
Datum: 10.08.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 101/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0810.4U101.15.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 3/15

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 09.07.2015 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es am Ende des Widerklagetenors nicht „wie am 09.01.2015 geschehen“, sondern „wie am 12.01.2015 in dem Internetauftritt der Klägerin www.X.de gemäß Anlage B1 geschehen“ lautet.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Soweit die Klägerin zur Unterlassung verurteilt worden ist, kann sie die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,00 € abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Im Übrigen kann die Klägerin die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

A.	2
Die Parteien handeln im Internet mit Erotikartikeln.	3
Mit anwaltlichem Schreiben vom 29.12.2014 mahnte die Klägerin den Beklagten wegen der Verwendung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung und der Werbung mit einem Testergebnis ab und forderte ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie zur Erstattung der anwaltlichen Kosten der Abmahnung in Höhe von 612,80 € auf (Anlage K3).	4
Der Beklagte gab unter dem 08.01.2015 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab.	5
Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.01.2015 mahnte er seinerseits die Klägerin ab (Anlage K1). Er beanstandete, in der im Internetauftritt der Klägerin verwendeten Widerrufsbelehrung sei keine Telefonnummer angegeben. Die anwaltlichen Kosten der Abmahnung errechnete der Beklagte mit 612,80 € und erklärte mit seinem geltend gemachten Anspruch auf Erstattung dieser Kosten die Aufrechnung gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin aus der Abmahnung vom 29.12.2014.	6
Die Klägerin lehnte mit anwaltlichem Schreiben vom 22.01.2015 die Abgabe der geforderten strafbewehrten Unterlassungserklärung ab (Anlage B2).	7
Im Wege der negativen Feststellungsklage begehrt sie die Feststellung, dass dem Beklagten der mit der Abmahnung vom 12.01.2015 geltend gemachte Unterlassungsanspruch und der Kostenerstattungsanspruch nicht zustehen.	8
Ferner verlangt die Klägerin vom Beklagten Erstattung der mit 612,80 € berechneten Kosten der Abmahnung vom 29.12.2014.	9
Widerklagend macht der Beklagte den mit der Abmahnung vom 12.01.2015 verfolgten Unterlassungsanspruch geltend.	10
Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie sei nicht zur Angabe der Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung verpflichtet. Eine solche Verpflichtung sei gesetzlich nicht normiert. Lediglich in dem Gestaltungshinweis Ziffer 2. zur Muster-Widerrufsbelehrung gemäß Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB sei ausgeführt, dass eine Telefonnummer, soweit verfügbar, einzufügen sei. Die Verwendung der Muster-Widerrufsbelehrung sei indes nicht vorgeschrieben.	11
Aus dem von der Europäischen Kommission veröffentlichten Leitfaden zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie ergebe sich, dass die Angabe einer Telefonnummer nicht erforderlich sei, wenn ein Onlinehändler - so wie die Klägerin – keine Verträge per Telefon abschließe. Ferner gehe aus den Materialien der Richtlinie hervor, dass der Widerruf auf einem dauerhaften Datenträger erklärt bzw. das Muster-Widerrufsformular verwendet werden solle.	12
Angesichts der den Verbraucher treffenden Beweislast für die Ausübung des Widerrufsrechts widerspreche die Angabe einer Telefonnummer im Rahmen der Widerrufsbelehrung dem Gedanken des Verbraucherschutzes. Der Verbraucher könne bei einem telefonisch erklärten Widerruf nicht nachweisen, dass er fristgerecht sein Widerrufsrecht ausgeübt habe.	13
Ferner erwecke die Muster-Widerrufsbelehrung (Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB) durch die Formulierung „Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. ein mit der Post versandter Brief, Telefax oder E-Mail) über	14

Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren.“ den Eindruck, ein Widerruf könne nur schriftlich erklärt werden.

Überdies handele es sich bei dem gerügten Verstoß um eine Bagatelle. Die Klägerin habe im Rahmen ihres Impressums eine Telefonnummer genannt. Die von ihr verwendete Telefonnummer sei zudem auf der Startseite ihres Internetauftritts im unteren Bereich klar und deutlich dargestellt. Ferner habe sie unter dem Menüpunkt „Informationspflichten“ sämtliche gesetzlich vorgesehenen Informationen aufgeführt. 15

Die vom Beklagten ausgesprochene Abmahnung sei außerdem rechtsmissbräuchlich. Diese sei eine „Retourkutsche“ und habe offensichtlich nur dazu gedient, einen aufrechenbaren Gegenanspruch gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch der Klägerin zu schaffen. Bereits in dem Abmahnschreiben sei die Aufrechnung erklärt worden. 16

