

Reduzierter Streitwert bei teilweiser berechtigter Abmahnung

Eigener Leitsatz:

Bei einer nur teilweise berechtigten Abmahnung ist der zu Grunde zu legende Streitwert nicht in eine Quote aus berechtigter und berechtigter Abmahnung zu teilen. Vielmehr ist ein einheitlicher reduzierter Streitwert für den berechtigten Teil der Abmahnung anzunehmen.

Oberlandesgericht Stuttgart

Urteil vom 10.12.2009

Az.: 2 U 51/09

Oberlandesgericht Stuttgart

2. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

wegen Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung

vom 19. November 2009 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht ...,

Richter am Oberlandesgericht ...,

Richter am Oberlandesgericht ...

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der Vorsitzenden der 42. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 20.05.2009 g e ä n d e r t .

2. a) Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von der Forderung in Höhe von 555,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz hieraus seit dem 25.11.2008 durch Zahlung an die Rechtsanwälte W., ...straße, ..., E., freizustellen.

b) Im Übrigen wird die Klage unter gleichzeitiger Zurückweisung der weitergehenden

Berufung

a b g e w i e s e n .

3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen

a) im ersten Rechtszug

der Beklagte 62 %, die Klägerin 38 %

b) des zweiten Rechtszugs

der Beklagte 85 %, die Klägerin 15 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

5. Die Revision wird zugelassen zur Frage, wie im Falle einer teils unberechtigten, teils berechtigten Abmahnung die Höhe der Abmahnkosten ermittelt wird.

Gegenstandswert des Berufungsverfahrens: 651,80 €

G r ü n d e

I.

Die Berufung ist zulässig, sie hat der Sache nach in beschränktem Umfang Erfolg.

A

Zum einen wird auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Kurz und ergänzend:

Die Klägerin, Wettbewerberin des Beklagten auf dem Gebiet des Schulranzenvertriebs im Internet, macht Freistellung von Abmahnkosten aus einer Abmahnung vom 18.11.2008 (K 2 = Bl. 8 bis 14) wegen angeblich unzutreffender Widerrufsbelehrung von Kunden geltend.

Dabei ist unstreitig, dass die darin enthaltene – eine der dort vorgebrachten fünf Beanstandungen – Rüge hinsichtlich der Widerrufsbelehrung Kosten der Warenrücksendung zu Unrecht erhoben worden ist.

Das Landgericht sah die Abmahnung im Übrigen als berechtigt, das Anliegen der Klägerin auch nicht von rechtsmissbräuchlichem Abmahnunwesen geleitet an, führte jedoch die geltend gemachte 1,8-Geschäftsgebühr auf eine solche in Höhe von 1,3 zurück, da ein typischer und durchschnittlicher Fall betroffen sei, weshalb statt der begehrten Freistellung von Abmahnkosten in Höhe von 894,80 € samt Zinsen eine solche in Höhe von 651,80 € begehrt werden könne.

Dagegen wendet sich die Berufung des Beklagten, welche unter vertiefender Wiederholung seiner erstinstanzlichen Verteidigung weiterhin auf Klageabweisung abzielt.

B

1.

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs, der die Klage schon unzulässig machen würde (BGHZ 149, 371, 379 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung), verfängt nicht.

a) Zwar ist diese Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu beachten (BGH GRUR 2006, 243 [juris Tz. 15] – MEGA SALE; 2002, 715 [juris Tz. 32] – Scanner-Werbung). Danach muss der als Verletzte in Anspruch Genommene den Rechtsmissbrauch nicht ausdrücklich rügen; er muss aber dem Gericht die notwendigen Grundlagen für die Amtsprüfung verschaffen (Jestaedt in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. [2009], Kap. 20, 6; Bergmann in Harte/Henning, 2. Aufl. [2009], § 8, 309;

Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. [2007], Kap. 13, 54). Die Beweislast obliegt – im Freibeweis – dem Beklagten, der die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen hat (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. [2009], § 8, 425; Bergmann a.a.O. 309; Seichter in Ullmann jurisPK-UWG, 2. Aufl. [2009], § 8, 176).

b) Der Beklagte ist schon der ihm obliegenden Darlegungslast nicht gerecht geworden.

Er hat sich darauf beschränkt, den Einwand zu erheben und auf ein vor dem Senat geführtes anderes Verfahren mit der Klägerin zu verweisen. Diese Verweisung mag genügt haben, wenn dort der Rechtsmissbrauch wegen eines Abmahnunwesens festgestellt worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Senat hat den dort weit ausführlicher als hier begründeten Einwand geprüft und verworfen.

