

# Gegenabmahnung grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 22.08.2013

Az.: 4 U 52/13

## Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 20. Februar 2013 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet die nach § 5 TMG erforderlichen zutreffenden Informationen nicht leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten, wie mit Abmahnung vom 15.06.2012 (Anlage B5) behauptet.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zu 7/8, der Beklagte zu 1/8.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

## Entscheidungsgründe

I.

Der Kläger verkauft im Internet über einen Online-Shop Schädlings- und Insektenabwehrprodukte sowie Tierfiguren, der Beklagte auf der Internetplattform X u.a. ein Fliegenspray „Y“, das zum Schutz von Reitsportlern und ihrer Pferde eingesetzt wird.

Bezüglich eines konkreten Angebots über dieses Fliegenspray mahnte der Kläger den Beklagten unter dem 24.4.2012 wegen behaupteter unzutreffender Informationen über den Vertragsbeginn, unrichtiger Widerrufsbelehrungen, Verstößen gegen Preisangabepflichten und Belehrungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr ab.

Der Beklagte gab die von dem Kläger geforderte Unterlassungserklärung unter dem 2.5.2012 ab, verweigerte aber die geforderte Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 1.081,20 Euro mit der Begründung, es fehle an einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien.

Der Beklagte mahnte seinerseits den Kläger unter dem 10.5.2012 wegen dessen Angebotsgestaltung bezüglich zweier Artikel „Ungeziefer Köderbox“ und „Gartenschaukel Reifenschaukel Pferd Schaukelpferd“ ab. Gerügt wurden mehrere Verstöße gegen das Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen und das Produktsicherheitsgesetz sowie die Verletzung jeweils zugehöriger Informations- und Warnpflichten. Der Beklagte bezifferte dabei seinen Kostenerstattungsanspruch nach einem Gegenstandswert von 30.000,- Euro mit 1.081,20 Euro.

Diesbezüglich unterwarf sich der Kläger unter dem 16.5.2012 (Anlage B4) modifiziert, indem auf die vorformulierte Erklärung hinter den Begriff „Vertragsstrafe“ handschriftlich hinzugesetzt wurde „deren Höhe nach billigem Ermessen vom zuständigen Gericht festgesetzt wird“. Die Unterwerfung wurde nach Meinung des Beklagten konkludent angenommen.

Der Beklagte hat mit seinem Anspruch auf Kostenerstattung aus der Abmahnung vom 10.5.2012 die Aufrechnung gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch des Klägers aus dessen Abmahnung vom 24.4.2012 erklärt. Hilfsweise hat der Beklagte die Aufrechnung in Höhe eines erstrangigen Teilbetrags in Höhe von 1.081,20 Euro aus einem behaupteten Vertragsstrafeversprechen vom 16.5.2012 erklärt und hierzu gemeint, die Vertragsstrafe sei in Höhe von 15.000,- Euro verwirkt, weil der Beklagte Verstöße gegen die Produktsicherheitsregeln auch nach Unterzeichnung der Erklärung begangen habe. Der Beklagte hat diesen Verstoß sowie zudem Verstöße gegen das TMG mit Schreiben vom 15.6.2012 abgemahnt. Die Verstöße gegen das TMG hat der Beklagte darin gesehen, dass der Kläger nicht existierende Adressdaten, Telefon- und Faxnummern in seinem Impressum angegeben habe.

Die Parteien haben darüber gestritten, ob die wechselseitigen Abmahnungen Kostenerstattungsansprüche auslösen. Der Kläger hat gemeint, die in seiner ersten Abmahnung gerügten Handlungen verpflichteten zur Unterlassung nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3 Abs. 1; 5a UWG. Die Kostenerstattungsansprüche seien begründet aus § 12 Abs. 1 UWG. Die Aufrechnung mit einem Kostenerstattungsanspruch des Beklagten sei dagegen unwirksam, da die zugrunde liegende Abmahnung unberechtigt gewesen sei. Hierzu hat der Kläger vorgetragen, die Parteien seien keine Wettbewerber bezüglich Tierbedarf und Spielzeug, sondern nur im Bereich von Schädlingsbekämpfungsmitteln, denn das vom Kläger in seiner Abmahnung angesprochene Produkt des Beklagten könne für die Fliegenabwehr bei Mensch und Tier benutzt werden und werde auch von vielen Reitern zum Eigenschutz verwendet. Das von dem Kläger unterzeichnete Vertragsstrafeversprechen nach dem alten Hamburger Brauch sei unwirksam, so dass auch die hilfsweise Aufrechnung mit einem Vertragsstrafeanspruch ins Leere gehe. Der Kläger hat eingeräumt, selbst die Modifikation nach dem alten Hamburger Brauch hinzugesetzt zu haben, weil er sich keinesfalls einem Bestimmungsrecht durch den Beklagten unterwerfen wollte, auch nicht eines solchen, welches unter dem Vorbehalt gerichtlicher Prüfung stehe. Dass

