



# OBERLANDESGERICHT KÖLN

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

des IDO Interessenverband für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V., vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch die 1. Vorsitzende Frau Sarah Spayou, Uhlandstr. 1, 51379 Leverkusen,

Beklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte BOELKE, Im Immenthal 39,  
53819 Neunkirchen-Seelscheid ,

g e g e n

die M , & M GbR, vertreten durch Frau M ,  
Neuburg a.d. Donau,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt , ,  
Greven,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln  
auf die mündliche Verhandlung vom 18.11.2022  
durch seine Mitglieder Nolte, Hammer und Büch  
**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 26.01.2022 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 19/21 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Gründe**

I.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird abgesehen, § 540 Abs. 2, § 313a ZPO.

II.

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache Erfolg. Zwar kann die Berufung nicht auf eine Unzuständigkeit des Landgerichts gestützt werden (Ziffer 1), es besteht jedoch weder ein Anspruch auf Rückzahlung der Vertragsstrafe (Ziffer 2) noch ein Anspruch auf Rückzahlung der Abmahnkosten (Ziffer 3) noch ein Anspruch auf Erstattung der im Rahmen der Kündigung des Unterlassungsvertrages entstandenen Rechtsanwaltskosten (Ziffer 4).

1. Soweit der Beklagte rügt, die Kammer für Handelssachen sei weder sachlich noch funktionell zuständig gewesen, nachdem sich keine Ansprüche aus dem UWG ergäben, kann das Rechtsmittel hiermit keinen Erfolg haben. Die Zuständigkeit ist nach § 513 Abs. 2 ZPO weder hinsichtlich der vom Landgericht angenommenen sachlichen Zuständigkeit noch hinsichtlich der funktionellen Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen zu prüfen (vgl. Ball in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl., § 513 Rn. 7; Rimmelpacher in MünchKomm/ZPO, 6. Aufl., § 513 Rn. 18).

2. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der Vertragsstrafe. Dabei kann offenbleiben, ob der Beklagte rechtsmissbräuchlich gehandelt hat. Selbst wenn der Vortrag der Klägerin hierzu als richtig unterstellt wird, fehlt es an einer Anspruchsgrundlage. Im Einzelnen:

a) Ein Rückzahlungsanspruch aus Vertrag ist nicht erkennbar und wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht.

b) Die Klägerin kann eine Rückzahlung der geleisteten Vertragsstrafe nicht auf das Wettbewerbsrecht stützen.

aa) Ein Schadensersatzanspruch aus § 9 UWG i.V.m. § 4 Nr. 4 UWG, der eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern verbietet, kommt nicht in Betracht. Zwischen den Parteien besteht kein Wettbewerbsverhältnis.

bb) Ein Anspruch der Klägerin aus § 8 Abs. 4 S. 2 UWG a.F. (inhaltsgleich mit § 8c Abs. 3 S. 1 UWG n.F.) ist ebenfalls nicht gegeben. Schon vom Wortlaut und von der Ausgangslage her passt die Norm nicht. Der Anspruchsgegner kann danach Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn die Geltendmachung der wettbewerblichen Ansprüche aufgrund von Missbräuchlichkeit unzulässig war. Das betrifft insbesondere die Anwaltskosten für die Verteidigung gegenüber einer missbräuchlichen Abmahnung (Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl., § 8c Rn. 6). Solche Kosten macht die Klägerin indes nicht geltend. Sie verlangt vielmehr die Rückzahlung einer Vertragsstrafe. Der auf die missbräuchliche Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche beschränkte Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 S. 2 UWG a.F. ist insoweit nicht eröffnet.

Gemäß § 8 Abs. 4 S. 3 UWG a.F. bleiben weitergehende Ansprüche unberührt. Damit sind Schadensersatzansprüche aus § 678 BGB, §§ 823 ff. BGB und §§ 3, 4, 9 UWG gemeint (Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO, § 8c Rn. 6).

c) Ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der geleisteten Vertragsstrafe aus § 678 BGB scheitert daran, dass die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 677 BGB nicht vorliegen. Der Beklagte hat kein Geschäft für die Klägerin geführt. Er hat lediglich die Zahlung einer gemäß dem

Unterlassungsverpflichtungsvertrag verwirkten Vertragsstrafe gefordert und ist dabei ausschließlich im eigenen Interesse tätig geworden. Aus diesem Grunde scheidet auch eine sog. angemäÙte Eigengeschäftsführung aus, § 687 Abs. 2 BGB.

