

Unzulässigkeit von „Zirka-Lieferfristen“

Eigener Leitsatz:

Weisen die Vertragsbedingungen eines Online- bzw. eBay-Shops hinsichtlich der Lieferbedingungen die Klausel „angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ auf, so ist diese wettbewerbswidrig und kann einen Unterlassungsanspruch begründen. Mit einer solchen Klausel werden verbindliche Lieferzeiten abgesprochen. Daran ändert auch der Klammerzusatz „Zirka-Fristen“ nichts. Dem Käufer muss es möglich sein, bei Angaben von Lieferfristen auf diese vertrauen zu können. Die tatsächliche Lieferzeit darf nicht in das Belieben des Verkäufers gestellt werden.

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 18.09.2012

Az.: I-4 U 105/12

Tenor:

Die Klage nach dem Klageantrag zu 9. wird abgewiesen. Im Übrigen verbleibt es beim Tenor des angefochtenen Urteils.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 24 % und die Beklagte 76 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Klägerin vertreibt mit Leinsamen gefüllte Wärmepantoffeln, welche sie auch selbst herstellt. In erster Instanz ist unstreitig gewesen, dass die Beklagte verschiedene Artikel, darunter auch mit Traubenkernen gefüllte Wärmepantoffeln, über die Internetplattform eBay und in ihrem Online-Shop *Internetadresse* vertreibt.

Mit Schreiben vom 16.12.2010 mahnte die Klägerin die Beklagte u.a. wegen folgender Klausel ab:

„Angaben über die Lieferfrist sind unverbindlich, soweit nicht ausnahmsweise der Liefertermin verbindlich zugesagt wurde.“

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2010 gab die Beklagte eine Unterlassungserklärung u.a. im Hinblick auf die dargestellte Lieferfrisklausel ab und verpflichtete sich, für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von 3.500,- € zu zahlen.

Spätestens am 29.12.2010 (Anlage FN6) nutze die Beklagte in ihrem eigenen Online-Shop und auf der Verkaufsplattform eBay erneuerte Vertragsbedingungen, in denen es u.a. heißt:

„(...) Lieferbedingungen (...)

Sollte ein bestellter Artikel nicht lieferbar sein, weil wir von unserem Lieferanten ohne unser Verschulden trotz dessen vertraglicher Verpflichtung nicht beliefert werden, sind wir zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt. In diesem Fall werden wir den Kunden unverzüglich darüber informieren, dass die bestellte Ware nicht mehr verfügbar ist und etwaige schon erbrachte Leistungen unverzüglich erstatten.

Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur annähernd vereinbart (Zirka-Fristen).

(...)

(...) Widerrufsrecht (...)

Für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Ware entstandene Verschlechterung müssen Sie keinen Wertersatz leisten, wenn wir Sie nicht rechtzeitig vor Abgabe Ihrer Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise über die Wertersatzpflicht und eine Möglichkeit zu ihrer Vermeidung unterrichtet haben und auch nicht unseren Informationspflichten gemäß Art. 246 § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB nachgekommen sind.“

Die Klägerin macht Zahlungsansprüche aufgrund vermeintlich verwirkter Vertragsstrafen, wobei sie Verrechnungen mit Gegenforderungen der Beklagten aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen vornimmt, sowie Unterlassungsansprüche und Abmahnkosten geltend.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien und der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben.

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 3.555,81 € aus § 340 S. 1 BGB i.V.m. dem Unterlassungsvertrag vom 27.12.2010. Die Klausel „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur als annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ verstoße gegen Nr. 4 des Unterlassungsvertrages, da diese Klausel kerngleich mit der vereinbarungsgemäß zu unterlassenden Klausel sei. Prägend sei für beide Klauseln, dass Angaben über die Lieferzeitpunkte für die Beklagte nicht verpflichtend seien, d.h. dass sie sich bzgl. solcher nicht verbindlich festlegen wolle. Sie halte sich vielmehr die Möglichkeit offen, die Frist – wenn auch nur in einem bestimmten Rahmen – einseitig zu Lasten des Verwendungsgegners zu ändern. Es könne in diesem

Zusammenhang dahinstehen, ob die Verwendung einer solchen Klausel rechtswidrig sei. Auf diesen Einwand komme es im Rahmen einer abgegebenen Unterlassungserklärung nicht an. Das Verschulden werde vermutet. Eine Entschuldigung sei nicht ersichtlich, auch wenn der Beklagtenvertreter die Verwendung der Klausel für unbedenklich gehalten habe. Es seien auch zwei Vertragsstrafen von je 3.500,- € verwirkt, weil es sich bei der Verwendung der Klauseln zum einen bei eBay und zum anderen im Online-Shop um zwei Verstöße handele.

Nach Erklärung der Aufrechnung gegen die Forderungen der Beklagten in Höhe von insgesamt 3.444,19 € verbleibe der ausgerichtete Betrag von 3.555,81 €.

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen weiteren Zahlungsanspruch von $2 \times 2 \times 3.500,- \text{ €} = 14.000,- \text{ €}$. Dies ergebe sich aus den Angeboten der Beklagten bei eBay und in ihrem online-Shop vom 09.03.2011 und 05.04.2011. Zwar werde nicht durch jeden Einzelakt eine Vertragsstrafe verwirkt. Allerdings dürfe auf der anderen Seite bei der Auslegung des Vertragsstrafeversprechens das Interesse des Unterlassungsgläubigers an der Durchsetzung der vom Schuldner übernommenen Verpflichtung nicht außer Acht gelassen werden. Bei einer mehrfachen bewussten Verletzung der übernommenen Verpflichtung durch verschiedene Einzelakte verbiete sich in der Regel eine Zusammenfassung zu einem einzelnen Verstoß. Solche bewussten Verstöße lägen hier vor, weil die Beklagte die Verwendung der fraglichen Lieferfrisklausel trotz der Schreiben der Klägerin vom 29.12.2010 und vom 09.03.2011 fortgesetzt habe. Einer solchen Auslegung steht auch nicht die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe entgegen.

