22. April 2010 - I ZR 17/05, GRUR 2010, 1103 Rn. 15 = WRP 2010, 1508 - Pralinenform II). Das Berufungsgericht hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, die Zulassung der Revision erfolge im Hinblick auf zwei Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm und München und zur Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einforderung einer Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich sei. Aus dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich jedoch nicht mit der notwendigen Sicherheit, dass es die Revision nur beschränkt zulassen wollte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das Berufungsgericht nur die maßgeblichen Gründe für die Zulassung der Revision genannt, nicht aber eine Beschränkung der Revision zum Ausdruck gebracht hat.

17 2. Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Vertragsstrafen in dem zugesprochenen Umfang verwirkt sind und ihre Einforderung nicht rechtsmissbräuchlich ist.

18 a) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass auf der Grundlage der Unterlassungserklärung des Beklagten vom 14. April 2009 ein Unterlassungsvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist und der Beklagte die vereinbarte Vertragsstrafe von 5.100 € zweimal, und zwar durch die Verwendung der Reklamationsklausel in dem Schreiben vom 25. September 2009 und der weiteren Reklamationsklausel in Nummer 4 der im Internet im November 2009 bereitgehaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, verwirkt hat (§ 339 BGB). Dagegen erinnert die Revision auch nichts.

19 b) Die Geltendmachung des Vertragsstrafeanspruchs ist nicht nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig.

20 Der Anwendungsbereich von § 8 Abs. 4 UWG ist auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG beschränkt. Auf vertragliche Ansprüche, insbesondere Zahlungsansprüche, ist die Vorschrift weder direkt noch entsprechend anwendbar (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juni 2006 - I ZR 167/03, GRUR 2007, 164 Rn. 11 = WRP 2007, 67 - Telefax-Werbung II; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8 Rn. 4.8; Bergmann in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 307; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 448; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 8 Rn. 157; offengelassen in BGH, Urteil vom 15.12.2011 - I ZR 174/10 Rn. 38 - Bauheizgerät). Wesentliche Funktion des § 8 Abs. 4 UWG ist es, als Korrektiv der weit gefassten Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG zu wirken (vgl. zu § 13 Abs. 5 UWG aF BGH, Urteil vom 6. April 2000 - I ZR 76/98, BGHZ 144, 165, 168 f. - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; zu § 8 Abs. 4 UWG Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 281; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 13 Rn. 47a). Diese Gläubigermehrheit besteht aber nicht, wenn sich ein Wettbewerber gegenüber einem bestimmten Mitbewerber zu einer vertragsstrafebewehrten Unterlassung verpflichtet hat. Es stellt daher keine Regelungslücke dar, wenn die Erhebung derartiger Ansprüche nur durch die allgemeinen Grenzen des § 242 BGB beschränkt ist.

21 c) Die Frage, ob die Geltendmachung einer Vertragsstrafe aufgrund der Unterlassungserklärung eines Mitbewerbers rechtsmissbräuchlich ist, beurteilt sich somit nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Umstände, die im Rahmen des § 8 Abs. 4 UWG einen Rechtsmissbrauch begründen, können dabei herangezogen werden, soweit sie auch im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Vertragsstrafe stehen. Danach hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht den Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen die Forderung der Vertragsstrafen unter dem Blickwinkel der

rechtswidrigen Mehrfachverfolgung, der Forderung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafen, der Annahme unverhältnismäßig hoher Streitwerte und der unterlassenen Geltendmachung abgemahnter Wettbewerbsverstöße zurückgewiesen.