Soweit teilweise in der unberechtigten Abmahnung eine Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Willen des Geschäftsherrn gesehen wird, die bei Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens nach § 678 BGB einen Schadensersatzanspruch auslöst, ist dies auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar. Eine Abmahnung kann dem abgemahnten Schuldner objektiv nützlich sein und seinem wirklichen und mutmaßlichen Willen entsprechen, so dass dieser als Geschäftsherr anzusehen sein kann, nämlich dann, wenn die Abmahnung berechtigt ist. Insoweit erscheint es konsequent, einem unberechtigt Abgemahnten einen Gegenanspruch aus § 678 BGB zuzubilligen (s. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 13 Rn. 89). Für den Fall der Rückforderung einer Vertragsstrafe greift diese Argumentation nicht.

d) Ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin ergibt sich ferner nicht aus Delikt.

aa) Eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB aufgrund eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt nur in Betracht, wenn ein betriebsbezogener Eingriff vorliegt, der als unmittelbare Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs verstanden wird. Die Verletzungshandlung muss sich gerade gegen den Betrieb und seine Organisation oder gegen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten (vgl. Spindler in BeckOGK BGB, Stand: 01.11.2022, § 823 Rn. 208, mwN). Der BGH geht davon aus, dass es nicht der Sinn dieses besonderen Rechtsinstituts ist, dem Gewerbetreibenden einen Schadensersatzanspruch für solche Vermögensschäden zu gewähren, die ein anderer unter sonst gleichen Umständen ersatzlos hinnehmen müsste. Es geht darum, dass der Eingreifende solche Verhaltenspflichten verletzt haben muss, die ihm im Hinblick auf das besondere Schutzbedürfnis des Gewerbebetriebes obliegen (vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2003 – VI ZR 385/02, NJW 2004, 356; Wagner in MünchKomm/BGB, 8. Aufl., § 823 Rn. 369).

In einer unbegründeten wettbewerbsrechtlichen Abmahnung wird keine Verletzung am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gesehen. Die Be-

gründungen hierfür (s. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, 40. Aufl., § 13 Rn. 87 mwN) gelten auch für die Aufforderung zur Zahlung einer Vertragsstrafe auf der Grundlage eines zwischen den Parteien nach unbegründeter Abmahnung geschlossenen Unterlassungsvertrages. Gegen eine solche (unberechtigte) Forderung kann und muss sich der Gewerbetreibende – wie gegen jede andere unberechtigte Forderung auch - ggf. vor Gericht verteidigen. Sie ist für ihn viel weniger belastend als z.B. eine den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB auslösende unberechtigte Schutzrechtsverwarnung. Anders als bei dieser erfolgt kein unmittelbarer Eingriff:

Der Große Senat des BGH (vgl. BGH, Beschluss vom 15.07.2005 – GSZ 1/04, BGHZ 164, 1 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung; s. auch Achilles in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl., Kap. 4 Rn. 23) hat angenommen, dass die Schutzrechtsverwarnung einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt. Dies hat der BGH maßgeblich damit begründet, dass einerseits das dem Schutzrechtsinhaber verliehene Ausschließlichkeitsrecht jeden Wettbewerber von der Benutzung des nach Maßgabe des jeweiligen gesetzlichen Vorschriften definierten Schutzgegenstandes ausschließt, andererseits aber diese einschneidende, die Freiheit des Wettbewerbs begrenzende Wirkung des Ausschließlichkeitsrechts nach einem Korrelat verlangt, welches sicherstellt, dass der Wettbewerb nicht über die objektiven Grenzen hinaus eingeschränkt wird. Die Möglichkeit der Wettbewerber, sich außerhalb von bestehenden Schutzrechten im Rahmen der allgemeinen Gesetze zu entfalten, werde durch die Schutzrechtsverwarnung verletzt. Wer den Umfang der gegenüber allen Wettbewerbern geltenden Schutzrechte verkenne, müsse auch für den hieraus entstandenen Schaden haften (vgl. Achilles in Ahrens aaO, Kap. 4 Rn. 23 f.).