die vom Kläger angegebenen telefonischen Kontaktdaten in seinem Impressum nicht vergeben waren, hat er mit Nichtwissen bestritten. Ausreichend sei im elektronischen Verkehr, dass der Kläger über email erreichbar war und die dafür erforderlichen Angaben auch im Impressum vorlagen.

Im Hinblick auf die mit Abmahnungen des Beklagten vom 10.5.2012 und vom 15.6.2012 erhobenen Unterlassungs- und Zahlungsansprüche hat er mit Schriftsatz vom 18.12.2012 die Einrede der Verjährung erhoben.

Der Kläger hat – soweit für das Berufungsverfahren noch erheblich – beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.081,20 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.5.2012 zu zahlen,

2. (entfallen)

3. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für ein Biozid-Produkt mit Angaben wie „Biozid-Produkt mit niedrigem Risikopotential“, „ungiftig“, „unschädlich“ oder ähnlichen Hinweisen zu werben, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet;

4. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für ein Biozid-Produkt mit Angaben zu werben, die im Hinblick auf mögliche Risiken des Produkts für Mensch und Umwelt verharmlosend wirken, insbesondere sinngemäß zu behaupten, das Produkt sei für Kinderhände geeignet, da es bereits durch seine Verpackung ausreichenden Schutz biete, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet,

5. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den

Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für ein Biozid-Produkt zu werben, ohne in einer sich deutlich vom Rest der Werbung abhebenden Weise die folgenden Sätze hinzuzufügen: „Biozide sicher verwenden. Vor Gebrauch stets Kennzeichnung und Produktinformation lesen“, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet,

6. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für einen als gefährlich eingestuften Stoff ohne die erforderliche Nennung der Gefahreneigenschaft(en) zu werben, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet,

7. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für Spielzeug ohne die nach § 11 der zweiten Verordnung zum Geräte- und Produktsicherheitsgesetz erforderlichen Warnhinweise zu werben, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 und vom 15.6.2012 (Anlage B3 und Anlage B5) behauptet,

8. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet die nach § 5 TMG erforderlichen zutreffenden Informationen nicht leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten, wie mit Abmahnung vom 15.6.2012 (Anlage B5) behauptet.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat gemeint, die Abmahnung des Klägers sei unbegründet, weil bezüglich des Produktes „Y2 Fliegenspray“ kein Wettbewerbsverhältnis bestehe. Der an Schädlingsbekämpfung interessierte Kundenkreis würde solche Produkte nicht in einem Reitsport-Fachgeschäft suchen, wie es der Beklagte betreibe.

