
Datum: 18.06.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 23/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0618.4U23.13.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 6 O 13/12

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 04. Dezember 2012 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Detmold wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es im landgerichtlichen Tenor statt einem „Verbrauch“ richtig einem „Verbraucher“ heißt und dass es am Ende des Unterlassungstenors heißt: „wie geschehen im Schreiben der Beklagten an Frau G und Herrn L vom 31.03.2011 (Anlage K1, Bl. 8 d.A.)“.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

1

A.

2

Die Beklagte vertreibt Fertiggaragen an Endverbraucher. Auf der Rückseite ihrer Verträge mit diesen sind die „AGB F“ (Anlage K2-Bl. 9 d.A.) abgedruckt. Hierin heißt es unter Ziffer 11. in Satz 5 wie folgt:

3

„Bei unberechtigtem Rücktritt, Abbestellung oder Abnahmeverweigerung leistet der Kunde oder dessen vollmachtloser Vertreter Schadensersatz in Höhe von 25% der Auftragssumme,

4

soweit wir keinen höheren Schaden nachweisen.“

Die Beklagte berief sich wiederholt gegenüber Kunden auf Ziffer 11 ihrer Vertragsbedingungen. So heißt es in einem Schreiben der Beklagten vom 31.03.2011 (Anlage K1/Bl. 8 d.A.) als Reaktion auf den zuvor seitens der Kunden G und L erklärten Widerruf u.a. wie folgt: 5

„...Gemäß § 11 unserer AGB können Sie vom Vertrag nach Zahlung von 25% der Auftragssumme, ... zurücktreten. Nach Zahlung von v.g. Summe erlöschen alle weiteren, gegenseitigen Ansprüche und der Auftrag wird storniert. 6

Wir hoffen jedoch, dass Sie sich für die Abnahme der Garage entscheiden.“ 7

Der Kläger mahnte die Beklagte deshalb mit Schreiben vom 14.03.2012 (Anlage K4/ Bl. 12f. d.A.) ab und forderte sie zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auf. Dies lehnte die Beklagte mit anwaltlichen Schreiben vom 26.03.2012 (Anlage K5/Bl. 14f. d.A.) ausdrücklich ab. 8

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 9

Das Landgericht hat es der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr einem Verbrauch gegenüber, mit dem die Beklagte einen Vertrag über den Kauf einer Fertiggarage geschlossen hat und der ihr gegenüber erklärt hat, sich vom Vertrag lösen zu wollen, auf eine allgemeine Geschäftsbedingung mit dem folgenden oder sinngemäßen Inhalt zu berufen: „Bei unberechtigtem Rücktritt, Abbestellung oder Abnahmeverweigerung leistet der Kunde oder dessen vollmachtloser Vertreter Schadensersatz in Höhe von 25% der Auftragssumme, soweit wir keinen höheren Schaden nachweisen.“. 10

Es hat dies wie folgt begründet: 11

Die Klage sei begründet. 12

Der Kläger könne gemäß §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und Abs. 3, 12 UWG i.V.m. 309 Nr. 4 BGB von der Beklagten verlangen, dass diese es unterlässt, sich im geschäftlichen Verkehr einem Verbraucher gegenüber, mit dem die Beklagte einen Vertrag über den Kauf einer Fertiggarage geschlossen und der ihr gegenüber erklärt habe, sich vom Vertrag lösen zu wollen, auf eine allgemeine Geschäftsbedingung mit dem folgenden oder sinngemäßen Inhalt zu berufen: „Bei unberechtigtem Rücktritt, Abbestellung oder Abnahmeverweigerung leistet der Kunde oder dessen vollmachtloser Vertreter Schadensersatz in Höhe von 25% der Auftragssumme, soweit wir keinen höheren Schaden nachweisen.“. 13

Der Kläger sei als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG klageberechtigt. 14

Die Beklagte habe sich in der Vergangenheit unstreitig schon des Öfteren auf Nr. 11 S. 5 ihrer AGB gestützt und 25% der Auftragssumme von Kunden verlangt, die sich von einem mit ihr abgeschlossenen Kaufvertrag haben lösen wollen. Dies stelle eine unlautere Wettbewerbshandlung dar. 15

Das Verwenden dieser gemäß §§ 307ff. BGB unwirksamen AGB stelle eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, die gemäß § 4 Nr. 11 UWG unlauter sei. 16