Darauf hat der dort abgemahnte, erstinstanzlich erfolgreich gewesene Beklagte anerkannt (2 U 24/09). Darauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

2.

Auch die Verteidigung, die Klägerin habe nach dem Gang der vorprozessualen Korrespondenz auf die Geltendmachung dieser Kosten verzichtet, greift nicht.

a) Ein Erlass/Verzicht kann nur ausnahmsweise angenommen werden, wenn sich aus der maßgeblichen Erklärung eindeutig ergibt, dass Rechtspositionen aufgegeben werden sollen (BGH ZOV 2009, 237 [Tz. 19]). An die Feststellungen eines Verzichts, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH NZG 2009, 948 [Tz. 15]; Grüneberg in Palandt, BGB, 68. Aufl. [2009], § 397, 6). Das Angebot zum Verzicht oder einer vergleichbaren Abrede muss unmissverständlich erklärt werden (BGH U. v. 26.10.2009 – II ZR 222/08 [Tz. 18]).

b) Der Beklagte hat mit seinem Schreiben vom 24.11.2008 auf die Abmahnung vom 18.11.2008 hin eine Erklärung abgegeben (K 3 = Bl. 15 bis 17), eine Zahlung von Abmahnkosten jedoch

abgelehnt, da das Vorgehen insgesamt rechtsmissbräuchlich sei und die Klägerin insoweit auf den Klageweg verwiesen. Wenn dann die Klägerin in ihrer Antwort vom 16.12.2008 (B 1 = Bl. 105) erklären ließ:

„Aus diesem Grunde erklären wir namens und in Vollmacht unserer Mandantin, daß die im Namen Ihres Mandanten unter dem 24.11.2008 abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung als klaglosstellend angenommen wird“,

so bezog sich die Annahme und Klaglosstellung nur auf die Unterlassungserklärung, nicht (auch) auf die Abmahnkosten. Ein Verzicht auf sie kann dieser Erklärung nicht entnommen werden.

3.

Berechtigung der Abmahnung:

a) Beanstandung (Abmahnzüge Ziff. 1 in K 2 = Bl. 13)

Das Fehlen einer Belehrung über den Beginn der Widerrufsfrist bei wiederkehrenden Leistungen

aa) Unstreitig ist, dass die Belehrung des Beklagten in seinem Internetauftritt (K 1 = Bl. 8) einen solchen Hinweis nicht enthalten hat. Die Klägerin erachtet einen solchen für geboten. Dies verneint der Beklagte, da er keine wiederkehrenden Leistungen gleichartiger Waren erbringe, sondern nur eine einmalige Leistung. Im Übrigen enthalte die Klage diesen Abmahnpunkt nicht. Und letztlich liege ein gedachter Verstoß unter der Spürbarkeitsschwelle des § 3 UWG. Die Klägerin hält entgegen, dass die Abmahnung insoweit schon deshalb begründet sei, weil sie – wie auch die Klage – darauf gestützt sei, dass der Internetauftritt des Beklagten auch die Aufklärung darüber vermissen lasse, dass die Widerrufsfrist (auch) nicht vor Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 BGB-InfoV und § 312 e Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 3 BGB-InfoV zu laufen beginne.

bb) (1) Gemäß § 312 d Abs. 2 BGB beginnt die Widerrufsfrist nicht vor Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c Abs. 2 BGB, bei der