Diese Grundsätze sind auf die Forderung einer Vertragsstrafe nicht übertragbar. Hier obliegt die Entscheidung darüber, ob die Vertragsstrafe geleistet wird, allein dem Vertragspartner. Der Eingriff ist daher nicht betriebsbezogen. Einen Grundsatz, dass der Abmahnende die Schäden aus einer unberechtigten Abmahnung zu zahlen hat, gibt es nicht.

Jedenfalls kann im Rahmen der Interessenabwägung, die erforderlich wäre, wenn ein betriebsbezogener Eingriff vorläge (vgl. Wagner in MünchKomm/BGB aaO, § 823 Rn. 371), kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angenommen werden. Die Interessenabwägung ist erforderlich, weil bei einem Eingriff die Rechtswidrigkeit nicht indiziert ist, sondern durch eine Interessenabwägung begründet sein muss (vgl. Wagner in MünchKomm/BGB aaO, § 823 Rn. 370, mwN). In diesem Zusammenhang ist nicht entscheidend, ob der Täter einen Erfolg fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Haftung für Vermögensschäden im Grundsatz ausscheidet (vgl. Wagner in MünchKomm/BGB aaO, § 823 Rn. 371, mwN). Danach kommt eine Haftung des Beklagten wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht in Betracht, weil der Beklagte lediglich die Rechtsauffassung vertreten hat, dass die Klägerin die Zahlung einer Vertragsstrafe schulde. Die Abmahnung war insoweit schon deswegen erforderlich, um eine sofortiges Anerkenntnis zu vermeiden. Die Interessen der Klägerin können dadurch gewahrt werden, dass sie die Zahlung nicht erbringt und sich auf ein Zivilverfahren einlässt.

bb) Ein Anspruch der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 3 UWG, § 7 UWG und/oder § 8 Abs. 4 UWG a.F. kommt nicht in Betracht, weil diese UWG-Vorschriften keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind (s. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, Einl. Rn. 7.5, mwN). Das Schadensersatzanspruchssystem der §§ 8 ff. UWG ist abschließend und darf nicht unterlaufen werden (vgl. Spindler in BeckOGK BGB aaO, § 823 Rn. 332, mwN).

cc) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB besteht ebenfalls nicht. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte (bzw. die für ihn verantwortlich handelnde Person) in der Absicht, sich die Vertragsstrafe als Vermögensvorteil zu verschaffen, durch Vorspiegelung falscher oder durch die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen bei der Klägerin einen Irrtum erregt hat.

(1) Für die Erfüllung des Betrugstatbestandes fehlt es bereits in objektiver Hinsicht an der Erregung eines Irrtums über Tatsachen. Der Beklagte hat bei Ab-

schluss des Unterlassungsvertrages gegenüber der Klägerin letztlich nur die – keine Tatsachenbehauptung beinhaltende – Rechtsansicht vertreten, zur Geltendmachung von Vertragsstrafe berechtigt zu sein. Entsprechendes gilt für die Abmahnung (Ziffer 3). In seiner Abmahnung hat der Beklagte im Wesentlichen die Rechtsansicht vertreten, als rechtsfähiger Verband zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen aktivlegitimiert zu sein, und er hat dargelegt, welche Wettbewerbsverstöße seiner Ansicht nach gegeben seien. Selbst wenn für § 5 UWG die Darstellung von Rechtsansichten im Sinne von eindeutig unumstößlich ausreichen kann (s. BGH, Urteil vom 25.04.2019 – I ZR 93/19, GRUR 2019, 754 - Prämiensparverträge), so reicht dies für § 263 StGB jedenfalls nicht.

Soweit Abmahnung und Vertragsstrafeforderung daneben auch noch die konkludente Tatsachenbehauptung des Beklagten beinhalten mögen, seine Berechtigung zur Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen und Durchsetzung von Vertragsstrafen sei generell anerkannt, war dies zum damaligen Zeitpunkt keine unrichtige Tatsachenbehauptung. Eine Vielzahl von Gerichten hatte den Ansprüchen des Beklagten ohne weiteres stattgegeben.