Nr. 11 S. 5 der AGB sei nach § 309 Nr. 4 BGB unwirksam, weil die Beklagte von der gesetzlichen Obliegenheit der Fristsetzung freigestellt werde. Zwar werde eine Fristsetzung nicht ausdrücklich für entbehrlich erklärt. Die Beklagte nehme aber eine Rechtsfolge, nämlich Schadensersatz für sich in Anspruch, die nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich erst nach erfolgloser Fristsetzung eintrete.	17
Die Beklagte könne sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass Nr. 11 S. 5 der AGB nur die Rechtsfolgen von Ansprüchen nach §§ 281 Abs. 2 Alternative 1, 304 BGB regele und dabei an einen unberechtigten Rücktritt, eine unberechtigte Abbestellung oder eine unberechtigte Abnahmeverweigerung des Kunden anknüpfe.	18
Schon nach dem Wortlaut regele die Klausel nicht die Rechtsfolgen des Aufwendungsersatzanspruches nach § 304 BGB. Denn es sei von Schadensersatz die Rede. Auch Nr. 11 S. 6 der AGB, der in engem Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Klausel stehe, knüpfe an einen Schadensersatzanspruch an.	19
Nr. 11 S. 5 der AGB beschränke sich auch nicht darauf, die Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruches nach § 281 Abs. 2 Alternative 1 BGB zu regeln. Schon nach dem Wortlaut billige die Klausel der Beklagten einen Schadensersatz bei jedweder Abbestellung oder Abnahmeverweigerung durch den Kunden zu. Das Adjektiv „unberechtigt“ sei nur dem Begriff „Rücktritt“ vorangestellt und beziehe sich angesichts der sprachlichen Fassung der Klausel nicht auf die Begriffe „Abbestellung“ und „Abnahmeverweigerung“. Überdies sei Nr. 11 S. 5 der AGB im Zusammenhang mit Nr. 11 S. 1 bis 4 der AGB zu sehen. Darin werde im Einzelnen ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen der Kunde und die Beklagte berechtigt seien, von einem Vertrag zurückzutreten. Aus Sicht eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden könne die Klausel deshalb nur dahin verstanden werden, dass ein Kunde nur unter den Voraussetzungen der Nr. 11 S. 1 und 2 der AGB berechtigt sei, von einem Vertrag zurückzutreten, und dass ein Rücktritt ansonsten unberechtigt sei und ebenso wie die Abbestellung und Abnahmeverweigerung einen Schadensersatzanspruch der Beklagten auslöse. Vor diesen Hintergrund könne der Begriff „unberechtigt“ auch nicht mit dem Begriff der „ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung“ im Sinne des § 281 Abs. 2 Alternative 1 BGB gleichgesetzt werden.	20
Dass Nr. 11 S. 5 der AGB nicht nur die Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruches regele, werde auch deutlich, wenn man diese Klausel mit der Regelung der Nr. 12 der AGB vergleiche. Diese betreffe nämlich die Fallgestaltung, dass ein Kunde der Beklagten bei Anlieferung der Fertiggarage deren Montage verweigere oder später die Demontage anordne. Für diese Fallgestaltung billige Nr. 12 S. 4 der AGB der Beklagten einen Schadensersatzanspruch erst nach Ablauf einer 10-tätigen Nachfrist zu. Hieraus werde der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde ableiten, dass es im Gegensatz dazu in den von Nr. 11 S. 5 der AGB erfassten Fallgestaltungen keiner Fristsetzung von Seiten der Beklagten bedürfe.	21
Die Verwendung der unwirksamen Klausel stelle keinen Bagatellverstoß dar.	22
Es bestehe auch Wiederholungsgefahr.	23
Hiergegen richtet sich die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung wie folgt:	24
Das Landgericht habe sich der ursprünglich den Anlass zur Klageerhebung bildenden Argumentation des Klägers nicht anzuschließen vermocht, dass es sich bei der in Rede	25

stehenden AGB-Klausel um eine gemäß § 309 Nr. 6 BGB unzulässige Vertragsstrafklausel handele. Jedenfalls habe es das Urteil nicht hierauf gestützt.