Lieferung von Waren nicht vor dem Tage ihres Eingangs beim Empfänger, bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor dem Tag des Eingangs der ersten Teillieferung. Wiederkehrend ist eine Lieferung, wenn ein Vertrag über die mehrmalige Lieferung geschlossen wird (Saenger in Erman, BGB, 12. Aufl. [2008], § 312 d, 11). Bei gleichartigen Leistungen genügt der Empfang der ersten Teillieferung (BT-Drs. 14/2658 S. 43; Grüneberg in Palandt a.a.O. § 312 d, 4; Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. [2007], § 312 d, 22; Stadler in Jauernig, BGB, 13. Aufl. [2009], § 312 d, 8; allg. Medicus in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl. [2008], § 312 d, 3; Schulte-Nölk in Hk-BGB, 5. Aufl. [2007], § 312 d, 2). Ob die verordnungsgerechte Widerrufsbelehrung nur eine Obliegenheitsverletzung des Unternehmers darstellt mit der Folge, dass bei deren Nichterfüllung die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt (so Grothe in Bamberger/Roth a.a.O. § 355, 6 m.N.; offen gelassen in BGH ZGS 2006, 266 [Tz. 37]; anders: Rechtsanspruch: Grüneberg in Palandt a.a.O. § 355, 13; Medicus a.a.O. § 355, 9), kann auf sich beruhen. Setzt der Unternehmer die Muster der Anl. 2 zu § 14 BGB-InfoV ein, soll er den Anforderungen von § 355 Abs. 2 BGB entsprochen haben (Grothe a.a.O. § 355, 7; Saenger a.a.O. § 355, 12). Verwendet er aber einen eigenen Text, ergibt sich der notwendige Belehrungsinhalt aus § 355 Abs. 2 S. 1 BGB. Bereichsspezifisch zu beachtende Modifikationen finden sich in § 312 c Abs. 2 und (eben) § 312 d Abs. 2 BGB (Grothe a.a.O. 7; Saenger a.a.O. § 355, 9 und 12; Schulze in Hk-BGB a.a.O. § 355, 11; vgl. auch Grüneberg a.a.O. § 355, 14). Die Angaben, welche eine Belehrung zwingend enthalten müssen, werden für Fernabsatzverträge durch § 312 d Abs. 2 BGB erweitert (Grüneberg a.a.O. § 355, 14; Saenger a.a.O. § 355, 12; vgl. auch Stadler in Jauernig a.a.O. § 355, 6). Die Widerrufsbelehrung muss den Verbraucher „über seine Rechte“ belehren (Medicus a.a.O. § 355, 11 a), somit über sein Widerrufsrecht (§ 355 Abs. 2 S. 1 BGB).

(2) Ziel der Verbraucherschutzvorschriften ist, den Verbraucher zutreffend und klar über die gesetzlichen Rechte

zu belehren, die ihm nach der Gestaltung des Vertragsverhältnisses erwachsen können. Ist bei einem Angebot bei einem objektiv-typisierenden Ansatz ein Geschäftsabschluss denkbar, bei welchem einem Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht zusteht, so ist diese Belehrung zu erteilen; es kommt nicht darauf an, ob es überhaupt schon zu Abschlüssen im Anwendungsbereich dieses Widerrufsrechtes gekommen ist. Ist aber nach dem Geschäftsmodell das Entstehen eines bestimmten gesetzlichen Widerrufsrechtes ausgeschlossen, stellt das Unterlassen einer solchen Belehrung keine Verletzungshandlung und damit auch keinen Wettbewerbsverstoß dar. Die Belehrung muss nicht den für ein Vertriebssegment denkbaren Belehrungskatalog abbilden, sondern nur den denkbaren für das konkrete Vertriebsmodell. Auch die Klägerin zeigt nicht auf, dass nach der Art des Beklagtenangebotes Fälle denkbar seien, wonach durch Lieferwiederkehr eine Belehrung über eine erst bei der letzten Lieferung einsetzende Widerrufsfrist geboten wäre. Zwar mag eine 10er-Bestellung („10 von 10 verfügbar“) denkbar sein (vgl. Bl. 34 oben [„durch einfachen Mausklick und die Eingabe der entsprechenden Stückzahlen“]). Damit werden aber nach dem Geschäftsmodell nur gleichartige (Teil-) Lieferungen eröffnet, bei welchen insoweit keine völlige Identität verlangt wird, sondern nur eine Übereinstimmung in deren wesentlichen Teilen (Saenger a.a.O. § 312 d, 12 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 67, 389 [juris Tz. 21] zu einerseits Zeitungsabonnement oder dem wiederkehrenden Bezug von Kaffee und andererseits einem Vertrag über in gleichen Zeitabständen zu liefernde Bettwäschesortimente). Da nach dem typisierten Angebot auch die Klägerin keinen Fall einer Lieferung aus mehreren, nicht gleichartigen Teilen aufzuzeigen vermag, ist auch nicht insoweit zu belehren, das Unterlassen kein, auch kein von Konkurrenten rügbarer Verstoß. Auch darauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

cc) Die Abmahnung rügte aber auch, dass keine Widerrufsbelehrung dahin erteilt sei, dass die Widerrufsfrist nicht vor Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c

Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 BGB-InfoV sowie der Informationspflicht nach § 312 e Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 3 BGB-InfoV beginne (K 2 = Bl. 13). Die Beanstandung war insoweit zutreffend (vgl. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB; vgl. etwa Grüneberg a.a.O. BGB-InfoV Anl. 2, Gestaltungshinweise 3 b und c; ferner Medicus a.a.O. § 312 c, 5 und § 312 e, 12; Saenger a.a.O. § 312 c, 10 und § 312 e, 28; Stadler a.a.O. § 312 c, 5 und § 312 e, 8). Die Berufung verhält sich hierzu schon nicht. Der Beklagte hat seine geänderte Widerrufsbelehrung denn auch insoweit angepasst (K 3 = Bl. 16). Hinter dieser zumindest gebotenen belehrenden Aufklärung bleibt die Erstbelehrung zurück.

b) Beanstandung (Abmahnung Ziff. 3):

Kostentragungspflicht bei Warenrücksendungen

aa) Nach § 357 Abs. 2 S. 3 BGB dürfen, wenn ein Widerrufsrecht nach § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB besteht (Fernabsatzvertrag), dem Verbraucher die Kosten der Rücksendung vertraglich u.a. auferlegt werden, wenn die zurückzusendende Sache einen Betrag von 40,00 € nicht übersteigt. Die beanstandete Widerrufsbelehrung war dahin gefasst:

„Paketversandfähige Sachen sind auf unsere Gefahr zurückzusenden. Nicht Paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Sie haben die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten entspricht und wenn der Preis der zurückzusendenden Ware einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt ... Anderenfalls ist die Rücksendung für Sie kostenfrei.“

Die Klägerin beanstandet, dass die bloße Erwähnung in der Widerrufsbelehrung keine vertragliche Vereinbarung darstelle, weshalb für die Anwendung der Ausnahme nach der 40-Euro-Regel die Voraussetzung fehle (so schon Abmahnung K 2 = Bl. 13), damit der Belehrung deren Richtigkeit.

bb) Für den Inhalt des Vertrags ist in der Regel die Bestellung des Verbrauchers

maßgeblich (Hamburg OLG-Report 2008, 425 [juris Tz. 7]; Medicus a.a.O. § 357, 6; Masuch in MünchKomm-BGB, 5. Aufl.

[2007], § 357, 22; Schulze in Hk-BGB a.a.O. § 357, 4). Für die Vereinbarung genügt eine entsprechende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders (Grüneberg a.a.O. § 357, 6; Masuch a.a.O. 22; Stadler a.a.O. § 357, 5; Grothe a.a.O. § 357, 8; Saenger a.a.O. § 357, 9). Die Belehrung muss zudem klar und verständlich sein (OLG Hamburg a.a.O. [juris Tz. 7]).

cc) Diesen Anforderungen wird die Belehrung in ihrer Beanstandung nicht gerecht.

Denn eine solche, die 40-Euro-Ausnahme einschließende Belehrung setzt eine (vorherige) Vereinbarung dieser im Gesetz fakultativ eröffneten Kostenabwälzungsregel voraus. Sie kann nicht als Belehrung über die Widerrufsfolgen geschehen, da eine Belehrung einseitigen Charakter besitzt und nicht zugleich beansprucht, Vertragsangebotsbestandteil zu sein. Dies findet auch seine hinfällige Entsprechung in den Gestaltungshinweisen zur Musterbelehrung (siehe Grüneberg a.a.O. BGB-InfoV Anl. 2, Gestaltungshinweise, 8; Saenger zur BGB-InfoV Anl. 2 [a.F.], Gestaltungshinweis 7), wo zwar der sinngleiche Belehrungstext zur vom Beklagten verwendeten Formel vorgeschlagen wird, aber nur, wenn eine Übernahme der Versandkosten durch den Verbraucher auch vereinbart worden ist. Der Verbraucher, der die gesetzlichen Vertragsregeln zur Kenntnis nehmen will, wird diese in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Zusammenstellung der vom Verwender vorgegebenen Vertragsregeln vermuten. Er wird in Belehrungen, mit denen er die Aufklärung über gesetzlich vorgegebene Rechte und Folgen verbindet, nicht ein einseitiges Vertragsangebot zu seinem Nachteil erwarten. Der Hinweis des Beklagten auf das OLG Hamburg ergibt nichts anderes. Zwar scheint dort die abweichende) Kostenregel bei Rücksendungen unter „Widerrufsrecht nach ...“ und „Belehrungstext“ mit „Ausnahme vom Widerrufsrecht ...“ (OLG Hamburg a.a.O. [juris Tz. 9]) aufgenommen gewesen zu sein. Dies zwingt jedoch nicht zu der Annahme, dass das OLG Hamburg diese Verortung für eine vertragliche Vereinbarung grundsätzlich als ausreichend angesehen hätte, denn es hat die Belehrung und damit deren