Dass der Beklagte aktiv über die Tatsache getäuscht hat, in Verfolgung wettbewerbspolitischer Ziele zu handeln, kann nicht angenommen werden. Ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein ist nicht feststellbar. Insbesondere kann (auch bei unterstelltem objektiven Rechtsmissbrauch) nicht festgestellt werden, dass und ggf. wann den Handelnden auf Beklagtenseite klar geworden ist, dass sie primär zur Einnahmenerzielung, nicht aber zur Verfolgung wettbewerbspolitischer Ziele gehandelt haben. Dass der Beklagte bereits gezielt als sog. „Abmahnverein“ gegründet wurde, ist weder schlüssig vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Eine Täuschung durch Unterlassen ist mangels einer Garantenstellung des Beklagten gegenüber der Klägerin nicht feststellbar. Eine Garantenpflicht aus Gesetz besteht nicht. Sie kann auch nicht aus Vertrag und/oder Treu und Glauben hergeleitet werden (vgl. hierzu Salinger in Esser/Rübenstahl/Salinger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 263 StGB Rn. 75 ff., 83 ff.). Zwischen den Parteien bestand weder vor noch nach dem Abschluss des Unterlassungsvertrages ein besonderes Vertrauensverhältnis, das es recht-

fertigen könnte, das grundsätzlich jedem Vertragspartner selbst obliegende Informationsrisiko auf den anderen zu verlagern. Eine Garantenpflicht aus Ingerenz (s. hierzu Salinger in Esser/Rübenstahl/Salinger/Tsambikakis aaO, § 263 StGB Rn. 80 ff.) scheidet aus, weil die Gründung des Beklagten nicht als ein vermögensgefährdendes Vorverhalten gewertet werden kann. Dies gilt auch für die anschließende – jedenfalls zunächst allgemein gebilligte - Tätigkeit des Beklagten, zumal die von dem Beklagten konkret gegenüber der Klägerin gerügten Wettbewerbsverstöße, die der Abmahnung und dem daraufhin geschlossenen Unterlassungsvertrag sowie auch der nachfolgenden Vertragsstraforderung zugrunde lagen, tatsächlich gegeben waren. Der Beklagte war nach den Gesamtumständen nicht verpflichtet, von sich aus gegenüber der Klägerin alle Tatsachen offenzulegen, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit seiner Forderung etwa von Bedeutung sein könnten. Eine solch umfassende Aufklärung wäre dem Beklagten im Übrigen weder zumutbar noch überhaupt möglich gewesen, wie sich allein schon aus dem Umfang des Tatsachenvortrags hierzu im vorliegenden Verfahren ergibt.

(2) Außerdem ist der Betrugstatbestand auch in subjektiver Hinsicht nicht erfüllt. Eine vorsätzliche Täuschung durch Unterlassen setzt Kenntnis des Täters von Existenz und Umfang seiner Aufklärungspflicht voraus, so dass der Vorsatz fehlt, wenn der Täter nicht weiß, dass seine Angaben unvollständig sind. Ohne Vorsatz in Bezug auf das Irrtumsmerkmal handelt, wer annimmt, dass sich der Getäuschte überhaupt keine Gedanken über die täuschungsrelevante Tatsache macht. Des Weiteren muss ein Betrüger in dem Bewusstsein agieren, durch seine Täuschung und Irrtumserregung eine Vermögensverfügung des Getäuschten herbeizuführen und dadurch einen anderen unmittelbar in seinem Vermögen zu schädigen (Salinger in Esser/Rübenstahl/Salinger/Tsambikakis aaO, § 263 StGB Rn. 325). Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die handelnden Personen auf Beklagtenseite zu Tatzeitpunkt Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Forderung hegten oder annahmen, die Klägerin werde sich angesichts des tatsächlich vorliegenden Wettbewerbsverstoßes Gedanken über einen etwaigen strukturellen Rechtsmissbrauchs machen.

dd) Ein Anspruch aus § 826 BGB ist nicht gegeben. Nach § 826 BGB ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten



Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Dieser Anspruch umfasst auch die Aufhebung eines sittenwidrig herbeigeführten Vertrages, einschließlich des Anspruchs auf Rückzahlung einer sittenwidrig erlangten Zahlung. Hiervon ist eine bewusste Täuschung bei Vertragsschluss mit umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 30.05.2000 – IX ZR 121/99, BGHZ 144, 343; Spindler in BeckOGK BGB aaO, § 826 Rn. 32).