Nach dem Wortlaut von Ziffer 11 Satz 5 seien die drei dort genannten Alternativen durch ein „oder“ miteinander verbunden. Damit sei das zur sprachlichen Vereinfachung vorangestellte „unberechtigt“ auch ohne weitere Deklination auf alle drei Anwendungsfälle zu beziehen. 26

In der Klausel seien damit tatbestandlich nur solche Fälle angesprochen, die mit einer „ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung“ i.S.d. § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB gleichzusetzen seien. Dies werde nochmals dadurch deutlich, dass im dritten Anwendungsfall von einer „Abnahmeverweigerung“ und nicht etwa nur von einer Ablehnung der Abnahme die Rede sei. 27

Wenn in den Sätzen 1 und 2 der Ziffer 11 Situationen dargestellt seien, in denen für einen Rücktritt einer der beiden Vertragsparteien gute Gründe vorlägen, werde dem Leser umso deutlicher vor Augen geführt, dass hiervon der in den Sätzen 5 und 6 geregelte unberechtigte Wunsch, sich vom Vertrag zu lösen, zu unterscheiden sei. Dass damit die in den Sätzen 1 und 2 dargestellten Rücktrittsszenarien die einzigen seien, in denen ein Rücktrittsrecht anzunehmen sei, sei hiermit nicht gesagt. 28

Die Würdigung der Ziffer 12 der AGB durch das erstinstanzliche Urteil sei ungenau. Zwar sei dort tatsächlich von einer 10-tägigen Nachfrist die Rede, nach deren Ablauf die Beklagte zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sein solle. Diese Frist knüpfe jedoch nur an die in Satz 2 geregelten Fälle an, in denen der Kunde eine Verzögerung der Anlieferung und Montage der Fertiggarage zu vertreten habe, nachdem hierfür eine Terminierung durch die Beklagte vorgenommen worden sei. Die Fälle, in denen der Kunde die Montage der Fertiggarage bei Anlieferung verweigere oder die Demontage ausdrücklich anordne, würden hingegen in Satz 1 angesprochen und hieran knüpfe wiederum die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz, und zwar in Form von 20% des Vertragswertes als Bearbeitungsgebühr. 29

Die streitgegenständliche Klausel in Ziffer 11 Satz 5 AGB knüpfe an Fälle an, in denen der Kunde die Vertragserfüllung verweigere. In diesen Fällen sei eine Nachfristsetzung nach § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB schon kraft Gesetzes entbehrlich. Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung sei schon tatbestandlich gegeben. Die Klausel modifiziere nicht die Tatbestandsseite. Sie befasse sich lediglich mit der Rechtsfolgenseite einer an die Abnahmeverweigerung des Kunden anknüpfenden Schadensersatzverpflichtung – und hierin liege keine Vertragsstrafklausel. 30

Es liege weder ein Verstoß gegen § 309 Nr. 4 BGB noch gegen § 309 Nr. 6 BGB vor. 31

Höchst vorsorglich berufe sich die Beklagte zum Beweis der Behauptung, dass die in Ziffer 11 Satz 5 der AGB vorgesehenen 25% der Auftragssumme eine branchenübliche und damit angemessene Quantifizierung des Schadens in Folge unberechtigter Abnahmeverweigerung durch den Besteller einer Fertiggarage darstelle, auf ein einzuholendes Sachverständigengutachten. 32

Die Beklagte beantragt deshalb, 33

unter Änderung des am 07.12.2012 der Beklagten zugestellten Urteils des Landgerichts Detmold vom 04.12.2012 zum dortigen Aktenzeichen 6 O 13/12 die Klage abzuweisen. 34