Gesetzmäßigkeit schon an der mangelnden Klarheit und Eindeutigkeit scheitern lassen (OLG Hamburg a.a.O. [juris Tz. 8]).

c) Beanstandung (Abmahnzüge Ziff. 5), kein Hinweis darauf, dass der Unternehmer Zahlungsverpflichtungen innerhalb von 30 Tagen erfüllen muss und dass die Frist für ihn mit dem Empfang des Widerrufs beginnt

aa) Zutreffend ist der Ansatz, dass der Unternehmer nach § 357 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 286 Abs. 3 BGB mit der Pflicht zur Entgeltrückzahlung 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung ohne Mahnung in Verzug gerät (Grüneberg a.a.O. § 357, 4 b; Saenger a.a.O. § 357, 3; Stadler a.a.O. § 357, 3; Schulze a.a.O. § 357, 4). Darüber ist zu belehren (§ 312 c Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV; vgl. KG GRUR-RR 2008, 129 [juris Tz. 19 f]; allg. Grüneberg a.a.O. BGB-InfoV § 1, 1, insbes. 7; Schulte-Nölk a.a.O. § 312 c, 2).

bb) Diese notwendige Belehrung fehlt. Insoweit liegt eine Verletzungshandlung

auch vor.

d) Unstreitig ist die Abmahnzüge (dort Ziff. 2) wegen des unterlassenen Hinweises, dass Verbraucher für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung keinen Ersatz leisten müssen, zu Unrecht geschehen. Die Klägerin verfolgt diese Beanstandung nicht mehr.

e) Abmahnzüge (Ziff. 3):

Im Rahmen der Widerrufsbelehrung nicht darauf hinzuweisen, dass Sie die Kosten der Warenrücksendung tragen Soweit die Klägerin die Verletzung von § 357 Abs. 2 S. 2 BGB rügt, verfängt dies nicht. Der Beklagte hat – wie schon oben zu b), aa) dargestellt – Rücksenderegeln für den Fall des Widerrufs verfasst. Die Belehrung ist so aufgebaut, dass zunächst zur hier steitbetroffenen Frage Ausnahmen (Kostentragungspflichten des Verbrauchers) bezeichnet, abschließend aber die Grundregel (Kostentragungspflicht des Unternehmers) angeführt wird. Mit letzterem ist dem Anliegen der Klägerin Rechnung getragen. Eine beanstandungswürdige Intransparenz ergibt sich nicht,

zumal diese Fassung dem Gestaltungshinweis Nr. 8 (vormals Nr. 7) zur Musterwiderrufsbelehrung genau entsprochen hat. Zwar ist eine Belehrung auch in der Grundregel falsch, wenn diese durch unrichtige Ausnahmen eingeschränkt wird (siehe oben b)

aa)). Damit sind aber nicht zwei Abmahnungen berechtigt, da der Abgemahnte die Grundregel an sich achtet. Beanstandungswürdig ist nur die beschränkende Ausnahme.

Kommt sie nach erfolgreicher Abmahnung in Wegfall, so wird die beigestellte, dann einschränkungslos auftretende Grundregel automatisch richtig. Eine Berechtigung zu einer Doppelabmahnung ergibt sich danach nicht.

4.

Die aufgezeigten Beklagtenverstöße unterfallen auch § 4 Nr. 11 UWG (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O. § 4, 11.170; vgl. ferner etwa zu § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB und § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV: KG GRUR-RR 2008, 129 [juris Tz. 24]; zu § 357 Abs. 2 BGB: Senat B. v. 10.11.2008 – 2 W 62/08).

5.