Aufgrund der Fristenregelung bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 124 BGB), die nicht umgangen werden darf, genügt nicht jede arglistige Täuschung, um eine Sittenwidrigkeit zu begründen. Zu der arglistigen Täuschung muss jedenfalls ein bedingter Schädigungsvorsatz hinzukommen, um einen Anspruch aus § 826 BGB begründen zu können (vgl. Wagner in MünchKomm/BGB aaO, § 826 Rn. 70).

Vorliegend kann schon nicht von einer arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) über die Anspruchsberechtigung durch die Beklagte ausgegangen werden. Eine Täuschung kann nur dann angenommen werden, wenn der Täuschende durch sein Verhalten beim Anfechtenden vorsätzlich einen Irrtum erwecken oder aufrechterhalten wollte. Hierbei genügt ein bedingter Vorsatz, wobei auch das Verschweigen von Informationen als Täuschung angesehen werden kann. Hierbei muss der Täuschende allerdings davon ausgehen oder jedenfalls billigend in Kauf nehmen, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und den Vertrag bei entsprechender Kenntnis nicht geschlossen hätte. Allein eine fahrlässige Erregung eines Irrtums reicht nicht aus (vgl. Armbrüster in MünchKomm/BGB aaO, § 123 Rn. 14 ff., mwN).

Vor diesem Hintergrund kann eine arglistige Täuschung der Klägerin durch den Beklagten im Zusammenhang mit dem Abschluss der Unterlassungsvereinbarung nicht angenommen werden. Dabei kann offenbleiben, ob der Beklagte tatsächlich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Unterlassungsvertrages rechtsmissbräuchlich tätig geworden ist. Jedenfalls ist eine (bedingt) vorsätzliche Täuschung, ggf. durch Unterlassen der Mittelung über die Verhältnisse des Beklagten, nicht feststellbar.

Zwar liegen zahlreiche Indizien vor, die für einen Rechtsmissbrauch durch den Beklagten sprechen können. Insbesondere die Zahlung der Vergütungen an

einzelne Personen, die das Landgericht aufgeführt hat, und das teilweise Nichtvorgehen gegen Mitglieder sowie die Vereinsstruktur, bei der allein passive und damit nicht stimmberechtigte Mitglieder aufgenommen werden, sprechen für einen Rechtsmissbrauch, auch wenn fraglich bleibt, ob dieser bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Unterlassungsvereinbarung vorlag, worauf abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 27.01.2022 – I ZR 7/21, GRUR 2022, 658). Dies rechtfertigt jedoch nicht den Rückschluss auf einen (bedingten) Vorsatz des Beklagten. Der Beklagte ist im Grundsatz zur Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Normen tätig geworden. Die Kosten pro Abmahnung bewegten sich mit 195,00 € netto in einem bei Wettbewerbsverbänden üblichen Bereich. Zahlreiche Gerichte hatten die Aktivlegitimation des Beklagten regelmäßig bestätigt. Der Bundesgerichtshof hat bis heute nicht festgestellt, dass der Beklagte strukturell rechtsmissbräuchlich agiert, obwohl sich in jüngster Zeit kritische Stimmen seitens der Oberlandesgerichte mehren. Daher kann – auch wenn der Beklagte die eigenen internen Verhältnisse selbst geschaffen hat und diese daher kennt – nicht davon ausgegangen werden, dass dieser selbst ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen jedenfalls im Sinne eines bedingten Vorsatzes billigend in Kauf genommen hat.

e) Schließlich besteht auch kein Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht. In Betracht kommt nur eine Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S.1 Alt. 1 BGB.

aa) Der Beklagte hat zwar durch eine Leistung der Klägerin etwas - den Vertragsstrafebetrag - erlangt, allerdings beruht diese Leistung auf einem Rechtsgrund, nämlich dem zwischen den Parteien geschlossenen strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungsvertrag.