Der Kläger beantragt, 35

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass es im landgerichtlichen Tenor statt einem "Verbrauch" richtig einem "Verbraucher" heißt und dass es am Ende des Unterlassungstenors heißt: "wie geschehen im Schreiben der Beklagten an Frau G und Herrn L vom 31.03.2011 (Anlage K 1, Bl. 8 d.A.)"	36
Er trägt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor:	37
Bei der Prüfung der Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen gelte der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung. Unter dieser Maßgabe reiche es nicht aus, wenn die Beklagte Ausführungen dazu mache, wie die beanstandete Klausel möglicherweise auch verstanden werden könne. Wenn wenigstens eine nachvollziehbare Auslegungsalternative zu dem Ergebnis führe, dass eine Klausel mit den in § 307ff. BGB normierten Grundsätzen nicht zu vereinbaren sei, dürfe die Klausel insgesamt nicht mehr verwendet werden. Darauf, wie der Verwender die Klausel handhabe, komme es nicht an.	38
Die vom Landgericht vorgenommene Auslegung sei nicht zu beanstanden.	39
Es könne dahinstehen, ob das Adjektiv „unberechtigt“ in der streitgegenständlichen Klausel sich auf sämtliche Alternativen beziehe – und das Landgericht gehe mit überzeugenden Erwägungen vom gegenteiligen Standpunkt aus. Denn die Klausel sei auch unter Zugrundelegung dieses weiten Verständnisses der Beklagten unwirksam. Auch in diesem Fall stünde noch der von der Klausel vorausgesetzte Verzicht auf eine Nachfristsetzung im Raum. Ein Schadensersatzanspruch der Beklagten für den Fall einer berechtigten Abbestellung bzw. einer berechtigten Abnahmeverweigerung würde per se entfallen, selbst wenn die Beklagte dem Verbraucher eine (rechtlich bedeutungslose) Nachfrist setzen würde. Denn im Falle einer berechtigten Abbestellung/Abnahmeverweigerung fehle es logischerweise schon an einer den Schadensersatzanspruch begründenden Pflichtverletzung des Verbrauchers.	40
Der Wortbestandteil „Verweigerung“, der ohnehin nur in dem Begriff „Abnahmeverweigerung“ vorkomme, spreche eher gegen die Beklagte. Gemäß § 281 Abs. 2 BGB genüge gerade nicht allein die bloße Verweigerung für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Denn diese müsse „ernsthaft und endgültig“ sein. Auch damit genüge die Klausel ersichtlich nicht den gesetzlichen Vorgaben.	41
Zudem ergebe sich aus der Gesamtschau von Ziffer 11 und Ziffer 12 der AGB der Eindruck, dass es – argumentum e contrario – für den Schadensersatzanspruch in Ziffer 11 nicht auf eine Nachfristsetzung ankomme, wenn eine solche in Ziffer 12 angesprochen sei. Insoweit sei es ohne Belang, ob die Beklagte in Ziffer 12 der AGB Konstellationen beschreibe, in denen sie zulässigerweise Schadensersatz fordern könne.	42
Wenn das Landgericht die Unwirksamkeit der Klausel bereits in dem darin enthaltenen Verzicht auf die Nachfristsetzung gesehen habe, habe es die Prüfung unterlassen können, inwieweit die beanstandete Klausel gegen § 309 Nr. 6 BGB verstoße.	43
Im Übrigen werde bestritten, dass die von der Beklagten angesetzte Pauschale von 25% der Auftragssumme einem branchenüblichen Schaden entspreche. Wenn überhaupt sei ein Schaden im einstelligen Prozentbereich anzunehmen, nachdem in allen von der Klägerin aufgedeckten Fällen der Verbraucher nur wenige Tage nach Vertragsschluss „zurückgetreten“ sei und damit der von der Beklagten behauptete Planungsaufwand nicht habe eintreten können.	44

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.	46
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.	47
Denn die zulässige Klage ist begründet.	48
I.	49
Die Klage ist zulässig.	50
1.	51
Der Klageantrag entspricht jedenfalls mit dem im Senatstermin aufgenommenen Maßgabezusatz dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.	52
2.	53
Der Kläger ist sowohl gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG im Hinblick auf den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG als auch gemäß §§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, 4 UKlaG im Hinblick auf den geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG klagebefugt.	54
II.	55
Die Klage ist auch begründet.	56
Dem solchermaßen aktiv legitimierten Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG i.V.m. § 309 BGB zu.	57
1.	58
Die Beklagte verwendet die streitgegenständliche Klausel ihrer AGB i.S.d. § 1 UKlaG. Denn sie beruft sich unstreitig gegenüber ihren Kunden auf diese Bestimmung (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 8, 12).	59
2.	60
Die in Rede stehende Bestimmung ist in jedem Fall gemäß § 309 BGB unwirksam.	61
Denn selbst wenn man mit der Argumentation der Beklagten davon ausgeht, dass Ziffer 11 Satz 5 der AGB eine Schadenspauschale i.S.d. § 309 Nr. 5 BGB und keine Vertragsstrafe i.S.d. § 309 Nr. 6 BGB statuiert, ist die Klausel dennoch unwirksam.	62
a)	63
Denn sie verstößt gegen das (absolute) Klauselverbot des § 309 Nr. 4 BGB.	64
Die Regelung des § 309 Nr. 4 BGB hat praktische Bedeutung nicht nur für den Anspruch des Verwenders auf Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß §§ 280, 286 BGB, sondern vor allem für seine Rechte aus §§ 280, 281, 321, 323 BGB etc.. Nach diesen Vorschriften kann der Verwender nur dann von dem Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz statt der	65

Leistung verlangen, wenn er dem Kunden die erforderliche Frist für die Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat und diese Frist abgelaufen ist, ohne dass der Kunde die Leistung erbracht hat. Mahnung und Fristsetzung kommen in diesem Rahmen eine wichtige Schuldnerschutzfunktion zu. Bevor die einschneidenden Gläubigerrechte ausgeübt werden können, soll der säumige Schuldner gewarnt werden und eine letzte Gelegenheit zur Leistung erhalten.