Die Verstöße sind auch als spürbar gemäß § 3 UWG zu bewerten. Denn die zum Schutz des Verbrauchers gebotenen Informationen nach § 5 a Abs. 3 UWG gelten von Gesetzes wegen als wesentlich. Das bedeutet, dass im Regelfall bei Nichtbeachtung eines solchen Informationsgebots auch eine spürbare (wesentliche) Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher im Sinn des § 3 Abs. 2 UWG gegeben ist (Ullmann in jurisPK-UWG, 2. Aufl. [2009], § 3, 63; Köhler a.a.O. § 3, 149; Seichter in jurisPK-UWG a.a.O. § 5 a, 71; Senat a.a.O.). Die richtige Belehrung über ein Widerrufsrecht betrifft elementare Verbraucherschutzrechte (OLG Hamm U. v. 12.03.2009 – 4 U 225/08 [juris Tz. 34]; OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 56 [juris Tz. 15]). Anderes soll gelten für die im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsgebote in Bezug auf die kommerzielle Kommunikation (§ 5 a Abs. 4 UWG; vgl. Ullmann a.a.O. 65; ferner Seichter a.a.O. § 5 a, 72, der in Bezug auf § 5 a Abs. 4 UWG aber dafür hält, dass eine Erheblichkeitsschwelle gar

keine Rolle spielen). Der Verstoß 3 a) betrifft den Beginn des Widerrufsrechts; eine unzulängliche Belehrung darüber lässt Kunden unter Umständen glauben, ihnen stünde ein Widerrufsrecht nicht mehr zu. Damit verschafft sich der Beklagte einen ungerechtfertigten Bindungsgrad an Verträge, damit einen Vorsprung im Wettbewerb unter gleichzeitiger Benachteiligung der Verbraucher. Zwar ist die unzutreffende Ausnutzung einer Kostenabwälzungsregel (Verstoß 3 b) eher nachteilig, falls der Verbraucher einen Angebotsabgleich durchführen würde; doch auch hier wird nachhaltig in Verbraucherrechte eingegriffen und sich eine rechtlich unzulässige vorteilhafte Kostenstruktur verschafft. Nicht anders verhält es sich mit dem Verstoß 3 c. Der Verbraucher wird pflichtwidrig rechtsunkundig gehalten mit der Folge, dass die Belastungen des Unternehmers nicht oder zumindest deutlich weniger ausfallen, was einen nachhaltigen Wettbewerbsvorteil darstellt. Mithin kann allen Verstößen auch in ihrem materiellen Gehalt die Geeignetheit, die Interessen von Wettbewerbern und Verbrauchern spürbar zu beeinträchtigen, nicht abgesprochen werden.

6.

Danach ist festzustellen, dass die Klägerin selbst fünf Ausnahmetatbestände ausgewiesen hat, von denen im Ergebnis nur drei (oben 3 a, b und c) berechtigt waren. Diese teilweise Berechtigung der Abmahnung ist allerdings im Ansatz anders zu behandeln als vom Landgericht geschehen.

a)

aa) Bei der Abmahnung ist eine Kostenpauschale eines Verbandes auch dann in voller Höhe zu erstatten, wenn die Abmahnung nur teilweise berechtigt war (BGHZ 177, 253 [Tz. 50]; U. v. 11.03.2009 – I ZR 194/06 [Tz. 47] – Geldzurück-Garantie II; Bornkamm a.a.O. § 12, 1.99; Schmukle in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl. [2005], Anhang zu § 935, 35; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. [2007], Kap. 41, 96; Brüning

in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl. [2009], § 12, 86; Piper in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. [2006], § 12, 22).

bb) Im Prozess zwischen Wettbewerbern gilt: Die Abmahnung muss nicht in allen Punkten berechtigt sein. Es ist lediglich erforderlich, dass mit der Abmahnung überhaupt eine Wettbewerbshandlung gerügt wird, die wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist (Scharen in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. [2009], Kap. 11, 7). Deshalb ist es auch unschädlich, wenn der Gläubiger mit einer von ihm vorgeschlagenen Unterwerfungserklärung mehr fordert, als ihm zusteht; denn es ist Sache des Schuldners, aufgrund der Abmahnung die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erforderliche Erklärung abzugeben (BGH GRUR 2007, 607 [Tz. 24] – Telefonwerbung für „Individualverträge“; Hess in Ullmann a.a.O. § 12, 28; Gloy in Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl. [2005], § 75, 18). Selbst eine Abmahnung, die nur teilweise in der Sache berechtigt einen Wettbewerbsvorwurf erhebt, kann einen Erstattungsanspruch auslösen (Scharen a.a.O. 7; Büscher in Fezer, UWG [2005], § 12, 52 [dieser: in voller Höhe, allerdings mit Verweis auf Entscheidungen, bei denen die Klägerin ein Wettbewerbsverband war]). War eine anwaltliche Abmahnung mehrerer, verschiedener Handlungen aber nur partiell berechtigt, so besteht der Kostenerstattungsanspruch nur hinsichtlich des berechtigten Teils (arg. § 12 Abs. 1 S. 1: „soweit“; Hess a.a.O. 35; Scharen a.a.O. 8). Denn erfasst die Abmahnung etwa die tatsächlich begangene Wettbewerbshandlung nicht, so besteht kein Erstattungsanspruch (Schmukle a.a.O. 33). In den Fällen, in denen mit den Abmahnschreiben verschiedene Handlungen (etwa Werbeanzeigen unterschiedlichen Inhalts) beanstandet werden, sodass bezogen auf die Unterlassung unterschiedliche Streitgegenstände vorliegen, kann das hinsichtlich der aufgewendeten Rechtsanwaltskosten problemlos dahin verstanden werden, dass lediglich nach Maßgabe der jeweiligen Gegenstandswerte die Kosten der Tätigkeit des Rechtsanwalts (anteilig) zu ersetzen sind (Scharen a.a.O. 8, auch unter Verweis auf Frankfurt OLG-Report 2008, 849; diese Entscheidung lässt sich unschwer aber auch