22 aa) Derartige Verhaltensweisen, die der gerichtlichen Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 8 Abs. 4 UWG entgegenstehen können (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005 - I ZR 300/02, GRUR 2006, 243 Rn. 16 = WRP 2006, 354 - MEGA SALE; Urteil vom 22. Oktober 2010 - I ZR 58/07, GRUR 2010, 454 Rn. 19 = WRP 2010, 640 - Klassenlotterie), können die Forderung von Vertragsstrafen nur ausschließen, soweit sie für die Abgabe der Unterwerfungserklärung ursächlich waren oder mit ihr jedenfalls im Zusammenhang stehen. Dabei wird teilweise angenommen, dass ein aufgrund missbräuchlicher Abmahnung abgeschlossener Unterwerfungsvertrag nach § 314 BGB aus wichtigem Grund gekündigt und der Geltendmachung von Vertragsstrafen schon vor der Kündigung der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegengehalten werden kann (vgl. OLG Hamm, GRUR-RR 2011, 196, 198 f.; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 4.6; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 479; vgl. auch Fezer/Büscher aaO § 8 Rn. 298). Im Streitfall ist der Frage, ob - und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen - der Einwand des Rechtsmissbrauchs einem Vertragsstrafeanspruch mit Erfolg entgegengehalten werden kann, wenn der ihm zugrundeliegende Unterlassungsvertrag aufgrund einer missbräuchlichen Abmahnung zustande gekommen ist, jedoch nicht nachzugehen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt kein Fall des Rechtsmissbrauchs vor. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

23 bb) Das Berufungsgericht hat die Verurteilung zur Zahlung von Vertragsstrafen aufrechterhalten, soweit sie auf der Unterwerfungsvereinbarung vom

14. April 2009 beruht. Die dieser zugrundeliegende Unterwerfungserklärung gab der Beklagte nach der Abmahnung des Klägers vom 3. April 2009 ab. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Kläger über keine andere Unterlassungserklärung des Beklagten im Hinblick auf den mit der Abmahnung vom 3. April 2009 aufgegriffenen Wettbewerbsverstoß (Pflicht zur unverzüglichen schriftlichen Mängelanzeige). Dieser Wettbewerbsverstoß ist auch nicht Gegenstand der vom Kläger erwirkten einstweiligen Verfügung des Landgerichts München I vom 17. Februar 2009 und des diese bestätigenden Urteils vom 15. April 2009 sowie der im Anschluss daran vom Beklagten am 29. April 2009 dem Kläger übersandten "Unterlassungserklärung anstatt Abschlusserklärung". Letztere beruhte zudem nicht auf einer Abmahnung des Klägers, sondern auf dem Bestreben des Beklagten, die Entscheidung des Landgerichts München I als endgültige Regelung anzuerkennen und dadurch ein Verfahren in der Hauptsache zu vermeiden.

24 Die von der Revision als missbräuchlich gerügte Forderung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafen, Annahme unverhältnismäßig hoher Streitwerte und unterlassene Geltendmachung abgemahnter Wettbewerbsverstöße beziehen sich demgegenüber auf die Abmahnung vom 25. November 2009 und auf die nachfolgende Klageerhebung. Dieses Verhalten konnte deshalb von vornherein keinen Einfluss auf die Abmahnung vom 3. April 2009 und den daraufhin erfolgten Abschluss des Unterlassungsvertrags im April 2009 haben. Auch von einer rechtsmissbräuchlichen Mehrfachverfolgung konnte jedenfalls bis zur Abgabe der Unterwerfungserklärung am 14. April 2009 keine Rede sein. Die Revision bezieht sich auch dafür in erster Linie auf die sehr viel spätere Abmahnung vom 25. November 2009.

25 cc) Das Berufungsgericht hat ferner ohne Rechtsfehler einen Rechtsmissbrauch im Hinblick auf den Vortrag des Beklagten verneint, die vorliegende

Klage diene nur dem sachfremden Ziel, ihn durch wirtschaftlichen Druck zur Übertragung des für ihn eingetragenen Domainnamens "4x4 .info" zu bewegen.