Wegen dieser Klausel stehe der Klägerin auch ein Unterlassungsanspruch zu. Die Aktivlegitimation liege vor, weil die Klägerin Mitbewerberin der Beklagten sei. Die Beklagte habe mit der Klausel gegen § 308 Nr. 1 BGB, eine Marktverhaltensregelung, verstoßen. Hiernach wäre eine Klausel, mit der Liefertermine nur als annähernd vereinbart

gelten würden und unverbindlich seien, verboten. Insbesondere werde der Zirka-Zusatz hier nicht in Verbindung mit kalendermäßigen Angaben benutzt. Außerdem komme diesem Zusatz keine eigenständige Regelung zu.

Die Klägerin habe auch einen Anspruch auf Unterlassung der Klausel „(...) Sollte ein bestellter Artikel nicht lieferbar sein, weil wir von unserem Lieferanten ohne unser Verschulden trotz dessen vertraglicher Verpflichtung nicht beliefert werden, sind wir zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. In diesem Fall werden wir den Kunden unverzüglich darüber informieren, dass die bestellte Ware nicht mehr verfügbar ist und etwaige schon erbrachte Leistungen unverzüglich erstatten“, soweit diese auf der Verkaufsplattform eBay verwendet werde. Die Klausel verstoße gegen § 308 Nr. 3 BGB, da sie der Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten und damit unzulässigen Rücktrittsgrund gebe. Dies gelte gerade vor dem Hintergrund der – gerichtsbekannten – Regelung in § 9 Abs. 4 der eBay-AGB, die von allen Benutzern des Marktplatzes akzeptiert werden müsse, wonach der Verkäufer in der Lage sein müsse, dem Käufer die angebotene Ware unverzüglich nach Vertragsschluss zu übereignen.

Die Klägerin habe auch einen Anspruch auf Unterlassung der Klausel „Für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Ware entstandene Verschlechterung müssen Sie keinen Wertersatz leisten, wenn wir Sie nicht rechtzeitig vor Angabe ihrer Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise über die Wertersatzpflicht und eine Möglichkeit zu ihrer Vermeidung unterrichtet haben und auch nicht unseren Informationspflichten gemäß Art. 246 § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB nachgekommen sind.“ Die Verwendung dieser Klausel verstoße aufgrund ihres letzten Halbsatzes gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Es sei für den Verbraucher unklar und nicht verständlich, welche zusätzlichen Voraussetzungen sich aus der Bezugnahme auf Art. 246 § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB ergäben. Außerdem würde dem

Verbraucher der Eindruck vermittelt, er müsse grundsätzlich Wertersatz leisten und wäre nur unter bestimmten Voraussetzungen davon befreit.

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von restlichen Abmahnkosten aufgrund der Abmahnung vom 16.12.2010 von 208,- €. Denn bei der Verwendung der abgemahnten Klausel „Angaben über die Lieferfrist sind unverbindlich, soweit nicht ausnahmsweise der Liefertermin verbindlich zugesagt wurde“ handele es sich ebenfalls um einen wettbewerbsrechtlich relevanten Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB. Ob die Abmahnung berechtigt gewesen sei, könne sogar dahinstehen, da die Beklagte den Anspruch dem Grunde nach anerkannt habe, indem ihr Prozessbevollmächtigter mit Schreiben vom 18.03.2011 erklärt habe, dass man den Anspruch grundsätzlich als berechtigt ansehe. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte diese mangels Vorlage einer Originalvollmacht gemäß § 174 S. 1 BGB unverzüglich zurückgewiesen habe. Denn diese Vorschrift sei nur bei einseitigen Rechtsgeschäften anwendbar; bei der Abmahnung handele es sich aber nur um eine geschäftsähnliche Handlung. Die Höhe der Abmahnkosten von 859,80,- € sei auf der Grundlage eines Streitwerts von 20.000,- € schlüssig dargelegt. Nach Abzug der bereits gezahlten 651,80 € verbleibe der ausgerichtete Betrag von 208,- €. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin diesen Betrag bereits an ihre Prozessbevollmächtigten gezahlt habe. Nachdem die Beklagte die ihr gesetzte Frist fruchtlos habe verstreichen lassen, könne die Klägerin nunmehr gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern.

Die Klägerin könne weitere Abmahnkosten von 302,10 € verlangen. Auch die Abmahnung vom 29.12.2010 sei berechtigt gewesen. Die Verwendung der streitgegenständlichen Klausel mit dem Wortlaut „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ stelle eine unlautere geschäftliche Handlung

dar. Auch die Höhe sei nach einem Streitwert von 3.500,- € angemessen.

Die für das anwaltliche Schreiben vom 09.03.2011 geltend gemachten Rechtsanwaltskosten von 755,80 € stünden der Klägerin nicht zu. Die in diesem Schreiben enthaltene Abmahnung sei entbehrlich gewesen, weil sie sich gegen die gleiche neue Lieferfrist-Klausel gerichtet habe wie die zuvor ausgesprochene Abmahnung. Die Einforderung der verschiedenen Vertragsstrafen und der Kostenerstattungsansprüche seien nicht vergütungspflichtige Nebentätigkeiten.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien selbständige Berufungen eingelegt.

Die Beklagte begehrt weiterhin Abweisung der Klage.

Im Hinblick auf den Antrag zu 1) betreffend den Vertragsstrafenanspruch ist sie der Ansicht, die neue Klausel „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur als annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ sei nicht kerngleich mit der alten Klausel „Angaben über die Lieferfrist sind unverbindlich, soweit nicht ausnahmsweise der Liefertermin verbindlich zugesagt wurde“. Der Ansatz des Landgerichts, den Anspruch unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten „Kerntheorie“ zu prüfen, sei richtig – das Ergebnis jedoch unzutreffend. Die Auffassung des Landgerichts laufe darauf hinaus, jede Formulierung zur Lieferfrist, die über die Festlegung „verbindlich“ hinausgehe, als Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 27.12.2010 anzusehen. Dies sei durch die Kerntheorie nicht gedeckt. Das Unterlassungsversprechen vom 27.12.2010 beziehe sich zu Ziffer 4 nicht auf abstrakt formulierte Merkmale, sondern die Beklagte habe sich damit verpflichten wollen, es zu unterlassen, Angaben über Lieferfristen in jedem Fall als völlig unverbindlich, also ohne jede Terminsverpflichtung, zu behandeln, soweit ein Liefertermin nicht im Einzelfall verbindlich zugesagt worden sei. Demgegenüber besage die

anschließend verwandte Klausel etwas ganz anderes. Danach sollten Lieferfristen nur einen Richtwert darstellen und als annähernd vereinbart gelten (Zirka-Fristen). Daraus ergebe sich durchaus eine terminliche Verpflichtung, die es dem Verbraucher ermögliche, das Ende der Leistungsfrist zu ermitteln. Dies sei etwas ganz anderes als eine völlig unverbindliche Lieferfrist, die überhaupt keine Terminverpflichtung enthalte.