bb) Der Unterlassungsvertrag ist nicht durch Anfechtung entfallen. Der Anfechtungsgrund einer arglistigen Täuschung nach § 123 BGB liegt – wie oben dargelegt – nicht vor. Außerdem ist die Anfechtung nicht gemäß § 124 Abs. 1 BGB innerhalb der nach § 188 BGB zu berechnenden Jahresfrist erfolgt. Die Klägerin kannte die Tatsachen, auf die sie die Anfechtung in der Berufungserwiderung vom 28.07.2022 stützt, auch schon im Zeitpunkt der Kündigung vom 12.01.2021.

cc) Soweit die Klägerin die Unterlassungsvereinbarung gekündigt hat, wirkt dies - unabhängig davon, ob die Kündigung wirksam ist - jedenfalls nicht auf bereits gezahlte Vertragsstrafen zurück.

Ein Unterlassungsvertrag kann als Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB gekündigt werden. Dies kommt etwa in Betracht, wenn die Aktivlegitimation des Gläubigers weggefallen ist, weil in diesem Fall die Interessenabwägung dazu führt, dass es dem Schuldner nicht zumutbar ist, weiter an dem Unterlassungsvertrag festzuhalten. Auch wenn der Schuldner durch eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung zu der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung veranlasst wurde, kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht, wenn die Umstände, die den Rechtsmissbrauch begründen, erst nachträglich bekannt werden (vgl. BGH, Urteil vom 14.02.2019 – I ZR 6/17, GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; Feddersen in Peifer, UWG, 3. Aufl., § 13 Rn. 167). Hierbei müssen Umstände vorliegen, die im Falle eines gerichtlichen Verbots die Vollstreckungsgegenklage im Sinne des § 767 BGB begründen würden (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2014 – I ZR 210/12, GRUR 2014, 797 – fishtailparka; Feddersen in Peifer aaO, § 13 UWG Rn. 166). Wird eine Kündigung erklärt, kann die Forderung von noch nicht gezahlten Vertragsstrafen gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen.

Hier hat die Klägerin die Vertragsstrafe allerdings bereits gezahlt und fordert diese nunmehr zurück. Dies ist nicht möglich, weil die Kündigung nur ex nunc wirkt (vgl. BGH, GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; Feddersen in Peifer aaO, § 13 UWG Rn. 167, mwN). Daher können bereits geleistete Vertragsstrafen auch im Grundsatz nicht zurückgefordert werden (vgl. Feddersen in Peifer aaO, § 13 UWG Rn. 167; Achilles in Ahrens aaO, Kap. 8 Rn. 61, jeweils mwN). Ein Beendigungsgrund führt nicht zur Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.1983 – I ZR 201/80, GRUR 1983, 602 – Vertragsstrafenrückzahlung; Achilles in Ahrens aaO, Kap. 4 Rn. 61, mwN).

dd) Aus den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ergibt sich vorliegend nichts anderes.

Die Grundsätze des § 313 BGB sind neben der Kündigung anwendbar und können neben der Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 3 S. 2 BGB auch zur Kündigung des Vertrages führen. Allerdings unterliegt die Kündigung eines Vertrages aus wichtigem Grund weniger strengen Anforderungen, sodass im Grundsatz kaum ein Anwendungsbereich verbleibt (vgl. Feddersen in Peifer aaO, § 13 UWG Rn. 168, mwN).

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann ein Vertrag angepasst werden, wenn sich nach Vertragsschluss Umstände schwerwiegend geändert haben. Nach § 313 Abs. 2 BGB steht dem gleich, wenn wesentlichen Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen. Dies kann nach § 313 Abs. 3 BGB auch zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses führen.