26 (1) Das Berufungsgericht hat - in Übereinstimmung mit dem Landgericht - angenommen, es sei nicht zu beanstanden, wenn sich der Kläger erst nach Beginn der Auseinandersetzung um den Domainnamen entschlossen habe, den Internetauftritt des Beklagten auf Wettbewerbsverstöße zu prüfen. Der Umstand, dass die Domainstreitigkeit Anlass hierzu gewesen sei, lasse nicht den Schluss zu, die nachfolgenden Abmahnungen hätten allein oder überwiegend dem Ziel gedient, den Beklagten durch Aufbau finanziellen Drucks doch noch zur Übertragung des Domainnamens zu zwingen. Insoweit könne nichts anderes gelten als für eine Abmahnung, die eine "Retourkutsche" auf eine vorherige Abmahnung des nun abgemahnten Mitbewerbers sei und bei der dieser Umstand allein nicht die Annahme rechtfertige, sie sei rechtsmissbräuchlich. Auch aus dem Vortrag in der Klageschrift und den Äußerungen des Klägervertreters in der Zeitschrift "T. I. " ergebe sich keine derartige Zielsetzung. Diese Würdigung des Berufungsgerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision wendet sich hiergegen auch nicht.

27 (2) Dem Berufungsgericht ist schließlich auch kein Rechtsfehler im Zusammenhang mit der Würdigung des - vom Kläger bestrittenen - Vortrags des Beklagten unterlaufen, der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe am 18. März 2009 im Verfügungsverfahren vor dem Landgericht München I erklärt:

> "Die Geschäftsbedingungen des Beklagten enthalten noch viele rechtswidrige Formulierungen. Ich werde immer wieder abmahnen. Weitere Abmahnungen unterbleiben nur, wenn Herr K. *(Beklagter)* seine Domainrechte nicht weiterverfolgt und den Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung ... zurücknimmt."

28 Nach Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigen diese Äußerungen nicht die Annahme, mit der Geltendmachung der Vertragsstrafe werde überwiegend das Ziel der Übertragung des Domainnamens verfolgt und nicht das Ziel, den Beklagten als Unterlassungsschuldner zur zukünftigen Beachtung seiner Verpflichtungen anzuhalten und den Kläger der Notwendigkeit des Schadensnachweises zu entheben. Zudem habe der Beklagte die Unterwerfungserklärung in Kenntnis der Äußerungen des Klägervertreters am 18. März 2009 abgegeben, weil ihm die Kenntnis seiner Prozessbevollmächtigten zuzurechnen sei. Er könne sich schon aus diesem Grund nicht auf einen Rechtsmissbrauch berufen. Auch diese Erwägungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

29 Mit der Unterwerfungserklärung soll in der Regel auch ein möglicher Streit zwischen Abmahnendem und Abgemahntem darüber vermieden werden, ob das beanstandete Verhalten wettbewerbsrechtlich unlauter ist und einen Unterlassungsanspruch begründet (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1996 - I ZR 194/95, BGHZ 133, 331, 333 - Altunterwerfung II; Urteil vom 10. Juni 2009 - I ZR 37/07, GRUR 2010, 167 Rn. 21 = WRP 2010, 100 - Unrichtige Aufsichtsbehörde). Dies gilt auch für die Frage, ob der Unterlassungsanspruch, der Gegenstand der Abmahnung vom 3. April 2009 ist, wegen Rechtsmissbrauchs gerichtlich nicht durchsetzbar ist. Da dem Beklagten die Kenntnis seiner Prozessbevollmächtigten von der Äußerung des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 18. März 2009 nach § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist, hat er die Unterwerfungserklärung vom 14. April 2009 in Kenntnis dieser Äußerung abgegeben und kann sich hierauf zur Begründung des Rechtsmissbrauchs nicht (mehr) berufen.