Auch ein Vergleich des Wortlauts der beiden Klauseln ergebe keine etwa nur marginalen Abweichungen. Im ersten Fall sei es um völlig unverbindliche Lieferfristen gegangen und im zweiten Fall um durchaus verbindliche Angaben, nämlich Zirka-Fristen. Deren Angabe sei zulässig und für sie gebe es auch einen sachlichen Grund.

Unzutreffend sei die Annahme des Landgerichts, bei beiden Klauseln sei prägend, dass Angaben über Lieferzeitpunkte für die Beklagte nicht verpflichtend seien. Denn im Fall der anschließend verwandten Klausel seien diese Angaben verpflichtend. Diese Klausel ermögliche der Beklagten nicht, verbindlich vereinbarte Fristen einseitig zu Lasten des Käufers zu ändern.

Ob die Beklagte einen etwa verbindlich und fix vereinbarten Liefertermin einseitig zu Lasten des Käufers abändern könnte, sei in diesem Zusammenhang, nämlich im Zusammenhang mit der Frage, ob die Klausel mit der früheren Klausel inhaltsgleich sei und deswegen die versprochene Vertragsstrafe verwirkt sein könnte, überhaupt nicht zu prüfen, sondern allenfalls im Zusammenhang mit der Frage, ob diese Klausel ebenfalls unzulässig sei.

Das Ergebnis der fehlenden Kerngleichheit werde auch durch eine interessengerechte Auslegung des Vertragsstrafeversprechens belegt. Die – geänderte – Klausel habe den Sinn, mit ihrer Formulierung gerade nicht eine Formulierung, auch nicht im Kern, zu wiederholen, zu deren

Unterlassung sich der Schuldner zuvor verpflichtet habe. Deshalb sei die Klausel mit einem völlig unverbindlichen Liefertermin nicht wiederholt worden, sondern so formuliert worden, dass dem Verbraucher die Bestimmung des Endes der Leistungspflicht möglich sei. Dies entspreche auch dem Interesse des Gläubigers. Er könne, wenn er weiterhin der Auffassung sei, dass die Klausel unzulässig sei, auch gegenüber der neuen Klausel einen Unterlassungsanspruch verfolgen.

Fehlerhaft sei auch die Annahme des Landgerichts, die Beklagte habe durch die Verwendung der streitgegenständlichen Lieferfrist-Klausel am 29.12.2010 zwei Vertragsstrafen in Höhe von je 3.500,- € verwirkt. Die Entscheidung, ob nach dem Inhalt des Unterlassungsvertrages ggf. mehrere Verstöße zu einer rechtlichen Einheit zusammenzufassen seien, könne nur nach einer Vertragsauslegung im Einzelfall getroffen werden. Einen bestehenden Fortsetzungszusammenhang würden allerdings weder Abmahnungen noch die Einreichung einer Klage unterbrechen. Vorliegend ergebe sich, dass nach Sinn und Zweck die Vertragsstrafe auch in Fällen, in denen nicht ohnehin von einer natürlichen Handlungseinheit auszugehen sei, nicht für jede einzelne Tat verwirkt sei. Vielmehr seien die einzelnen Taten, soweit sie sich als rechtliche Einheit darstellten, jeweils als eine einzige Zuwiderhandlung zu behandeln.

Auch habe sich der Angriff der Klägerin stets gegen die Verwendung der gleichen AGB bei eBay und dem Online-Shop gerichtet. Dies sei bereits Gegenstand der ersten Abmahnung gewesen. Schon hier habe die Klägerin die Verstöße ohne Differenzierung zwischen eBay und Online-Shop zusammengefasst geltend gemacht und eine Vertragsstrafe in Höhe von 3.500,- € für angemessen gehalten. Es sei unzutreffend, wenn das Landgericht auf die Ansprache unterschiedlicher Käuferkreise abstelle.

Aufgrund der ersten Abmahnung habe die Beklagte aufgrund eines einheitlichen Entschlusses die neue Klausel in beiden

Bereichen, eBay und Online-Shop, verwendet. Es gebe auch kein besonderes Sicherungsbedürfnis, das einer solchen Annahme entgegenstehen würde. Das folge schon daraus, dass die Klägerin die Klausel einheitlich angegriffen habe. In diesem Zusammenhang sei auch von Bedeutung, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung beim Landgericht überhaupt keine Waren mehr bei eBay oder im Online-Shop angeboten habe.

Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte in jedem „Einzelfall“ stets die absolut gleiche Formulierung der Klausel, sowohl nach Wortlaut als auch nach Zeichensetzung, gebraucht habe.

Hinsichtlich der Vertragsstrafenansprüche aus den Anträgen zu 2) und 3) könne nicht der Auffassung des Landgerichts gefolgt werden, dass sich eine Zusammenfassung zu einem einzigen Verstoß bei mehrfacher bewusster Verletzung der übernommenen Verpflichtung verbiete, weil die Beklagte die Verwendung der fraglichen Lieferfrisklausel trotz der Schreiben der Klägerin vom 29.12.2010 und 09.03.2011 fortgesetzt habe. Es fehle bereits an einer bewussten Zuwiderhandlung. Richtig sei allein, dass die Beklagte – anwaltlich beraten – die Auffassung vertreten habe, die Verwendung der von ihr anschließend verwandten Lieferfrisklausel sei zulässig und verstoße nicht gegen das Vertragsstrafeversprechen. Sofern diese Auffassung nicht richtig sei, handele es sich um einen Rechtsirrtum, aus dem sich allenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf ergeben könne. Hinsichtlich der erneuten Abmahnung vom 09.03.2011 komme noch hinzu, dass die Veröffentlichung vom gleichen Tag zum Zeitpunkt des Zugangs dieses Schreibens bereits geschehen gewesen sei. Das Schreiben könne nicht als Begründung dafür dienen, die Beklagte habe sich über die Unterlassungsverpflichtungserklärung bewusst hinweggesetzt. Es treffe weiterhin nicht zu, dass die hier vereinbarte Vertragsstrafe von 3.500,- € eher niedrig angesetzt sei. Unstreitig bedeute diese Höhe eine enorme