Diese Grundsätze können im vorliegenden Fall nicht zu einem Erfolg der Klägerin führen, auch wenn unterstellt wird, dass diese bei Vertragsschluss davon ausging, der Beklagte sei berechtigt gewesen und habe nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt. Der BGH hat in der Entscheidung Vertragsstrafenrückzahlung (GRUR 1983, 602) folgendes ausgeführt:

„Welche Rechtsfolgen der Wegfall der Geschäftsgrundlage zeitigt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles und deren Würdigung nach Treu und Glauben. Regelmäßig führt er nicht zur Auflösung des Vertrages, sondern zur Anpassung seines Inhalts an die veränderten Umstände (BGH, LM § 242 (Ba) BGB Nr. 27; Bb Nr. 18; BGHZ 47, 48 (52) = NJW 1967, 721; eine Befreiung einer Partei von ihren Verpflichtungen tritt grundsätzlich nur insoweit ein, wie Treu und Glauben es - unter gebührender Berücksichtigung des Gedankens der Vertragstreue - gebieten (BGH, LM § 242 (Bb) BGB Nr. 24; LM § 779 Nr. 2). Eine Anpassung kommt dabei regelmäßig nur für noch nicht abgewickelte Vertragsverhältnisse in Betracht, so insbesondere für Dauerschuldverhältnisse, und auch dort regelmäßig nur für die Zukunft (BGHZ 58, 355 (363) = NJW 1972, 1577). Das bedeutet aber, daß auch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage für die Unterlassungsverpflichtung grundsätzlich nicht dazu führen kann, eine bereits vorher verfallene und bezahlte Vertragsstrafe wieder herauszugeben. Das gilt - entgegen der Meinung der Revision - auch, wenn - wie hier - Verfall und Zahlung der Vertragsstrafe zwar nach Erlaß des Urteils des BGH vom 10. 3. 1978, aber vor dessen Kenntniserlangung durch die Parteien erfolgt sind. Treu und Glauben gebieten es zwar, daß nach Kenntniserlangung von diesem Urteil Ansprüche aus - danach zugelassenen - Werbemaßnahmen nicht mehr aus der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung geltend gemacht werden. Dagegen erfordern es Treu und Glauben nicht, vor Kenntniserlangung abgewickelte Verletzungsfälle einer Rückzahlungspflicht der bezahlten Vertragsstrafe zu unterwerfen. Entscheidend ist hierfür, daß der Wegfall der Geschäftsgrundla-

ge nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit oder jedenfalls zur Beendigung der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung führt, sondern grundsätzlich nur zur Anpassung für die Zukunft, und zwar unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Hierfür ist aber - wie das KG im Ergebnis mit Recht angenommen hat - von Bedeutung, daß die - vor Kenntnis vom Urteil des BGH vom 10. 3. 1978 erfolgte - Werbemaßnahme des Kl. sich als ein bewußtes Zuwiderhandeln gegen eine bestehende vertragliche Unterlassungsverpflichtung darstellt, so daß es auch der Billigkeit entspricht, diesen abgewickelten Vorfall nicht einer Rückabwicklung nach Bereicherungsgrundsätzen zu unterwerfen.“

Danach entspricht es der Billigkeit, die bereits verfallene und gezahlte Vertragsstrafe selbst dann keiner Rückabwicklung zu unterwerfen, wenn die Abmahnung tatsächlich rechtswidrig gewesen sein sollte. Die Klägerin hat unstreitig gegen die von ihr abgegebene Unterlassungsverpflichtung verstoßen und dadurch den Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe ausgelöst. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nicht der Beklagte, sondern dessen Mitglieder und die Allgemeinheit durch den Abschluss des Unterwerfungsvertrages vor der Begehung neuer wettbewerbswidriger Verstöße der Klägerin geschützt werden sollten.

Soweit teilweise in bereits abgewickelte Schuldverhältnisse eingegriffen wird, erfolgt dies in der Regel, weil über die Abwicklung hinaus ein in die Zukunft gerichtetes Interesse erkennbar ist, wie etwa bei einer Schenkung unter Ehegatten und einer später erfolgten Scheidung (vgl. Finkenauer in MünchKomm/BGB aaO, § 313 Rn. 48). Diese Ausnahme greift im vorliegenden Fall nicht. Zwar besteht auch hier ein Unterlassungsinteresse für die Zukunft. Dem kann aber – anders als bei dem vorgenannten Beispiel, in dem die Schenkung bereits abgewickelt war – hinreichend mit einer Kündigung oder Beendigung des Vertrages für die Zukunft begegnet werden.