dahin verstehen, dass nur nach dem Verhältnis von behaupteter und für begründet erachteter Verstoßzahl gequotelt worden ist, da es dort nur um zwei Verstöße ging, von denen nur einer für berechtigt angesehen worden ist, weshalb das OLG Frankfurt nur den hälftigen Gegenstandswert als Berechnungsgrundlage für die Abmahnkosten heranzog [Frankfurt a.a.O. {juris Tz. 26}]; Quotelung je nach der Zahl begründeter und unbegründeter Verstöße: Hess a.a.O. 35 und 35.1 [Aktualisierung 23.11.2009]; das von ihm für seine Meinung angeführte OLG Köln GRUR-RR 2006, 196 hat aber die Anwaltskosten entsprechend seiner Kostenquote aufgeteilt [OLG Köln, siehe Tenor I 2 und III und juris Tz. 3 und 39], was gerade für eine Quotelung nach Streitwertanteilen spricht; ebenfalls für die entsprechende Anwendung des § 92 ZPO: Kreft in Großkommentar, UWG [1991], Vor § 13, 164); so ebenfalls OLG Hamm U. v. 13.08.2009 – 4 U 71/09 [juris Tz. 31 i. V. m. 4]).

cc) Soweit der Beklagten vom Herkommen der Abmahnung vom Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag in der unberechtigten Abmahnung eine Schlechtgeschäftsführung sieht und ggf. aufrechenbare Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn annimmt, bewegt sich diese Erwägung innerhalb jener Rechtsfigur und nicht grundsätzlich außerhalb einer solchen denkbaren rechtlichen Einordnung. Denn bei schuldhafter Verletzung der Geschäftsführerpflichten ist ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung möglich (vgl. hierzu etwa Gehrlein in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. [2008], § 677, 19; Sprau in Palandt, BGB, 68. Aufl. [2009], § 677, 13). Mit der Regelung in § 12 Abs. 1 S. 2 UWG wurde zwar die Rechtsprechung nachvollzogen, die über die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag einen Aufwendungsersatzanspruch des Abmahnenden hergeleitet hat (BT-Drs. 15/1487 S. 25; Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. [2009], § 12, 1.77). Mit der Schaffung dieser Norm existiert aber nun ein eigenständiger und spezieller Anspruchstatbestand, der die allgemeinen Normen der Geschäftsführung ohne Auftrag verdrängt (Scharen in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. [2009], Kap. 11, 17; Büscher

in Fezer, UWG [2005], § 12, 44; vgl. auch Brüning in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl. [2009], § 12, 79; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. [2007], Kap. 41, 81). Danach gilt aber auch die spezialgesetzliche und insoweit herrschende Wertung, dass dem zu unrecht Abgemahnten im Regelfall – und davon abweichende Umstände sind vorliegend weder dargetan noch unter Beweis gestellt noch gar bewiesen – kein (Gegen-)Anspruch erwächst (etwa Bornkamm a.a.O. § 12, 169; Piper in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. [2006], § 12, 29 [a. E.]; Teplitzky a.a.O. Kap. 41, 76 f.; Büscher in Fezer a.a.O. § 12, 41; Spätgens in Ahrens, a.a.O. Kap. 6, 27 und Achilles in Ahrens a.a.O. Kap. 5, 9). Es bleibt danach nur bei der Frage, wie von den geltend gemachten Abmahnkosten der Teil, bzgl. dessen die Abmahnung auch nur berechtigt war, abzuschichten ist.