wirtschaftliche Belastung für die Beklagte. Die Beklagte betreibe unstreitig ein kleines Unternehmen, das mit – ausschließlich – Online-Geschäften einen Jahresumsatz „von wenigen Einhunderttausend „DM““ erziele, keine Angestellten beschäftige und einen Jahresgewinn erwirtschafte, der weit unter dem Betrag der verlangten Vertragsstrafe liege.

Der Antrag zu 4) sei unbegründet. Ein Unterlassungsanspruch scheitere schon an der fehlenden Aktivlegitimation. Die Klägerin habe jedenfalls zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 16.02.2012 keine Waren mehr über das Internet vertrieben, weder im Online-Shop noch über eBay. Dies habe die Klägerin nicht substantiiert bestritten. Auch handele es sich bei § 305 ff BGB nicht um Marktverhaltensregelungen. Denn nicht jede Verbraucherschützende zivilrechtliche Norm sei zugleich dazu bestimmt, das Marktverhalten zu regeln. Auch verstoße die in Rede stehende Klausel nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB. Zirka-Fristen seien wirksam. Hieraus könne der Kunde die Leistungszeit ermitteln. Es könne eine feste Größe für den Spielraum abgeleitet werden. Der Klammerzusatz belege gerade die Beschränkung, die sich die Beklagte mit der Verwendung dieser Klausel selbst auferlegt habe, nämlich die Lieferung eines Zeitraums, der noch als „Zirka“ angesehen werden kann.

Auch der Unterlassungsantrag zu 9) sei unbegründet. Soweit das Landgericht seine Ansicht auf § 9 Abs. 4 der eBay AGB stütze, komme dies nicht in Betracht, weil diese unmittelbare Wirkung nur im Verhältnis zwischen eBay und dem Nutzer, nicht jedoch zwischen dem Verkäufer und dem Käufer entfalte. Im Übrigen treffe der Hinweis des Landgerichts auf § 9 Abs. 4 der eBay AGB nicht zu. Der Verkäufer müsse nicht in jedem Fall in der Lage sein, dem Käufer die angebotene Sache unverzüglich nach Vertragsschluss zu übereignen. In Satz 2 der Klausel heiße es: „Ausnahmen von dieser Verpflichtung finden Sie im Grundsatz für Lieferzeiten.“

Auch der Unterlassungsantrag zu 10) betreffend die Klausel zur Wertersatzpflicht im Widerrufsfall sei unbegründet. Diese

Klausel verstoße nicht wegen ihres letzten Halbsatzes gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, denn sie sei klar und verständlich. Sie entspreche zunächst dem Wortlaut der Muster-Widerrufsbelehrung. Die Klausel enthalte auch keine doppelte Negierung, die die tatsächliche Rechtslage verschleierte. Dem Verbraucher werde nicht der Eindruck vermittelt, er müsse grundsätzlich Wertersatz leisten und wäre nur unter bestimmten Voraussetzungen davon befreit. Es sei ausdrücklich klargestellt, dass der Verbraucher dann keinen Wertersatz zu leisten habe, wenn er mit der Ware nicht in einer Weise umgehe, die über die Prüfung der Eigenschaften und deren Funktionsweise hinausgehe. Ferner sei klargestellt, dass diese Einschränkung nicht gelte, wenn der Verbraucher nicht rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung im Sinne von § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2 oder S. 3 BGB belehrt worden sei. Das gelte auch für die zitierten Informationspflichten aus Art. 246 § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB.

Soweit das Landgericht die Abmahnkosten aus dem Klageantrag zu 6) zugesprochen habe und dabei von einem Streitwert von 20.000,- € ausgegangen sei, wäre allenfalls ein solcher von 10.000,- € angemessen gewesen. Es seien sämtlich Verstöße abgemahnt worden, die im durchschnittlichen Bereich lägen. Die Beklagte sei vollkommen geschäftsunerfahren. Sie habe in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht dargelegt, dass sie der Einfachheit halber die AGB dem Internet von anderer Stelle entnommen habe, ohne sich beraten zu lassen.

Die Abmahnkosten des Antrages 7) stünden der Klägerin nicht zu, weil diese Abmahnung (Klageantrag zu 4) unberechtigt gewesen sei. Im Übrigen hätte die Klägerin insoweit allenfalls einen Freistellungsanspruch. § 281 BGB sei nicht anwendbar, weil nicht einmal eine Zahlungsaufforderung vorliege.

Schließlich hätte das Landgericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen, weil die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen habe, dass die für die Anspruchsberechtigung erforderliche Voraussetzung des Vorliegens einer

unternehmerischen Tätigkeit im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr vorgelegen habe.

Nachdem die Klägerin ihre Berufung im Senatstermin zurückgenommen hat,

beantragt die Beklagte,

das Urteil des Landgerichts Essen vom 26.04.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es der Klage stattgegeben hat.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur teilweise (hinsichtlich des Klageantrages zu 9) begründet.

I.

Die Anträge der Klägerin genügen dem Bestimmtheitsgebot gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das gilt insbesondere auch für die Unterlassungsanträge. In diesen wird jeweils die Klausel, deren Unterlassen verlangt wird, aufgeführt. Auch wird jeweils Bezug genommen auf das konkrete eBay-Angebot, in dem der angebliche Wettbewerbsverstoß zu finden ist.

II.

Die Klageanträge zu 1), 2) und 3) sind begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 3.555,81 € sowie 14.000,- € aus der Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafeversprechen vom 27.12.2010 i.V.m. § 339 S. 1, 2 BGB.

1.

Zwischen den Parteien ist ein Vertragsstrafenvertrag zustande gekommen. Die Klägerin hat die Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 27.12.2010 (Anlage FN 4) noch am selben Tag angenommen (Anlage FN 5).