Ein für den Reitsport geeignetes Fliegenspray würde er umgekehrt nicht in einem Geschenkeshop wie dem des Klägers suchen. Dagegen seien die von dem Beklagten erhobenen Unterlassungsansprüche nicht als gesetzliche, sondern als vertragliche Ansprüche im Rahmen eines Vergleichs begründet worden und insoweit auch nicht verjährt, weil der Kläger sich durch Unterwerfung vom 16.5.2012 zur Unterlassung verpflichtet habe. Daher ergebe sich eine zur Aufrechnung taugliche Teilforderung zusätzlich daraus, dass der Kläger die mit Unterwerfungserklärung vom 16.5.2012 eingegangene Unterlassungsverpflichtung verletzt und daher eine Vertragsstrafe verwirkt habe. Der von dem Beklagten mit Schreiben vom 15.6.2012 abgemahnte Verstoß gegen das TMG bestehe schon deshalb, weil der Kläger unter den im Impressum angegebenen Adressdaten nicht erreichbar war und der Verbraucher daher irregeführt werde.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Zahlungsanspruch nach Antrag 1 sei zwar begründet, aber durch Aufrechnung des Beklagten erloschen. Der der Aufrechnung zugrundeliegende Unterlassungsanspruch habe bestanden, weil die Parteien auch bezüglich der Produktgruppen „Ungeziefer Köderbox“ und „Gartenschaukel, Reifenschaukel, Pferd, Schaukelpferd“ Wettbewerber seien, denn der nach solchen Produkten suchende Kunde beziehe nicht nur den Fach-, sondern auch den Geschenkhandel im Internet in seine Überlegungen ein, die behaupteten Wettbewerbsverstöße lägen vor. Die Feststellungsbegehren seien unbegründet, weil sich der Kläger jeweils wirksam vertraglich unterworfen habe. Zwar sei das in der Unterlassungserklärung abgegebene Vertragsstrafeversprechen unwirksam, weil ein Gericht im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeiten nicht Dritter im Sinne von § 317 BGB sein könne, doch handele es sich um eine teilbare Erklärung mit der Folge, dass die bloße Unterlassungsverpflichtung im Zweifel nach § 139 BGB wirksam bleibe. Eine vollständige Unwirksamkeit anzunehmen sei im vorliegenden Fall unbillig, weil der Beklagte erst auf

Vorschlag des Klägers die ursprünglich wirksam formulierte Abmahnung in eine unwirksame Formulierung geändert habe. Das führe jedenfalls dazu, dass dem Kläger die Berufung auf die Unwirksamkeit nach § 242 BGB verwehrt sei. Der Feststellungsantrag nach Ziffer 8 sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Der Beklagte habe sich diesbezüglich zwar in der Abmahnung vom 15.6.2012 berührt, diesen Anspruch aber nicht weiter verfolgt. Der Kläger habe unwidersprochen die Einrede der Verjährung erhoben, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsklage nicht mehr bestehe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Der Kläger meint, die Aufrechnung des Beklagten mit dem Zahlungsanspruch wegen der Abmahnung vom 10.5.2012 sei unberechtigt, weil es hinsichtlich des Spielzeugs „Schaukelpferd“ an einem Wettbewerbsverhältnis fehle, überdies die Abmahnungen nur ergangen seien, um einen aufrechenbaren Gegenanspruch zu erwirken. Dies sei schon daraus zu folgern, dass der Beklagte den Unterlassungsanspruch trotz des Hinweises auf eine drohende Verjährung nicht weiterverfolgt habe. Die Hilfsaufrechnung mit einem Vertragsstrafeanspruch sei nicht erfolgreich, weil dieser nicht wirksam vereinbart worden sei. Zu Unrecht habe das Gericht die Feststellungsklage für unbegründet gehalten. Gesetzliche Unterlassungsansprüche des Beklagten scheiterten bereits an der Verjährungseinrede, vertragliche Ansprüche seien nicht wirksam entstanden. Der Kläger habe die vom Beklagten vorformulierte Erklärung nicht angenommen, sondern sie abgeändert, um das Bestimmungsrecht bezüglich der Vertragsstrafe durch den Beklagten auszuschließen. Diese Erklärung sei wegen der weggefallenen Strafbewehrung nicht mehr geeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr auszuschließen und daher – jedenfalls wegen Dissenses – nicht wirksam vereinbart. Spätestens mit dem Schriftsatz vom 17.8.2012 und der nachfolgend erhobenen Feststellungsklage sei die Unterwerfungserklärung widerrufen worden. Hilfsweise macht der Kläger geltend, dass es an einer