Von der Obliegenheit der Fristsetzung kann der Verwender sich deshalb gemäß § 309 Nr. 4 BGB durch AGB-Klauseln nicht freizeichnen. Denn durch Nr. 4 werden alle gesetzlichen Fristen für die Leistung oder Nacherfüllung „klauselfest“. Die Vorschrift soll damit die Warnfunktion von Mahnung und Fristsetzung erhalten und den Vertragspartner davor schützen, dass er, ohne es recht zur Kenntnis zu nehmen, schadensersatzpflichtig wird. Dieser am Schutzbedürfnis des Schuldners ausgerichteten Gesetzeskonzeption muss der Verwender Rechnung tragen, obwohl der Schuldner durch seine Säumnis bereits eine Pflichtwidrigkeit begangen hat (BeckOK-Becker, BGB, Stand: 01.05.2013, § 309 Nr. 4 Rn. 1; MünchKomm-Wurmnest, BGB, 6. Aufl., § 309 Nr. 4 Rn. 1).

Ziffer 11 Satz 5 der AGB der Beklagten trägt diesem Verbot nicht Rechnung. 67

Denn mit der Klausel soll der Verbraucher der Beklagten nach deren eigener Auffassung „bei unberechtigtem Rücktritt, Abbestellung oder Abnahmeverweigerung“ unmittelbar Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB schulden, ohne dass diese ihm zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat. 68

Die Beklagte zeichnet sich damit von der nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehenden Obliegenheit, dem Kunden zunächst eine Frist zur Leistung zu setzen, frei. 69

aa) 70

Dem steht nicht etwa von vorneherein entgegen, dass die Fristsetzung nicht ausdrücklich für nicht erforderlich erklärt wird. Denn die Nichterforderlichkeit der Fristsetzung ergibt sich mittelbar daraus, dass sie in der streitgegenständlichen Klausel als Voraussetzung für die Entstehung der Rechte aus den § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gar nicht erst genannt wird (BGH NJW 1983, 1320, 1322; MünchKomm-Wurmnest, BGB, 6. Aufl., § 309 Nr. 4 Rn. 8; Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 309 Rn. 22). 71

bb) 72

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass von der AGB-Kontrolle nach § 309 Nr. 4 BGB die gesetzlichen Ausnahmen vom Erfordernis der Fristsetzung unberührt bleiben (vgl. BGH NJW 1983, 1320, 1322; MünchKomm-Wurmnest, BGB, 6. Aufl., § 309 Nr. 4 Rn. 8; Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 309 Rn. 22). Auch damit dürfen diese Ausnahmen nämlich allenfalls wiederholt und nicht etwa modifiziert oder gar erweitert werden (BGH NJW 1995, 1488; BeckOK-Becker, BGB, Stand: 01.05.2013, § 309 Nr. 4 Rn. 6; Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 309 Rn. 22; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearb. 2006, § 309 Nr. 4 Rn. 8). 73

Genau hierzu führt die streitgegenständliche Klausel jedoch, wenn eine Fristsetzung „bei unberechtigtem Rücktritt, Abbestellung oder Abnahmeverweigerung“ generell für entbehrlich erachtet wird. Denn die aufgeführten Fälle lassen sich nicht zweifelsfrei unter das Tatbestandsmerkmal der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung nach § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB – und allein dieser Ausnahmetatbestand könnte vorliegend auch nach 74

Ansicht der Beklagten einschlägig sein - subsumieren. Dies geht zu Lasten der Beklagten (§ 305c Abs. 2 BGB).