2.

Die Klausel „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur als annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ ist als ein Verstoß gegen die Verpflichtungserklärung anzusehen.

a.

Unterlassungserklärungen sind nach den auch sonst für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen auszulegen. Maßgeblich ist danach der wirkliche Wille der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB). Bei seiner Ermittlung sind Erklärungs Wortlaut, Art und Weise des Zustandekommens, Zweck der Vereinbarung, die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Vertragsparteien sowie deren Interessenlage heranzuziehen (Senat Urt. v. 16.12.2010 m.w.N.).

Ein vollständiger Rückgriff auf die Grundsätze, die für die Auslegung eines gerichtlichen Unterlassungstitels gelten, kommt nicht in Betracht, weil einem Unterlassungsvertrag der Charakter eines vollstreckbaren Titels fehlt (BGH GRUR 1992, 61 – Preisvergleichsliste). Zwar können unter eine vertragliche Unterlassungserklärung nicht nur identische, sondern auch abgewandelte, aber denselben Kern und damit das Charakteristische enthaltende Handlungsformen gefasst werden. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass vertragliche Erklärungen und gerichtliche Unterlassungstitel vollständig gleichbehandelt werden.

Auch wenn der vertragliche Unterlassungsanspruch wie ein gerichtlicher Titel den Zweck verfolgt, künftige wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden (BGH GRUR 1997, 931 – Sekundenschnell), so kann die Auslegung des

Unterlassungsvertrages gleichwohl ergeben, dass dieser bewusst eng auf die bezeichnete konkrete Verletzungshandlung beschränkt ist (BGH a.a.O.). Das liegt bereits daran, dass derjenige, der privatautonom eine Unterlassungserklärung abgibt, die Möglichkeit hat, die Reichweite seiner persönlichen Verpflichtung selbst zu begrenzen. Der Erklärungsgegner hat demgegenüber seinerseits die Möglichkeit, die privatautonome Erklärung in reduzierter Form entweder zu akzeptieren oder aber seinen Anspruch, ggfls. auch nur dessen überschießenden Gehalt, weiter zu verfolgen. Ist er im Zweifel darüber, welche Reichweite das Unterlassungsversprechen hat, so hat er die Möglichkeit, den Erklärenden hiernach zu befragen. Akzeptieren beide Parteien eine bestimmte Formulierung, so hat die vertragliche Vereinbarung insoweit auch Vergleichscharakter. Die Parteien haben es insoweit in der Hand, bewusst über das gesetzlich geschuldete Verhalten hinauszugehen, aber auch dahinter zurückzubleiben (Senat a.a.O.).

b.

Wendet man diese Grundsätze an, so ergibt sich, dass die neue Klausel zwar nicht identisch ist mit der alten Klausel. Jedoch stellt sich die neue Klausel als kerngleich mit der alten Klausel dar.

Mit der Abmahnung vom 16.12.2010 wollte die Klägerin erreichen, dass die Beklagte in Zukunft keine Klausel mehr verwendet, in der die tatsächliche Lieferzeit in ihr Belieben gestellt wird. Insoweit heißt es in der Abmahnung der Klägerin:

„Ihr Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Lieferfristen ist unzulässig. Der Käufer muss bei Angaben von Lieferfristen aber auf diese vertrauen können. Indem Sie die Lieferfristen als unverbindlich bezeichnen, stellen Sie die tatsächliche Lieferzeit im Ergebnis in Ihr Belieben.“

Die neue Klausel stellt diese Beanstandung gerade nicht ab. Denn aus der neuen Klausel ergibt sich nicht eindeutig, dass eine verbindliche Lieferzeit versprochen wird. Zwar wird in der Klausel das Wort „vereinbart“ genannt. Jedoch wird diese Formulierung unmittelbar zuvor mit dem Wort „annähernd“ eingeschränkt. Hinzu kommt, dass nach der Klausel die angegebenen Lieferfristen nur als annähernd vereinbart „gelten“ sollen. Hier wird also lediglich mit einer Fiktion gearbeitet. Eine weitere Einschränkung erfährt die Regelung dadurch, dass die angegebenen Lieferfristen „nur einen Richtwert“ darstellen sollen.

Für eine verbindliche Regelung könnte allenfalls der Klammerzusatz mit dem Wortlaut „(Zirka-Fristen)“ sprechen. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur hält die Angabe von Zirka-Lieferfristen noch für wirksam (Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 308 Rn 8; Beck-OK-Becker, 2012 § 308 Rn 28, Ulmer/ Brandner/Hensen-Fuchs § 208 Rn 24; MüKo-Wurmnest, BGB, 6. Aufl., 2012, § 308 Rn 23; OLG Bremen MMR 2010, 26 mit Verweis auf OLG Bremen 2 U 42/09; OLG Frankfurt, Beschl. vom 27.07.2011 – 6 W 55/11).

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die Angabe einer Zirka-Frist ausreichend im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB ist, weil letztlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass hier Zirka-Fristen vereinbart worden sind. Allein der Klammerzusatz „Zirka-Fristen“ kann die vorangegangenen deutlichen Einschränkungen der Verbindlichkeit nicht dahingehend korrigieren, dass hier letztlich doch verbindliche Fristen vereinbart werden sollen. Der Klammerzusatz einerseits und der vorangegangene Text andererseits stehen letztlich in einem unauflösbaren Widerspruch zueinander. Eine eindeutige Vereinbarung verbindlicher Lieferfristen ist nicht erkennbar.

3.

Die Beklagte hat durch die Verwendung der genannten neuen Klausel am 29.12.2010 zwei Vertragsstrafen in Höhe von jeweils

3.500,- €, also insgesamt 7.000,- €, verwirkt. Die Beklagte hat diese Klausel auf zwei verschiedenen Verkaufsforen, zum einen in ihrem Onlineshop *Internetadresse* und zum anderen bei eBay, verwendet. Grundlage hierfür waren zwei Handlungsentschlüsse. Die Beklagte hat sich jeweils über unterschiedliche Vertriebskanäle an verschiedene Käuferkreise gewendet. Es liegen damit zwei Verstöße gegen die Unterlassungs-verpflichtung vor.