30 Entgegen der Ansicht der Revision ändert an diesem Ergebnis auch der Umstand nichts, dass der Einwand des Rechtsmissbrauchs von Amts wegen zu

berücksichtigen ist. Das hindert den Abgemahnten nicht, sich zur Streitbeilegung wirksam im Rahmen des Unterwerfungsvertrags zu verpflichten (vgl. zur Wirksamkeit eines Vergleichs BGH, Urteil vom 2. Juli 1999 - V ZR 135/98, NJW 1999, 3113). Andernfalls wäre eine außergerichtliche Streitbeilegung durch Abschluss eines Unterwerfungsvertrags für den Abmahnenden mit Unsicherheiten belastet, die dem Sinn und Zweck einer solchen Vereinbarung zuwiderliefen, eine gerichtliche Auseinandersetzung über den Unterlassungsanspruch zu vermeiden.

31 3. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers auf die vom Landgericht zuerkannten Kosten für die Abmahnung vom 25. November 2009 allerdings nicht bejaht werden.

32 a) Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG können Abmahnkosten ersetzt verlangt werden, soweit die Abmahnung begründet und berechtigt war. Begründet war die Abmahnung, wenn ihr ein Unterlassungsanspruch zugrunde lag (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 139/07, GRUR 2009, 502 Rn. 11 = WRP 2009, 441 - pcb). Dieser muss dem Gläubiger im Zeitpunkt der Abmahnung zugestanden haben (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2010 - I ZR 4/06, BGHZ 187, 231 Rn. 12 - Millionen-Chance II).

33 aa) Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass ein Aufwendungsersatzanspruch für rechtsmissbräuchliche Abmahnungen nicht besteht. Es meint aber, im Streitfall führe eine etwaige Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung nicht zur Unbegründetheit der Klage auf Erstattung der Abmahnkosten, weil der Beklagte seine Verurteilung zur Unterlassung nicht mit der Berufung angegriffen habe und deshalb im Verhältnis der Parteien auch die Abmahnung nicht als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden könne. Jedenfalls verhalte sich der Beklagte widersprüchlich, wenn er sowohl gegen den Unter-

lassungsanspruch als auch gegen den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten zunächst den Einwand des Rechtsmissbrauchs erhebe, dann aber die Verurteilung zur Unterlassung hinnehme und den Missbrauchseinwand allein gegen die Verurteilung zur Erstattung der Abmahnkosten aufrechterhalte.

34 bb) Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

35 (1) Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht angenommen, dass für den Rechtsstreit über den Ersatz der Abmahnkosten nicht schon aufgrund der Rechtskraft der Entscheidung über das Bestehen des Unterlassungsanspruchs davon auszugehen ist, dass die Abmahnung in dem Umfang begründet war, in dem das Landgericht dem Unterlassungsbegehren stattgegeben hat.

36 Zwar besteht eine der Wirkungen der Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO in der Bindung des Gerichts an die Vorentscheidung, wenn die im ersten Prozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfolge im zweiten Prozess eine Vorfrage darstellt. Die Bestimmung des § 322 Abs. 1 ZPO setzt aber der Rechtskraft eines Urteils bewusst in der Weise enge Grenzen, dass diese sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, das heißt die Rechtsfolge beschränkt, die den Entscheidungssatz bildet, nicht aber auf einzelne Urteilselemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen, auf denen die betroffene Entscheidung aufbaut (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 - I ZR 269/00, NJW 2003, 3058, 3059). Dementsprechend wird das Bestehen oder Nichtbestehen eines Unterlassungsanspruchs nicht dadurch präjudiziert, dass die Schadensersatzklage mangels Erweislichkeit der Verletzung rechtskräftig abgewiesen worden ist. Beide Ansprüche betreffen unterschiedliche Handlungen. Der Schadensersatzanspruch stützt sich auf die geschehene Verletzungshandlung, während es beim Unterlassungsanspruch um in der Zukunft liegende Verletzungs-