Annahme der veränderten Erklärung durch den Beklagten gefehlt habe. Auch wenn man den Schriftsatz vom 15.6.2012 (Bl. 84) als eine solche Erklärung ansehe, so sei der Annahmewille darauf gerichtet gewesen, auch eine Strafbewehrung zu erlangen, die jedoch fehle. Der Annahmewille korrespondiere folglich nicht mit dem abgeänderten Angebot. Soweit das Landgericht zum ursprünglichen Antrag 8 (in der Berufung Antrag 7) das Rechtsschutzbedürfnis verneint habe, sei dies unrichtig, denn die Erklärung des Gegners, sein Begehren nicht weiterverfolgen zu wollen, sei einer rechtskräftigen Entscheidung nicht gleichwertig. Das gelte umso mehr, wenn der Beklagte nur der erhobenen Verjährungseinrede nicht entgegentritt. Schließlich habe der Kläger die Unterverwerfungsvereinbarung wegen eines fehlenden Wettbewerbsverhältnisses gekündigt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des LG Bochum I-15 0 22/12 v. 20.02.2013 aufzuheben und

1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.081,20 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.5.2012 zu zahlen,
2. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für ein Biozid-Produkt mit Angaben wie „Biozid-Produkt mit niedrigem Risikopotential“, „ungiftig“, „unschädlich“ oder ähnlichen Hinweisen zu werben, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet;
3. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für ein Biozid-Produkt mit Angaben zu werben, die im Hinblick auf mögliche Risiken des Produkts für Mensch und Umwelt verharmlosend wirken, insbesondere sinngemäß zu behaupten, das Produkt sei für

Kinderhände geeignet, da es bereits durch seine Verpackung ausreichenden Schutz biete, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet,

4. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für ein Biozid-Produkt zu werben, ohne in einer sich deutlich vom Rest der Werbung abhebenden Weise die folgenden Sätze hinzuzufügen: „Biozide sicher verwenden. Vor Gebrauch stets Kennzeichnung und Produktinformation lesen“, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet,

5. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für einen als gefährlich eingestuften Stoff ohne die erforderliche Nennung der Gefahreneigenschaft(en) zu werben, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 (Anlage B3) behauptet,

6. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet für Spielzeug ohne die nach § 11 der zweiten Verordnung zum Geräte- und Produktsicherheitsgesetz erforderlichen Warnhinweise zu werben, wie mit Abmahnung vom 10.5.2012 und vom 15.6.2012 (Anlage B3 und Anlage B5) behauptet,

7. festzustellen, dass der Beklagte keinen Anspruch gegen den Kläger hat, dass dieser es unterlässt, beim Verkauf von Waren zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet die nach § 5 TMG erforderlichen zutreffenden Informationen nicht leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten, wie mit Abmahnung vom 15.6.2012 (Anlage B5) behauptet.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil. Im Hinblick auf den Klageantrag zu 1 hebt er hervor, dass er davon abgesehen habe, seine Ansprüche gegen den Kläger weiter zu verfolgen, weil er nachträglich vom Fehlen eines Wettbewerbsverhältnisses ausgegangen sei. Im Hinblick auf die negative Feststellungsklage meint der Beklagte, dass diese unzulässig sei, wenn der Kläger den Streitgegenstand auf die gesetzlichen Unterlassungsansprüche wirksam begrenzt habe. Es fehle dann nämlich am Rechtsschutzbedürfnis, da die abgemahnten gesetzlichen Unterlassungsansprüche bei Zustellung der negativen Feststellungsklage bereits verjährt gewesen seien. Insoweit verweist der Beklagte u.a. auf das der Berufungserwiderung beigefügte Urteil des LG Hannover vom 28.12.2012. Im Hinblick auf die Ansprüche aus der Unterlassungserklärung des Klägers meint der Beklagte, die Vertragsstrafe sei nur das unselbständige, an eine Hauptverbindlichkeit angelehnte Strafversprechen. Zwar sei das akzessorische Strafversprechen vom Bestehen der Hauptverbindlichkeit abhängig. Umgekehrt gelte dies aber nicht. Aus § 344 BGB ergebe sich, dass die Hauptverbindlichkeit auch ohne Strafversprechen wirksam sein könne. Zutreffend habe das Landgericht § 139 BGB angewandt. Der fiktive Wille der Parteien gehe übereinstimmend dahin, dass die Hauptverbindlichkeit auch ohne ein wirksames Strafversprechen gewollt gewesen und damit wirksam sei.

## **II.**

Die zulässige Berufung ist nur begründet, soweit das Landgericht den Feststellungsantrag bezüglich der behaupteten Verstöße nach dem TMG abgewiesen hat. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet.