Der der Berechnung der Abmahnkosten zugrunde gelegte Gegenstandswert von 7.500,00 € sei übersetzt. Allenfalls sei ein Gegenstandswert von 1.000,00 € angemessen. 17

Ferner beinhalte der der Abmahnung beigelegte Entwurf einer Unterlassungserklärung keine Regelung bezüglich einer Vertragsstrafe. Dies begründe Zweifel an der Ernsthaftigkeit, das Unterlassungsbegehren durchzusetzen. 18

Schließlich hat die Klägerin die Auffassung vertreten, der Beklagte sei ihr zur Erstattung der Kosten der Abmahnung vom 29.12.2014 verpflichtet. Diese Abmahnung sei berechtigt. Da dem Beklagten ein aufrechenbarer Gegenanspruch nicht zustehe, sei die Aufrechnung ins Leere gegangen. 19

Die Klägerin hat beantragt, 20

I. 21

festzustellen, dass der Beklagte gegen die Klägerin keinen Anspruch darauf hat, dass diese es zu unterlassen habe, Verbraucher im geschäftlichen Verkehr im Internet zur Abgabe von Angeboten zum Kauf von Waren aufzufordern, wenn nicht klar und verständlich unter Angabe einer vorhandenen Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung über das Widerrufsrecht informiert wird, insbesondere wenn dies geschieht wie am 12. Januar 2015 unter www.X.de, wie mit Abmahnung vom 12. Januar 2015 (Anlage K1) behauptet, 22

II. 23

festzustellen, dass der Beklagte gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung auf einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 612,80 € hat, wie mit Abmahnung vom 12. Januar 2015 (Anlage K1) behauptet, 24

III. 25

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 612,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02. Februar 2015 zu zahlen, 26

hilfsweise, 27

den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin von der Gebührenforderung der W Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB für die wettbewerbsrechtliche Abmahnung vom 29. 28

Dezember 2014 in Höhe von 612,80 € (netto) durch Zahlung an die W Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB freizustellen.

Der Beklagte hat beantragt,	29
die Klage abzuweisen,	30
sowie widerklagend,	31
die Klägerin zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ersatzordnungshaft oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten zu unterlassen, Verbraucher im geschäftlichen Verkehr im Internet zur Abgabe von Angeboten für den Kauf von Erotikartikeln aufzufordern, wenn nicht klar und verständlich unter Angabe der vorhandenen Telefonnummer über das Widerrufsrecht informiert wird, wie am 09.01.2015 geschehen.	32
Die Klägerin hat beantragt,	33
die Widerklage abzuweisen.	34
Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Klägerin sei verpflichtet, im Rahmen der Widerrufsbelehrung ihre verfügbare Telefonnummer anzugeben.	35
Ferner ist er dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs mit näheren Ausführungen entgegengetreten und hat geltend gemacht, die fehlende Vertragsstrafenregelung in dem Entwurf der Unterlassungserklärung beruhe auf einem Büroversehen seiner Prozessbevollmächtigten.	36
Nach Erhebung der Widerklage hat die Klägerin den Klageantrag zu I. für erledigt erklärt.	37
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage antragsgemäß verurteilt. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen.	38
Mit ihrer Berufung rügt die Klägerin, das Landgericht habe ihre mit Schriftsatz vom 17.06.2015 abgegebene Erledigungserklärung nicht berücksichtigt.	39
Ebenso habe es den Einwand des Rechtsmissbrauchs übergangen. Die Klägerin wiederholt ihr diesbezügliches erstinstanzliches Vorbringen und macht zudem geltend, der Beklagte gebe selbst keine Telefonnummer im Rahmen der von ihm verwendeten Widerrufsbelehrung an.	40
Ferner beanstandet sie, die Ausführungen des Landgerichts zu einem fehlenden Hinweis auf das Muster-Widerrufsformular seien nicht streitgegenständlich.	41
Sie vertritt mit näheren Ausführungen weiterhin die Ansicht, eine Telefonnummer sei in der Widerrufsbelehrung nicht zu nennen, und verweist auf das im Verfahren I-15 U 54/15 ergangene Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18.02.2016.	42
Der von ihr geltend gemachte Aufwendungsersatzanspruch bestehe. Dieser sei nicht durch Aufrechnung erloschen. Ohnehin sei eine Aufrechnung wegen § 399 BGB nicht möglich.	43
Die Klägerin beantragt,	44