b) Zwar steht mit der Kostenquotierungsvorschrift von § 92 ZPO eine denkbare Gerechtigkeitsregel für die vorliegende Fallgestaltung zu Gebote. Allerdings besteht die Besonderheit, dass – allerdings bezogen auf nur eine Rüge – der Abmahnende über das Ziel hinausschießen darf, ohne seinen Kostenerstattungsanspruch zu verlieren; zudem ist es am Abgemahnten, die aufgrund einer Rügeschilderung von ihm rechtlich tatsächlich forderbare Unterwerfungserklärung von sich aus abzugeben und für den objektiv berechtigten Abmahnumfang auch die Abmahnkosten zu erstatten. Dies rechtfertigt, den Abmahnenden hinsichtlich der Abmahnkosten so zu stellen, als hätte er gleich und nur in berechtigtem Umfang abgemahnt.

c) Dies umgesetzt ergibt:

Die Abmahnung enthielt fünf Rügen und insoweit eine eigene Streitwertvorgabe

von 10.000,00 €, also 2.000,00 € je Rüge. Sie war im Umfang von drei Rügen berechtigt.

Da die Klägerin an ihre Streitwertvorgabe nicht gebunden ist und der Senat

2.500,00 € hat gelten lassen, ist danach auszugehen von

Gegenstandswert 7.500,00 € Geschäftsgebühr daraus: 512,00 € x 1,3 535,60 € Pauschale 20,00 € 555,60 €.

Eine Bindung an den Einsatzwert des 1,3-Fachen durch das landgerichtliche Urteil ist nicht eingetreten, da es sich selbst bei einer Anhebung auf den Faktor 1,8 nicht um eine Klageänderung handeln würde (BGH NJW 2004, 148 so zu einer neuen Schlussrechnung) noch eine Bindung an Parameter einer Forderungsherleitung besteht (arg. BGH FamRZ 1993, 676, 679). Die Klägerin hat aber schon nicht aufgezeigt gehabt, warum im vorliegenden Fall ein höherer Satz als der 1,3-fache angezeigt wäre.

d) Die Klägerin kann auch die bloße Freistellung von diesen Kosten verlangen (BGH U. v. 22.04.2009 – I ZR 14/07 [Tz. 31] – 0,00 Grundgebühr).

II.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 92, 708 Nr. 10, 711, 713, 542, 543 i.V.m. § 3 ZPO.

Der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens liegt bei 651,80 €, der Beschwer des Beklagten. Dabei ist zwar eine Nebenforderung betroffen (§ 4 ZPO). Wird sie von vornherein wie hier ohne Hauptforderung eingeklagt, ist sie aber selbst Hauptsache und bestimmt den Verfahrenswert (statt vieler Herget in Zöller, ZPO, 28. Aufl. [2010], § 4, 13). Der Gegenstandswert, aus dem sich die Höhe der Abmahnkosten schöpft, bestimmt im Falle der Klage auf die reinen Abmahnkosten aber nicht den Streitwert, wie vom Landgericht ersichtlich angenommen (vgl. dort Bl. 69). Der Gegenstandswert richtet sich nur nach dem Abmahnkostenbetrag. Dass Freistellung begehrt wird, ändert an der Wertbemessung nichts, es bleibt vielmehr beim Wert der Forderung, von der freigestellt werden soll (BGH NJW-RR 1990, 958; Herget a.a.O. § 3, 16 „Befreiung“). Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen im Umfang der (Teil)Zulassung vor. Eine höchstrichterliche Klärung erscheint im Hinblick auf den

Streit in der Literatur und insbesondere der Divergenz zur Entscheidung des OLG Hamm geboten (vgl. oben Ziff. 6 a-c). Zwar ist damit kein selbstständiger Streitgegenstand betroffen, der einem Teil- oder Zwischenurteil zugeführt werden könnte. Dies ist für eine Teilzulassung auch nicht – auch nicht die Grundurteilsfähigkeit – erforderlich (Ball in Musielak, ZPO, 7. Aufl. [2009], § 543, 13; Heßler in Zöller, ZPO, 28. Aufl. [2010], § 543, 19 und 26a; a. A. Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. [2009], § 543, 8; BGH NJW 2005, 664 [A I.]).

Ungeachtet dessen liegt die Fallgestaltung vor, dass über die Abmahnkosten ein Grundurteil hätte ergehen können; nur im Bereich der Höhe trägt sich der höchstrichterlich zu klärende Streit denn zu.