1. Die in der Berufungsinstanz noch anhängigen Unterlassungsansprüche sind hinreichend bestimmt. Bei den Anträgen zu 2 bis 6 musste sich der Kläger nur an den konkreten Vorwurf des Beklagten in der Abmahnung vom 15.6.2012 halten. Das hat er getan. Bezüglich des Antrages zu 7 hält

sich der Kläger an die vorformulierte Unterlassungserklärung. Soweit der darin erhobene Vorwurf inhaltlich zu weitgehend formuliert war, war es dem Kläger gestattet, sich gegen diese vorformulierte Erklärung insgesamt zu wehren. Das ist in Antrag 7 geschehen.

2. Der Zahlungsanspruch des Klägers ist im Ergebnis unbegründet, denn die Abmahnung des Beklagten war berechtigt und der diesbezüglich entstandene Aufwendungsersatzanspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG hat den entsprechenden Aufwendungsersatzanspruch des Klägers durch Aufrechnung im Ergebnis zum Erlöschen gebracht.

a) Die Abmahnung war berechtigt, insbesondere der Beklagte abmahnbefugt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Die Parteien befanden sich jedenfalls in Bezug auf einen Teil der von der Abmahnung erfassten Waren in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, denn die Parteien waren bezüglich von Artikeln im Bereich der Insektenbekämpfung auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig (vgl. zu diesen Voraussetzungen BGH GRUR 2007, 1079 Tz. 18 – Bundesdruckerei).

Zwar ist bezüglich des Produktes „Schaukelpferd“ ein Wettbewerbsverhältnis zu verneinen, denn der Umstand, dass der Beklagte Reitbedarf vertreibt, führt nicht zwangsläufig zu einem konkreten Wettbewerbsverhältnis auch auf dem Markt für Spielartikel, etwa der Art „Schaukelpferd“, das der Kläger anbietet, weil der Beklagte nicht vorgetragen hat, dass er seinerseits Spielzeuge vertreibt.

Allerdings besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Beteiligten, soweit Artikel im Bereich der Insektenbekämpfung vertrieben werden, durch den Kläger ein Ungezieferköder, durch den Beklagten ein Insektenspray. Zwar handelt es sich nur um eine marginale Produktüberschneidung. Im Internet sorgen allerdings Suchmechanismen dafür, dass auch enge Produktsortimente bei Händlern gefunden werden, die man in lokalen Geschäften als Abnehmer nicht in Betracht ziehen

würde. So kann derjenige, der Artikel im Bereich der Insektenabwehr sucht, beide Parteien finden und deren Angebote als austauschbar für einen Erwerb in Betracht ziehen. Wer sich selbst vor Insekten schützen möchte, wird sowohl einen Ungezieferköder als auch ein Insektenspray als – ggf. auch miteinander kombinierbaren – Bedarf ansehen.

b) Die Abmahnung bleibt daher dem Grunde nach berechtigt, auch wenn sie (im Ergebnis erfolglos) zusätzlich Produkte erfasst, bezüglich derer kein Wettbewerbsverhältnis besteht. Dass der Gegenstandswert der Abmahnung insgesamt überhöht ist, wurde nicht vorgetragen und ist auch nicht ersichtlich. Auch bezüglich des Ungezieferköders wurden nämlich mehrere Wettbewerbsverstöße gerügt.

c) Die Abmahnbefugnis scheidet auch nicht an § 8 Abs. 4 UWG. Die Gegenabmahnung des Abgemahnten ist zulässig und nicht bereits für sich genommen, sondern nur ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich (Senat, Urt. v. 16.12.2008 – 4 U 173/08; Senat, MMR 2012, 170, 171). Dem Beklagten, der seine Ansprüche nicht gerichtlich verfolgt hat, kann man nicht mangelnde Ernsthaftigkeit vorwerfen, wenn er - wie hier - eine Unterwerfungserklärung des Abgemahnten erhalten hat und in diesem Zusammenhang die Möglichkeit der Aufrechnung mit Abmahnkosten wahrnimmt.

d) Der dem Zahlungsanspruch des Klägers zugrundeliegende Wettbewerbsverstoß wird inhaltlich nicht angegriffen. Das Landgericht hat die Aufrechnung des Beklagten für erfolgreich gehalten, weil dem zur Aufrechnung gestellten Kostenerstattungsanspruch eine berechtigte Abmahnung vorausgegangen sei. Dies ist nicht zu beanstanden.