handlungen geht (vgl. BGH, Urteil vom 2. Mai 2002 - I ZR 45/01, BGHZ 150, 377, 383 - Faxkarte). Diese Überlegungen gelten entsprechend für das Verhältnis zwischen rechtskräftig zuerkanntem Unterlassungsanspruch und Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten. Mit dem Urteil über den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch wird eine Entscheidung über dessen Bestehen oder Nichtbestehen zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung getroffen, auf die das Urteil ergeht. Die Entscheidung über den Verbotsantrag besagt aber nichts über die Begründetheit des Unterlassungsanspruchs im Zeitpunkt der - regelmäßig vor Rechtshängigkeit erfolgenden - Abmahnung. Die Rechtskraft des Unterlassungsurteils erstreckt sich daher nicht auf das Vorliegen des Unterlassungsanspruchs im Zeitpunkt der vorprozessualen Abmahnung.

37 Für dieses Ergebnis spricht ein Vergleich mit der Rechtskraftwirkung von anderen Leistungsurteilen. So entfaltet die rechtskräftige Verurteilung zur Herausgabe zwar Bindungswirkung in einem Folgeprozess, für den es als Vorfrage darauf ankommt, ob die zur Herausgabe verurteilte Partei die Herausgabe verweigern darf. Diese Bindung besteht in zeitlicher Hinsicht aber allenfalls ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs im Vorprozess und nicht für die Zeit vor Rechtshängigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juli 2005 - X ZR 109/03, NJW 2006, 63, 64). Um das Bestehen des Unterlassungsanspruchs vor Rechtshängigkeit des Verbotsantrags geht es aber auch bei der Frage, ob die Abmahnung begründet ist.

38 Gegen eine Erstreckung der rechtskräftigen Entscheidung über den Unterlassungsanspruch auf den Prozess über den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten, in dem das Bestehen des Unterlassungsanspruchs zum Zeitpunkt der Abmahnung Vorfrage ist, sprechen auch prozessökonomische Gründe. Der Beklagte kann an der Frage, ob er zur Unterlassung verpflichtet ist, nur

geringes Interesse haben, etwa weil er das beanstandete Verhalten ohnehin nicht fortsetzen will, oder ihm kann das Prozesskostenrisiko im Hinblick auf eine Fortführung des Prozesses über das Unterlassungsbegehren in der Rechtsmittelinstanz zu hoch erscheinen, während er allein die Abwehr des Anspruchs auf Ersatz der Abmahnkosten weiterverfolgen will (vgl. auch BGHZ 150, 377, 383 - Faxkarte).

39 (2) Im Übrigen durfte das Berufungsgericht aber auch aus dem Umstand, dass der Beklagte seine Verurteilung zur Unterlassung nicht angegriffen hat, keine nachteiligen Folgerungen für den Missbrauchseinwand des Beklagten hinsichtlich der Abmahnkosten ziehen. Es ist grundsätzlich das Recht einer unterlegenen Partei, innerhalb der Grenzen der Rechtskraft ihr Rechtsmittel so zu beschränken, wie sie es für zweckmäßig hält. Der Beklagte hat in der Revisionsbegründung vorgetragen, er habe die Berufung allein im Hinblick auf das Kostenrisiko beschränkt. Da die Wettbewerbsverstöße, die den Vertragsstrafeforderungen zugrunde gelegen hätten, offensichtlich seien und ohnehin nicht hätten fortgesetzt werden sollen, habe er sich dazu entschlossen, den Antrag auf Abweisung des Unterlassungsbegehrens nicht weiterzuverfolgen. Das Berufungsgericht hat mit der gegenteiligen Würdigung, die Abmahnung könne nicht mehr als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden und der Beklagte habe sich widersprüchlich verhalten, diesem rechtsfehlerhaft den Einwand des Rechtsmissbrauchs im Hinblick auf den Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten abgeschnitten.