Nach der Aufrechnung durch die Klägerin mit den Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von insgesamt 3.444,19 € verblieb ein Anspruch in Höhe von 3.555,81 €. In Höhe von 3.444,19 € hat das Landgericht zu Recht die Erledigung der Hauptsache ausgesprochen.

4.

Die Beklagte hat auch durch die Verwendung der hier in Rede stehenden Klausel am 09.03.2011 auf den beiden verschiedenen Verkaufsforen zwei Vertragsstrafen in Höhe von jeweils 3.500,- €, also insgesamt 7.000,- € verwirkt. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit bei mehreren oder wiederkehrenden Vertragsverstößen, diese zu einer rechtlichen Einheit zusammenzufassen sind, ist zunächst der Vertragswortlaut. In der Unterlassungserklärung der Beklagten heißt es, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe fällig wird. Dieser Wortlaut drückt aber nicht den Willen der Parteien aus, die Vertragsstrafe starr für jeden Einzelakt zu vereinbaren. Das gilt besonders dann, wenn jeweils eine gleichartige Begehungsweise in einem engen zeitlichen Zusammenhang vorliegt (vgl. insoweit auch BGH GRUR 2001, 758 – Trainingsvertrag). Die sonst mögliche Aufsummierung von Vertragsstrafen wäre mit dem Gerechtigkeitsgedanken im allgemeinen nicht zu vereinbaren, wenn ihr nicht ein entsprechendes Sicherungsbedürfnis des Gläubigers gegenübersteht oder die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass dem Gläubiger durch die unterlassenden Taten ein entsprechend hoher Schaden entstehen könnte (BGH a.a.O.). Zu

Recht hat das Landgericht andererseits den Gesichtspunkt herangezogen, dass das Interesse des Unterlassungsgläubigers an der Durchsetzung der vom Schuldner übernommenen Verpflichtung nicht außer Acht gelassen werden darf. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Beklagte die Begehung von Vertragsverstößen fortgesetzt hat, obwohl sie bereits wegen ihrer Verstöße vom 29.12.2010 abgemahnt und erstmals auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommen worden war. Dieser Geschehensablauf hat gezeigt, dass der – grundsätzlich vom Schuldner verfolgte – Zweck der Beseitigung der Wiederholungsgefahr ebenso wenig eingetreten ist, wie die von der Klägerin beabsichtigte Durchsetzung ihres Unterlassungsanspruchs. Dementsprechend hat das Landgericht zu Recht nach Anwendung der Auslegungsgrundsätze keine Handlungseinheit zwischen dem vertragswidrigen Verhalten vom 29.12.2010 einerseits und demjenigen vom 09.03.2011 andererseits angenommen. Dem steht auch nicht die Höhe der vereinbarten bzw. sich ergebenden Vertragsstrafe entgegen. Denn mit 3.500,- € pro Verstoß ist diese in dem Unterlassungsvertrag zwischen den Parteien noch moderat angesetzt worden.

5.

Dieselben Erwägungen gelten für den erneuten Vertragsverstoß vom 05.04.2011. Denn selbst die erneute Abmahnung vom 09.03.2011 und die Vertragsstrafenforderung vom selben Tag hat die Klägerin nicht dazu veranlasst, ihr vertragswidriges Verhalten einzustellen. Auch wenn die Vertragsstrafenforderung vom 05.04.2011 in Höhe von wiederum zweimal 3.500,- €, mithin 7.000,- €, zum drittenmal erhoben wurde, kann angesichts des schon renitenten wettbewerbswidrigen Verhaltens der Beklagten noch nicht davon ausgegangen werden, dass hier eine Aufsummierung von Vertragsstrafen erreicht wird, die mit dem Gerechtigkeitsgedanken im allgemeinen nicht zu vereinbaren ist.

III.

Auch der Klageantrag zu 4) ist begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur als annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 308 Nr. 1 BGB.

1.

Die Klägerin ist aktivlegitimiert im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Zwischen den beiden Parteien besteht ein Wettbewerbsverhältnis. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist ein Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Beide Parteien haben sich jedenfalls in der Vergangenheit mit dem Vertrieb von Wärmepumpen beschäftigt. Für die Beurteilung dieser Frage kommt es aber nicht nur darauf an, dass der Anspruchsteller – hier die Klägerin – im Zeitpunkt der Verletzungshandlung, sondern auch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch Wettbewerber des Anspruchsgegners – hier der Beklagten – ist (BGH GRUR 1995, 697 – FUNNY – PAPER). Die gewerbepolizeiliche Anmeldung eines Gewerbes reicht hierfür nicht. Ein Gewerbetreibender kann wettbewerbsrechtliche Ansprüche nur geltend machen, wenn er Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art vertreibt (BGH a.a.O.). Mit der Aufgabe der Geschäftstätigkeit erlischt das Wettbewerbsverhältnis (BGH a.a.O.). Maßstab hierfür ist, ob der Betreffende noch als mindestens potenzieller Wettbewerber auf dem Markt anzusehen ist. Ist die Geschäftstätigkeit endgültig und nicht nur vorübergehend eingestellt, so besteht keine Anspruchsberechtigung mehr (Köhler / Bornkamm UWG 30. Aufl., § 8 Rn 3.29).

Insoweit hat die Beklagte in dem – erstinstanzlich nicht mehr beachteten – Schriftsatz vom 16.03.2012 (GA 288) vorgetragen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am

16.02.2012 weder bei eBay noch in ihrem Online-Shop Angebote eingestellt hätte. Dasselbe Recherche-Ergebnis habe sich am 16.03.2012 ergeben. Unter *Internetadresse* sei eine Internetadresse aufrufbar, die sich als „Seller der X GmbH, S-Straße, ####2 C“, bezeichne. Auch von dort seien weder am 16.02. noch am 16.03.2012 Artikel angeboten worden.

Zwar bedeutet die Tatsache, dass die Klägerin seit einigen Monaten keine Verkäufe mehr über den Vertriebsweg „eBay“ durchführt, nicht zwingend, dass sie ihren Gewerbebetrieb eingestellt hat, kann aber als ein Indiz dafür angesehen werden.