3. Die Feststellungsansprüche zu 2 bis 6 sind unbegründet, denn insoweit fehlt es an einem Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den Vorschriften des Produktsicherheitsgesetzes, da sich der Beklagte wirksam vertraglich dazu verpflichtet hat, die

konkret gerügten Verhaltensweisen in Zukunft zu unterlassen.

a) Zwar wären gesetzliche Unterlassungsansprüche aus den genannten Vorschriften spätestens zum 15.12.2012 verjährt gewesen und die mit Schriftsatz vom 18.12.2012 erhobene Verjährungseinrede insoweit erfolgreich, weil die zugrundeliegenden Abmahnungen vom 10.5.2012 bzw. 15.6.2012 datierten. Doch kommt es auf diese gesetzlichen Unterlassungsansprüche nicht mehr an, nachdem der Beklagte wirksame vertragliche Unterlassungsansprüche erworben hat.

b) Die vertraglichen Unterlassungsansprüche resultieren daraus, dass der Kläger am 16.5.2012 eine modifizierte „Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung“ abgegeben hat, die der Beklagte konkludent angenommen hat.

aa) Die vom Beklagten mit Abmahnung vom 10.5.2012 vorformulierte Unterwerfungserklärung, welche die im Berufungsrechtszug noch als Anträge 2 bis 6 anhängigen Verhaltensweisen einbezog und die eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.000,- Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung vorsah, hat der Kläger zwar nicht angenommen. Er hat sie aber nach handschriftlicher Veränderung mehrerer Positionen unterschrieben zurückgesandt und insoweit ein neues Angebot auf Abschluss eines Unterwerfungsvertrages abgegeben (§ 150 BGB). Dazu hat er den Umfang der Verpflichtung („ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, dennoch rechtsverbindlich“), die Reichweite des Vorwurfs der Zuwiderhandlung (nur wenn „schuldhaft“) und die Kostenübernahmeklausel sowie die Höhe der Vertragsstrafe modifiziert. Statt zur Zahlung der vorgeschlagenen 5.000,- Euro verpflichtete sich der Kläger, „eine Vertragsstrafe“, „deren Höhe nach billigem Ermessen vom zuständigen Gericht festgesetzt wird“, zu zahlen.

bb) An einer ausdrücklichen Annahme dieses geänderten Antrags mangelt es zwar, allerdings ist der Antrag konkludent angenommen worden, was genügt (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011,

Kap. 8 Rn. 3). Die zeitlich erste Reaktion auf die Erklärung vom 16.5.2012 war nämlich die weitere Abmahnung des Beklagten durch seinen Prozessbevollmächtigten vom 15.6.2012 (Anlage B5). Auf Seite 2 dieses Schriftsatzes wird ausdrücklich auf die Erklärung des Beklagten Bezug genommen, indem ausgeführt wird: „Diesbezüglich liegt uns die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung vom 16.5.2012 vor. Leider sind Sie aber insoweit in mehrfacher Hinsicht Ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen“. Auf S. 6 wird abermals auf die Erklärung von 16.5.2012 Bezug genommen. Der Beklagte gab damit zu erkennen, dass er von einer zustande gekommenen Vereinbarung ausgeht, er also den geänderten Antrag des Klägers nicht ablehnt, sondern gelten lässt. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte auf S. 6 des Schriftsatzes vom 15.6.2012 seine Vertragsstrafe für festgestellte Verstöße gegen die Unterwerfungserklärung nach seinem ursprünglichen, aber gestrichenen Vorschlag von 5.000,- Euro festsetzt. Zum einen distanziert sich der Beklagte selbst von der ursprünglichen Festsetzung, indem er formuliert „Würde man jeden einzelnen der Verstöße mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.000,- Euro belegen“. Zum anderen geht der Beklagte ersichtlich davon aus, dass die geänderte Formulierung des Klägers auch eine gerichtliche Festsetzung in Höhe von 5.000,- Euro für jeden Verstoß ermöglichen würde.