40 b) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts vermag der Senat die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung vom 25. November 2009 nicht abschließend selbst zu beurteilen. Von der erforderlichen umfassenden Feststellung aller Umstände, die für die Prüfung der Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit erheblich sind, hat das Berufungsge-

richt - von seinem Standpunkt folgerichtig - bisher abgesehen. Die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Abmahnkosten hat daher keinen Bestand (§§ 561, 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

41 III. Bei seiner neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben:

42 1. Sofern das Berufungsgericht einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nicht bereits unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs verneint, wird es feststellen müssen, ob dem Kläger zum Zeitpunkt der Abmahnung am 25. November 2009 ein Unterlassungsanspruch wegen der darin beanstandeten Verhaltensweisen gegen den Beklagten zustand. Ein solcher Anspruch kann sich im Streitfall aus § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit verschiedenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (etwa §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a, §§ 312c und d, §§ 355, 475 Abs. 1 Satz 1, § 477 BGB) ergeben.

43 a) Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Bestimmungen des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB über den Gewährleistungsausschluss, des § 477 Abs. 1 BGB über die Garantieerklärung und der §§ 312c, 355 BGB über die Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen Marktverhaltensregelungen (vgl. BGH, Urteil vom 31. März 2010 - I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 Rn. 24 ff. = WRP 2010, 1475 - Gewährleistungsausschluss im Internet zu § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB; Urteil vom 14. April 2011 - I ZR 133/09, GRUR 2011, 638 Rn. 22 = WRP 2011, 866 - Werbung mit Garantie zu § 477 Abs. 1 BGB; Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 66/08, GRUR 2010, 1142 Rn. 14 und 22 = WRP 2010, 1517 - Holzhocker zu §§ 312c, 355 BGB). Da es sich bei § 312d BGB lediglich

um eine spezielle Regelung des Widerrufsrechts des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen handelt, ist diese Vorschrift ebenso wie § 355 BGB eine Marktverhaltensregelung.

44 Der Kläger stützt die Abmahnung gegen Klauseln der Widerrufsbelehrung und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten teilweise auf Verstöße gegen §§ 312c und d BGB sowie § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG (etwa bei den unter 2 a bis c, 3 und 4 a und b sowie 4 e der landgerichtlichen Urteilsformel angeführten Klauseln). Zum Teil kommt aber auch eine Kontrolle anhand der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB in Betracht. Dies gilt etwa für die Klauseln:

> "Für einen Teil der Waren besteht keine Vorratshaltung, der Käufer hat kein Recht wegen zu langer Lieferdauer Ansprüche an ... zu stellen";
>
> "Ansprüche, insbesondere eine verschuldensunabhängige Haftung, ist ausgeschlossen. Für Schäden, die nicht an der Ware selbst entstanden sind, haftet der Verkäufer nur bei Vorsatz, bei grober Fahrlässigkeit des Inhabers, deren Erfüllungsgehilfen und bei schuldhafter Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit";
>
> "Nicht ersetzt werden jedoch Wertminderung des Kaufgegenstandes, entgangener Gewinn, Abschleppkosten und Wageninhalt sowie Ladung. Schadensersatzansprüche aus Unmöglichkeit der Leistung, Forderungsverletzung, Verschulden bei Vertragsschluss oder unerlaubter Handlung sind sowohl gegen den Verkäufer als auch gegen dessen Erfüllungs-/Verrichtungsgehilfen ausgeschlossen, soweit nicht vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln vorliegt".

45 b) Der Senat hat bislang nicht entschieden, ob auch die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB als Marktverhaltensregelungen anzusehen sind.