Die Klägerin hat dazu vorgetragen (GA 301), ihre Wettbewerber-Stellung folge schon daraus, dass sie eine einstweilige Verfügung aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gegen die Beklagte wegen Nachahmungsverkäufen ihrer Wärmepantoffeln erwirkt habe, möge diese zwischenzeitlich auch aus anderen Gründen aufgehoben worden sein. Dieser Vortrag reicht nicht als Beleg für ein Wettbewerbsverhältnis aus. Hier wird nur dargestellt, dass ein Gericht –welches auch immer – irgendwann einmal die Ansicht vertreten haben muss, dass zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverhältnis bestanden habe.

Die Klägerin hat aber weiter vorgetragen, dass sie mitnichten ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben habe. Sie verkaufe insbesondere weiterhin an kleine Einzelhändler und Weiterverkäufer, aber auch an große Discounter und Ketten. Daneben werde die Klägerin auch in diesem Jahr Saisonartikel wie in den Vorjahren auch direkt an Endverbraucher abgeben. Diese Verkaufstätigkeit sei nur vorübergehend nämlich außerhalb der Saison eingestellt.

Diese Erklärung ist angesichts des von der Klägerin vertriebenen Produkts Wärmepantoffeln – mit Leinsamen gefüllt – durchaus nachvollziehbar. In der Tat lassen sich solche Pantoffel im Frühjahr und Sommer nicht so gut verkaufen. Es

ist plausibel, dass die Klägerin den Vertrieb erst wieder im weiteren Verlauf des Jahres, also spätestens wieder im Winter, aufnehmen will. Angesichts der Tatsache, dass der Begriff des Wettbewerbsverhältnisses anerkanntermaßen großzügig beurteilt werden soll, sind die von der Beklagten vorgetragenen Umstände nicht ausreichend, um eine endgültige Einstellung des Vertriebs der Wärmepantoffel anzunehmen.

2.

Bei § 308 Nr. 1 BGB handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Ob und inwieweit das UWG eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle der Verwendung unwirksamer AGB oder sonstiger unwirksamer Vertragsklauseln ermöglicht, war in der Vergangenheit streitig. Schon aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Auslegung des UWG am Maßstab der UGP-Richtlinie ist dies aber nach jetzigem Recht uneingeschränkt zu bejahen (BGH GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet; Köhler /Bornkamm a.a.O. § 4 Rn 11.156c, so BGH WRP 2012, 1086 ausdrücklich auch für § 308 Nr. 1 BGB).

3.

Die Verwendung von AGB stellt eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Ob die Verwendung von AGB in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs einer Ware oder Dienstleistung steht (so BGH – Gewährleistungsausschluss im Internet), kann dahinstehen. Denn jedenfalls hängt die Verwendung von AGB objektiv mit dem Abschluss eines Vertrages über eine Ware oder Dienstleistung zusammen (Köhler / Bornkamm a.a.O. Rn 11.156d).

4.

Mit der Verwendung der neuen Klausel hat die Beklagte auch gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoßen.

Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die sich der Verwender nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Erbringung einer Leistung vorbehält. § 308 Nr. 1 BGB will verhindern, dass die Leistungszeit mehr oder weniger in das Belieben des AGB-Verwenders gestellt wird (LG Hamburg MMR 2009, 871). Der Kunde muss in der Lage sein, das Fristende selbst zu erkennen oder zu errechnen (Palandt-Grüneberg BGB, 71 Aufl., § 308 Rn 8).

Genau dies ist mit der hier in Rede stehenden Klausel nicht möglich. Denn – wie bereits oben (II.2b) dargestellt – ergibt sich nicht eindeutig, dass mit der Klausel verbindliche Lieferzeiten versprochen werden.

5.

Dieser Wettbewerbsverstoß ist auch relevant im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG.

IV.

Erfolg hat die Berufung der Beklagten im Hinblick auf den Klageantrag zu 9). Dieser Klageantrag ist unbegründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung der Klausel

„Sollte ein bestellter Artikel nicht lieferbar sein, weil wir von unserem Lieferanten ohne unser Verschulden trotz dessen vertraglicher Verpflichtung nicht beliefert werden, sind wir zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt. In diesem Fall werden wir den Kunden unverzüglich darüber informieren, dass die bestellte Ware nicht mehr verfügbar ist und etwaige schon erbrachte Leistungen unverzüglich erstatten.“

gemäß §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 308 Nr. 3 BGB.

Mit der Verwendung dieser Klausel hat die Beklagte nicht gegen § 308 Nr. 3 BGB verstoßen. Nach dieser Vorschrift ist in

Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen.

a.

Allgemein wird der Vorbehalt der Selbstbelieferung für zulässig gehalten (Palandt a.a.O. Rn 20). Zu beachten ist aber, dass das Lösungsrecht im nicht-kaufmännischen Verkehr ausdrücklich auf den Fall beschränkt werden muss, dass der Verwender ein konkretes Deckungsgeschäft abgeschlossen hat und von dem Partner dieses Vertrages im Stich gelassen wird (BGHZ 92, 396). Verkaufs- und Einkaufsvertrag müssen kongruent sein (BGH NJW1995, 1959). Diese Voraussetzungen werden durch den Wortlaut der beanstandeten Klausel erfüllt.

b.

Nichts anderes gilt angesichts von § 9 Abs. 4 der eBay-AGB etwas anderes gilt. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Anbieter müssen in der Lage sein, die angebotenen Waren dem Käufer unverzüglich nach Vertragsschluss zu übereignen. Ausnahmen von dieser Verpflichtung finden Sie im Grundsatz für Lieferzeiten.“

Es macht keinen Unterschied, ob der Verkäufer einen Selbstlieferungsvorbehalt auf Angebote im niedergelassenen Handel oder im eigenen Online-Shop einerseits oder auf Angebote bei eBay andererseits bezieht. Auch bei Angeboten auf der Verkaufsplattform eBay können Selbstlieferungsvorbehalte sinnvoll sein. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, warum an dieser Stelle ein Sonderrecht für den Internethandel gelten soll.