cc) Angesichts der noch vorhandenen zeitlichen Nähe zwischen Unterzeichnung (16.5.2012) und Beantwortung (15.6.2012) war diese Annahmeerklärung auch nicht verspätet. Teilweise wird das Angebot auf Unterwerfung sogar als unwiderruflich angesehen, jedenfalls ist auch eine späte Annahme möglich (BGH GRUR 2010, 355 Tz. 21 – Testfundstelle; Köhler/Bornkamm, 31. Aufl. 2013, § 12 UWG, Rn. 1.117).

c) Es ist davon auszugehen, dass redliche Vertragsparteien die Unterwerfungserklärung vom 16.5.2012 als Vertragsgrundlage gewählt hätten, obwohl sich später herausstellte, dass die Vertragsstrafe als teilbares Rechtsgeschäft unwirksam ist, wenn die Parteien den Mangel des abteilbaren Teilgeschäfts

gekannt haben.

aa) Allerdings war ein Teil des Rechtsgeschäfts, nämlich die Vereinbarung der Vertragsstrafe, unwirksam. Die Bezifferung der Vertragsstrafe darf zwar einem Dritten (§§ 315 Abs. 1, 317 BGB), nicht aber einem staatlichen Gericht überlassen werden, weil die Aufgabenzuweisung zu den Gerichten nicht der Parteidisposition unterliegt (BGH NJW 1995, 1360; NJW 1998, 1388, 1390; LG Hof, Urt. v. 12.6.2013 – 1 HK 0 61/12, S. 8; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, Kap. 8 Rn. 22 m.w.N.). Auch an einer Vereinbarung des sog. „neuen Hamburger Brauchs“, bei dem das Bestimmungsrecht dem Gläubiger eingeräumt, die Bestimmung durch diesen aber einer gerichtlichen Überprüfung überantwortet wird (BGH GRUR 1994, 146 f. – Vertragsstrafebemessung), fehlte es.

bb) Unterwerfungserklärung und Vertragsstrafeversprechen bestehen allerdings aus zwei äußerlich trennbaren Vereinbarungen im Sinne des § 139 BGB, also „zwei Verpflichtungen“ (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, Kap. 8 Rn. 15; a.A. wohl LG Hof, Urt. v. 12.6.2013 – 1 HK 0 61/12, S. 8, das § 139 BGB in diesem Zusammenhang ungeprüft lässt).

cc) Vorliegend ist davon auszugehen, dass der abtrennbare Teil, die Unterwerfungserklärung, auch ohne den nichtigen Teil und bei Kenntnis von der Nichtigkeit vereinbart worden wäre (vgl. dazu BGH NJW 1962, 912, 913).

Zwar gilt die Vertragsstrafe als typische Bekräftigung der Ernsthaftigkeit. Allerdings kann ein Unterlassungsvertrag auch ohne Vereinbarung einer Vertragsstrafe geschlossen werden (Teplitzky aaO. 7. Kap. Rn. 10). In einem solchen Fall verzichtet der Gläubiger auf seinen gesetzlichen Unterlassungsanspruch zugunsten eines vertraglichen Anspruchs (ebda.), der zwar Dritte nicht bindet, wohl aber die Parteien untereinander.

Die Unterlassungserklärung bleibt als selbständiges Rechtsgeschäft ohne Vertragsstrafenvereinbarung sinnvoll. Wenn nämlich der Gläubiger mit der vertraglichen Unterwerfung einverstanden ist, so behält er jedenfalls den Vorteil, aus dieser Unterwerfung auch künftig erleichtert vorgehen zu können. Die fehlende Vertragsstrafe kann nämlich durch eine Unterlassungsklage auf Basis des Vertragsversprechens durch richterliches Urteil kompensiert werden, das dann selbständig Grundlage des Vollstreckungszwangs nach § 890 ZPO wird. Zwar wird dem Gläubiger auf diese Weise die erneute Klage nicht erspart, allerdings ist diese Klage schon deswegen erleichtert, weil das Gericht nicht mehr prüfen muss, ob auch die Voraussetzungen des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs vorliegen. Gerade darin zeigt sich der Vorteil der Vertragsverpflichtung.

cc) Es ist davon ausgehen, dass die Parteien auch bei Kenntnis der Nichtigkeit der Vertragsstrafenvereinbarung die Unterwerfungserklärung gewollt hätten.