46 Diese Frage ist jedenfalls im Hinblick auf die Anwendung der Klauselverbote der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB auf die im Streitfall verwendeten Geschäftsbedingungen zu bejahen. Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen widerspricht regelmäßig den Erfordernissen fachlicher

Sorgfalt (vgl. BGH, GRUR 2010, 1117 Rn. 17 - Gewährleistungsausschluss im Internet). Die hier in Rede stehenden Verstöße gegen §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB sind auch geeignet, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu beeinflussen. Trotz ihrer Unwirksamkeit können Vertragsklauseln, die gegen Verbote des § 308 Nr. 1 BGB (unangemessene Annahme- oder Lieferfrist), § 307 BGB (unangemessene Benachteiligung durch pauschale Abbedingung verschuldensunabhängiger Haftung) und § 309 Nr. 7a BGB (Haftungsausschluss für fahrlässig verursachte Körperschäden) verstoßen, Verbraucher davon abhalten, berechtigte Ansprüche gegen den Verwender geltend zu machen.

47 Die Anerkennung dieser Bestimmungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG ist auch mit dem Unionsrecht vereinbar. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken hat in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt (vgl. Art. 4 der Richtlinie; EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - C-304/08, GRUR 2010, 244 Rn. 41 = WRP 2010, 232 - Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/ Plus Warenhandelsgesellschaft). Sie regelt die Frage der Unlauterkeit von Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern abschließend (EuGH, Urteil vom 23. April 2009 - C-261/07 und 299/07, Slg. 2009, I-2949 = GRUR 2009, 599 Rn. 51 - VTB/Total Belgium). Dementsprechend kann ein Verstoß gegen nationale Bestimmungen eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich nur noch begründen, wenn die betreffenden Regelungen - hier die Bestimmungen der §§ 307, 308 Nr. 1, § 309 Nr. 7a BGB - eine Grundlage im Unionsrecht haben (vgl. Erwägungsgrund 15 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG; vgl. auch BGH, GRUR 2010, 1117 Rn. 16 - Gewährleistungsausschluss im Internet). Das ist vorliegend der Fall. Die in Rede ste-

henden Klauseln haben ihre Grundlage in der Nr. 1 Buchst. a des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

48 Das Verbot des § 309 Nr. 7a BGB entspricht der Richtlinie 93/13/EWG. Nach Art. 3 Abs. 3 dieser Richtlinie enthält der Anhang eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können. Die Bestimmungen der §§ 307 und 308 Nr. 1 BGB finden in der Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG ihre unionsrechtliche Grundlage. Danach bestehen keine Zweifel, dass eine pauschale Abbedingung verschuldensunabhängiger Haftung des Verwenders im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers verursacht. Auch eine Klausel, die dem Verwender eine unbestimmt lange Frist für die Erbringung seiner Leistungen vorbehält und dadurch Schadensersatzansprüche oder Rücktrittsrechte der Kunden wegen Verzögerung der Lieferung ausschließen will, ist mit Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG unvereinbar. Die Anwendung von § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 308 Nr. 1 BGB auf eine solche Klausel steht mit dem Unionsrecht ebenfalls in Einklang.

49 2. Die Höhe der gegebenenfalls zu erstattenden Abmahnkosten wird das Berufungsgericht nach dem Verhältnis des Gegenstandswerts des berechtigten Teils der Abmahnung zum Gegenstandswert der gesamten Abmahnung, den das Landgericht mit 42.500 € (2 x 10.000 € und 9 x 2.500 €) ermittelt hat, zu bestimmen haben (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - I ZR 149/07, GRUR 2010, 744 Rn. 52 = WRP 2010, 1023 - Sondernewsletter). Das Landgericht, auf dessen Berechnung das Berufungsgericht stillschweigend Bezug genommen hat, hat der Berechnung der Abmahnkosten dagegen - unzutreffend - den aus seiner Sicht begründeten Teil des Gegenstandswerts der Abmahnung

zugrunde gelegt (37.500 €), und nach diesem Wert sowie einem 1,3-fachen Gebührensatz eine erstattungsfähige Gebühr von 1.192,60 € errechnet.

Büscher Pokrant Schaffert

Kirchhoff Löffler

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 22.07.2010 - 17 O 136/10 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 24.02.2011 - 2 U 104/10 -