3. Die Klägerin kann von dem Beklagten auch keine Rückerstattung der Abmahnkosten verlangen. Insoweit kommt nur ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB in Betracht; wettbewerbsrechtliche, schuldrechtliche und deliktische Ansprüche scheiden aus den oben angeführten Gründen aus.

Auszugehen ist davon, dass für eine missbräuchlich Abmahnung kein Aufwendungsersatz verlangt werden kann, so dass der Abgemahnte, der in Unkenntnis des Missbrauchs Aufwendungsersatz gezahlt hat, den Betrag grundsätzlich

nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB zurückfordern kann (Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 8c Rn. 6). Gleichwohl greift ein solcher Kondiktionsanspruch im vorliegenden Fall nicht, weil die Klägerin sich in der von dem Beklagten vorformulierten strafbewehrten Unterlassungserklärung (auch) zur Zahlung der Abmahnkosten verpflichtet hat. Hierdurch wird ein neuer, von den gesetzlichen Aufwendungsersatzansprüchen aus GoA und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG a.F. / § 13 Abs. 3 UWG n.F. zu unterscheidender vertraglicher Anspruch begründet. Auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Unterlassungsvertrages hat die Klägerin nicht nur die Vertragsstrafe, sondern auch die Abmahnkosten mit Rechtsgrund gezahlt.

4. Die Berufung des Beklagten ist schließlich auch insoweit begründet, als der Klägerin kein Anspruch auf Erstattung der für die Kündigung des Unterlassungsvertrages angefallenen Kosten zusteht.

Die Klägerin kann Erstattung der Rechtsanwaltskosten allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines ihr insoweit entstandenen Schadens geltend machen. Ein Erstattungsanspruch aus Vertrag ist nicht ersichtlich. Die Kündigung des Vertrages stellt kein Geschäft für den Beklagten als Geschäftsherrn dar. Bereicherungsrechtliche Ansprüche scheiden aus, weil der Beklagte durch die Kündigung nichts erlangt hat.

Aber auch für einen Schadensersatzanspruch ist keine Anspruchsgrundlage gegeben, wobei die Wirksamkeit der Kündigung wegen Rechtsmissbrauchs als Grundvoraussetzung für die Erstattungsfähigkeit der Kosten unterstellt werden kann.

Wie bereits oben dargelegt, kann sich die Klägerin zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs insbesondere nicht auf § 8 Abs. 4 S. 2 UWG a.F. berufen, dessen Anwendungsbereich schon von der Ausgangslage und von der Rechtsfolgenseite her auch bezüglich der Kündigung nicht eröffnet ist. § 8 Abs. 4 UWG a.F. ist ebenso wie § 8c Abs. 3 UWG n.F. ausschließlich auf die missbräuchliche Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG ausgerichtet. Auf vertragliche Ansprüche, insbesondere Zahlungsansprüche, ist die Vorschrift weder direkt noch entsprechend anwendbar. Dies beruht darauf, dass die wesentliche Funktion des § 8 Abs. 4 UWG

a.F. / § 8c Abs. 3 UWG n.F. darin liegt, als Korrektiv der weit gefassten Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG zu wirken. Diese Gläubigermehrheit besteht nicht, wenn sich ein Wettbewerber gegenüber einem bestimmten Mitbewerber zu einer vertragsstrafebewehrten Unterlassung verpflichtet hat. Es stellt daher keine Regelungslücke dar, wenn die Erhebung derartiger Ansprüche nur durch die allgemeinen Grenzen des § 242 BGB beschränkt ist (BGH, Urteil vom 31.05.2012- I ZR 45/11, GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe).

Ansprüche aus § 826 BGB, § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder den Vorschriften des UWG scheiden aus den oben angeführten Gründen aus; sie scheitern spätestens an der subjektiven Seite.

Schließlich kommt auch kein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens bei Vertragsschluss oder einer positiven Vertragsverletzung in Betracht. Der Beklagte hat weder vorvertragliche noch nebenvertragliche Aufklärungspflichten verletzt.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Übertragung allgemein anerkannter Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsätze auf einen Einzelfall, so dass kein Anlass besteht, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen.

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 1.045,00 €.

Nolte

Büch

Hammer