Für den Beklagten ist hiervon schon deswegen auszugehen, weil er nicht auf die weitergehende Formulierung bestanden, sondern durch seine Abmahnung vom 15.6.2012 konkludent zum Ausdruck gebracht hat, dass er die abgeänderte Vereinbarung akzeptiert. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, war die Erklärung auch in dieser Form für ihn nicht wertlos.

Der Kläger meint zwar, dass die von ihm abgegebene Erklärung ihn nicht ausreichend schütze, weil die Wiederholungsgefahr mangels wirksamer Vertragsstrafenvereinbarung nicht entfallen sei. Mit diesem Vorbringen kann er jedoch nicht gehört werden, denn er selbst hat dieses Risiko geschaffen. Auf Befragen des Gerichts hat er sogar vorgetragen, dass er die ursprüngliche Erklärung abgeändert hat, weil er sich einer Vertragsstrafenbestimmung durch den Gläubiger überhaupt nicht beugen wollte. Auch der neue Hamburger Brauch wäre damit für ihn dann unerwünscht gewesen. Doch hat der Kläger auch nicht erklärt, dass er die Abgabe einer Vertragsstrafenerklärung

überhaupt ablehne. Er hat somit den Beklagten in dem Glauben gelassen, einerseits sich ernsthaft zu unterwerfen, andererseits aber die Bestimmung der Vertragsstrafe nicht dem Gläubiger überlassen zu wollen. Der Beklagte musste an der Ernsthaftigkeit dabei nicht zweifeln, durfte vielmehr im Vertrauen auf die Wirksamkeit weitere Maßnahmen unterlassen. Wer sich solcherart Vertrauen verschafft, sich dann aber auf eine – entweder von Beginn an erhoffte oder sich später herausstellende – Unwirksamkeit beruft, der handelt treuwidrig (§ 242 BGB).

dd) Die Erklärung ist auch später nicht widerrufen worden. Eine Kündigung kommt aufgrund der vorliegenden Ausführungen nicht in Betracht. Die Kündigung kann insbesondere auch nicht auf das Fehlen des Wettbewerbsverhältnisses gestützt werden, denn jedenfalls bezüglich der Insektenbekämpfungsmethoden bestand dieses ursprünglich und auch nach Abschluss der Erklärung.

4. Begründet ist die Berufung allerdings, soweit es um den Feststellungsantrag zu 7 im Berufungsverfahren geht.

a) Die diesem Antrage zugrunde liegende Abmahnung erging nicht bereits durch Anwaltsschreiben vom 10.5.2012, sondern erst durch Schreiben vom 15.6.2012. Zwar ist die Angabe nicht erreichbarer Kommunikationsdaten in einer der Information des Publikums dienenden Webseite eine irreführende unternehmensbezogene Angabe im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG, doch hat der Kläger mit Schriftsatz vom 18.12.2012 diesbezüglich erfolgreich die Einrede der Verjährung erhoben.

b) Der Klage fehlt diesbezüglich nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Zwar kann dies bei einer Feststellungsklage der Fall sein, wenn das verfolgte Begehren auf einem einfacheren als dem gewählten Weg zu erlangen ist (BGH NJW-RR 2010, 19 Tz. 20). Doch macht es einen Unterschied, ob der Kläger nur die Möglichkeit hat, sich auf die Verjährung zu berufen oder ob ein Gericht entschieden hat, dass er sich

hierauf zu Recht berufen darf (insoweit im Ansatz, wenn auch mit Bezug auf einen anderen Fall BGH NJW 2006, 2780 Tz. 23; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 12 Rn. 1.74a). Die bloße Möglichkeit der Berufung auf die Einrede ist einer gerichtlichen Feststellung darüber, dass die Einrede auch erfolgreich erhoben werden kann, nicht gleichgestellt.

### **III.**

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92 Abs. 1, 708 Nr. 11 ZPO.