Entscheidend ist insoweit, dass an das Vorliegen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung nach § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB im Hinblick auf die Schuldnerschutzfunktion der Fristsetzung, mit der – wie bereits ausgeführt - der säumige Schuldner gewarnt und ihm eine letzte Gelegenheit zur Leistung gegeben werden soll, strenge Anforderungen zu stellen sind. Das heißt, der Schuldner muss die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Gläubiger unmissverständlich, endgültig und ernstlich ablehnen, so dass für den Gläubiger nicht zweifelhaft sein darf, dass er unter keinen Umständen mehr mit einer freiwilligen Leistung rechnen kann. Die Fristsetzung darf nur noch als leere Formalität erscheinen. Der Schuldner muss eindeutig und gewissermaßen als „sein letztes Wort“ den Willen zum Ausdruck gebracht haben, dass er seine Vertragspflichten nicht erfüllen werde (BGH ZIP 2012, 1463; BeckOK-Lorenz, BGB, Stand: 01.03.2011, § 281 Rn. 22; Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 281 Rn. 14).

75

Die in der hier maßgeblichen Klausel aufgeführten Fallkonstellationen des unberechtigten Rücktritts, der Abbestellung und der Abnahmeverweigerung werden diesen Anforderungen nicht ohne weiteres gerecht. Ihnen ist gemeinsam, dass es sich sämtlich um Fälle handelt, in denen der Kunde zum Ausdruck bringt, sich vom zuvor geschlossenen Vertrag mit der Beklagten lösen wollen, jedoch ohne dass ihm der Vertrag oder das Gesetz hierfür eine Möglichkeit böte. Denn andernfalls wäre der Beklagten von vorneherein ein Schadensersatzanspruch nach § 281 BGB verwehrt.

76

Mit einem solchermaßen rechtsgrundlosen Ansinnen bringt der Kunde jedoch nicht per se zum Ausdruck, an der Durchführung des Vertrages unumstößlich kein Interesse mehr zu haben. Zwar mag es in dem ein oder anderen Fall für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung genügen, wenn der Schuldner ungerechtfertigter Weise erklärt, vom Vertrag zurücktreten zu wollen (BGH ZIP 2012, 1463; NJW 1977, 580). Dies gilt entsprechend für die vom Kunden erklärte (bloße) Abbestellung oder Abnahmeverweigerung (OLG Köln ZIP 1999, 355). Jedoch setzt dies voraus, dass der Schuldner damit keinen Zweifel daran lässt, dass er zur Leistungserbringung nicht mehr bereit ist (BGH, aaO.; Staudinger-Otto/Schwarze in Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 281 Rn. B96; Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 281 BGB Rn. 14). Ob sein Handeln so zu verstehen ist, wird sich jedoch nur anhand der Umstände des Einzelfalles beantworten lassen (BGH aaO.). Dementsprechend sind gleichermaßen Fallkonstellationen vorstellbar, in denen der Kunde nicht eindeutig zum Ausdruck bringt, an der Vertragsdurchführung endgültig kein Interesse mehr zu haben. Zu denken wäre beispielsweise an den Kunden, der die bestellte Garage offensichtlich in der irrtümlichen Annahme abbestellt, hierzu ohne weiteres berechtigt zu sein. Gerade dieser Kunde könnte in Anbetracht der mit einer Fristsetzung verbundenen Warnung seine Entscheidung im Hinblick auf die Konsequenzen seines Handelns überdenken.

77

Sofern sich der als Rücktritt, Abbestellung oder Abnahmeverweigerung formulierten Erklärung des Kunden aber nicht entnehmen lässt, dass dies sein „letztes Wort“ darstellt, ist der Ausnahmetatbestand des § 281 Abs. 1 1. Alt. BGB überschritten und der Verbotstatbestand des § 309 Nr. 4 BGB damit erfüllt.

78

Eine einschränkende, gleichsam gesetzeskonforme Auslegung der maßgeblichen Klausel entsprechend § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB kommt nicht in Betracht, da gemäß § 305c Abs. 2 BGB diesbezügliche Zweifel zu Lasten des Verwenders gehen und dies auf die Rückführung unwirksamer Klauseln auf einen zulässigen Inhalt in AGB hinauslaufen würde, die prinzipiell nicht möglich ist (vgl. BGH NJW 1985, 970, 971; Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 305c

79

Rn. 16).

Dass die Beklagte die maßgebliche Klausel in concreto entsprechend den gesetzlichen Vorgaben handhaben mag, ist ohne Belang. 80

3. 81

Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund der erfolgten Verwendung der AGB tatsächlich vermutet (*Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 10) 82

C. 83

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 709 Nr. 10, 711 ZPO. 84

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 85