Hinzu kommt, dass die eBay-AGB keine Wirkungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer entfalten. Die eBay-AGB gelten auf vertraglicher Grundlage zwischen dem Betreiber der

Internetplattform und den dortigen Anbietern. Sie gelten nicht für sonstige Internetangebote außerhalb der Auktionsplattform eBay. Verträge sind keine gesetzlichen Vorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Sie haben eben nicht den Rang einer gesetzlichen Vorschrift (Senat 4 U 142/10). Bei einem Verstoß gegen die eBay-AGB kann der Plattformbetreiber eBay zwar die vertraglich vereinbarten Sanktionen treffen. Indem die Beklagte möglicherweise gegen § 9 Abs. 4 der eBay-AGB verstoßen hat, hat sie jedoch sich nicht schon automatisch unlauter im Sinne des UWG verhalten.

c.

Soweit die Klägerin vorträgt, dass sich aus der beanstandeten Klausel auch deshalb ein Verstoß ergebe, weil und soweit die Beklagte ihre Angebote unter der Rubrik Sofort-Kaufen einstellt, ist dem nicht zu folgen. Denn es muss (nach dem Abstraktionsprinzip) zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft (hier: Kauf) einerseits und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft (hier: Lieferung) andererseits unterschieden werden. Es ist durchaus möglich, einen Gegenstand sofort zu kaufen, aber erst einige Zeit später geliefert zu bekommen. Darin liegt kein Widerspruch.

V.

Der Klageantrag zu 10) ist wiederum begründet, so dass die Berufung der Beklagten auch insoweit zurückzuweisen war.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel

„Für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Ware entstandene Verschlechterung müssen Sie keinen Wertersatz leisten, wenn wir Sie nicht rechtzeitig vor Abgabe Ihrer Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise über die Wertersatzpflicht und eine Möglichkeit zu ihrer Vermeidung unterrichtet haben und auch nicht unseren

Informationspflichten gemäß Art. 246 § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB nachgekommen sind.“

gemäß §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

1.

Wegen der Aktivlegitimation der Klägerin und der Frage, ob die Verwendung von AGB eine geschäftliche Handlung darstellt, wird auf die Ausführungen zu III.1. und 3. Verwiesen. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB stellt ebenso wie § 308 Nr. 1 BGB eine Marktverhaltensregel dar.

2.

Die Beklagte hat mit der Verwendung der genannten Klausel gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstoßen. Nach dieser Vorschrift kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Hier ergibt sich die Unklarheit schon daraus, dass die Beklagte hier insgesamt drei Bedingungen dafür formuliert, die scheinbar kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Wertersatzpflicht entfällt. Denn es heißt in der Klausel „... wenn wir Sie nicht rechtzeitig ... über die Wertersatzpflicht und eine Möglichkeit zu ihrer Vermeidung unterrichtet haben und auch nicht unseren Informationspflichten gemäß Art. 246 § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 EGBGB nachgekommen sind.“ Insbesondere durch die Verwendung des Wortes „und“ wird dies deutlich. Jedoch reicht es nach der Gesetzeslage aus, dass nur einer der ersten beiden Tatbestände erfüllt ist, um die Wertersatzpflicht entfallen zu lassen.

3.

Dieser Wettbewerbsverstoß ist auch als erheblich im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG anzusehen.

4.

Die Wiederholungsgefahr wird durch den Wettbewerbsverstoß indiziert.

VI.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 208,- € gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

1.

Dies ergibt sich daraus, dass die Abmahnung der Klägerin vom 16.12.2010 im Hinblick auf die ursprüngliche Klausel „Angaben über die Lieferfrist sind unverbindlich, soweit nicht ausnahmsweise der Liefertermin verbindlich zugesagt wurde“ berechtigt war. Der Klägerin stand insoweit ursprünglich ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 308 Nr. 1 BGB zu.

Neben den Voraussetzungen der Aktivlegitimation der Klägerin (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), der geschäftlichen Handlung und der Beurteilung des § 308 Nr. 1 BGB als Marktverhaltensregelung liegt auch die Voraussetzung vor, dass die Klausel gegen § 308 Nr. 1 BGB verstößt.

Bereits oben (III.4) wurde dargestellt, dass Klauseln, wonach die individuell festgelegte Lieferzeit für unverbindlich erklärt wird, unzulässig sind (Palandt-Grüneberg a.a.O. Rn 8). Genau dies ist in der mit der Abmahnung vom 16.12.2010 beanstandeten Klausel geschehen.

Hierbei handelte es sich auch um einen erheblichen Verstoß gemäß § 3 Abs. 1 UWG. Auch bestand eine Wiederholungsgefahr angesichts der zuvor begangenen Wettbewerbsverletzung.

2.

Bezüglich der weiteren abgemahnten Klauseln, hinsichtlich derer die Beklagte eine Unterlassungserklärung gemäß dem entsprechenden Formulierungsvorschlag der Klägerin abgegeben

hat, ist davon auszugehen, dass entsprechende Unterlassungsansprüche bestanden. Insoweit fehlt es auch an entsprechenden Berufungsangriffen gemäß § 520 Abs. 3 ZPO.

3.

Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte diese mangels Vorlage einer Originalvollmacht gemäß § 174 S. 1 BGB unverzüglich zurückgewiesen hat. Insoweit hat das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich bei der Abmahnung nicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, sondern vielmehr um eine geschäftsähnliche Handlung, welche aber regelmäßig ein Angebot zum Abschluss eines Unterlassungsvertrages mit Vertragsstrafeversprechen enthält (BGH NJW-RR 2011, 335).

4.

Die Höhe des ursprünglichen Zahlungsanspruchs von 859,80 € ist zutreffend berechnet worden. Insbesondere ist der Gegenstandswert mit 20.000,- € angesichts der Vielzahl der abgemahnten Klauseln mit 20.000,- € angemessen angesetzt worden. Nach Abzug des unstreitig gezahlten Betrages von 651,80 € verbleibt noch ein Betrag von 208,- €.

VII.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten in Höhe 302,- € gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG mit Blick auf die Abmahnung vom 29.12.2010. Diese Abmahnung war angesichts der Verwendung der wettbewerbswidrigen Lieferfrisklausel „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur als annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“ berechtigt.

VIII.

Die Ordnungsgeldandrohung beruht auf § 890 Abs. 2 ZPO.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92, 97, 516

Abs. 3 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.