das angefochtene Urteil abzuändern und	45
I.	46
festzustellen, dass der Beklagte gegen die Klägerin keinen Anspruch darauf hat, dass diese es zu unterlassen habe, Verbraucher im geschäftlichen Verkehr im Internet zur Abgabe von Angeboten zum Kauf von Waren aufzufordern, wenn nicht klar und verständlich unter Angabe einer vorhandenen Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung über das Widerrufsrecht informiert wird, insbesondere wenn dies geschieht wie am 12. Januar 2015 unter <u>www.X.de</u> , wie mit Abmahnung vom 12. Januar 2015 (Anlage K1) behauptet,	47
hilfsweise,	48
festzustellen, dass der Rechtsstreit zum Klageantrag zu I. aus der Klageschrift vom 14. Januar 2015 erledigt ist.	49
II.	50
festzustellen, dass der Beklagte gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung auf einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 612,80 € hat, wie mit Abmahnung vom 12. Januar 2015 (Anlage K1) behauptet,	51
III.	52
den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 612,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02. Februar 2015 zu zahlen,	53
hilfsweise,	54
den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin von der Gebührenforderung der W Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB für die wettbewerbsrechtliche Abmahnung vom 29. Dezember 2014 in Höhe von 612,80 € (netto) durch Zahlung an die W Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB freizustellen.	55
IV.	56
die Widerklage abzuweisen.	57
Der Beklagte beantragt,	58
die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass es am Ende des Widerklagetenors nicht „wie am 09.01.2015 geschehen“, sondern „wie am 12.01.2015 in dem Internetauftritt der Klägerin <u>www.X.de</u> gemäß Anlage B1 geschehen“ lautet.	59
Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil.	60
B.	61
Die zulässige Berufung ist nicht begründet.	62
I.	63
<u>Klageantrag zu I.:</u>	64

Soweit die Klägerin ihr Klagebegehren bereits erstinstanzlich für erledigt erklärt hat (hinsichtlich des Klageantrags zu I.), ist nicht festzustellen, dass dieser Antrag erledigt ist. Denn der diesbezügliche negative Feststellungsantrag war nicht ursprünglich zulässig und begründet und ist nicht erst nach Klageerhebung unzulässig oder unbegründet geworden.	65
Vielmehr war dieser Antrag bereits ursprünglich unbegründet.	66
Denn die seitens des Beklagten ausgesprochene Abmahnung vom 12.01.2015 ist berechtigt.	67
1.	68
Der Beklagte ist als Mitbewerber der Klägerin nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG abmahnbefugt.	69
2.	70
Der von der Klägerin erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) greift nicht durch:	71
Dass es sich bei der Abmahnung um eine „Retourkutsche“ handelt, begründet nicht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs (vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler/Feddersen, UWG, 35. Aufl., § 8 Rn. 4.23 m. w. N.).	72
Gleiches gilt für die in der Abmahnung enthaltene Aufrechnungserklärung. Diese ist in der vorliegenden Konstellation sachgerecht.	73
Der der Berechnung der Abmahnkosten zugrunde gelegte Gegenstandswert von 7.500,00 € ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht übersetzt, sondern nach der Rechtsprechung des Senats vielmehr deutlich zu niedrig bemessen. Das spricht gegen ein im Vordergrund stehendes Gebührenerzielungs- bzw. Kostenbelastungsinteresse auf Seiten des Beklagten.	74
Dass der der Abmahnung beigelegte Entwurf einer Unterlassungserklärung keine Regelung bezüglich einer Vertragsstrafe enthält, ist nachvollziehbar mit einem Büroversehen der Prozessbevollmächtigten des Beklagten erklärt.	75
Soweit die Klägerin geltend macht, der Beklagte führe selbst keine Telefonnummer in seiner Widerrufsbelehrung auf, begründet das ebenfalls nicht den Einwand des Rechtsmissbrauchs. Denn der sog. „unclean hands“-Einwand greift gegenüber Unterlassungsansprüchen, die sich – wie hier – gegen Allgemeininteressen berührende Wettbewerbsverstöße richten, nicht durch. Denn ansonsten könnte ein unzulässiges Wettbewerbsverhalten allein deshalb fortgesetzt werden, weil mehrere Mitbewerber sich in gleicher Weise verhalten (vgl. OLG Frankfurt, GRUR-RR 2008, 410).	76
3.	77
Dem Beklagten steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG aF. bzw. § 3a UWG iVm. §§ 312 d Abs. 1 BGB iVm. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und § 4 Abs. 1 EGBGB zu.	78
Die von der Klägerin verwendete Widerrufsbelehrung wird Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und § 4 Abs. 1 EGBGB nicht gerecht. Danach muss der Unternehmer den Verbraucher in klarer und verständlicher Weise über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts informieren.	79
	80

Für die Erfüllung dieser Informationspflicht stehen dem Unternehmer verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Eine dieser Erfüllungsmöglichkeiten benennt Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB: Danach kann der Unternehmer die Informationspflicht dadurch erfüllen, dass er das in der Anlage 1 (zu Art. 246a EGBGB) vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung <u>zutreffend ausgefüllt</u> in Textform an den Verbraucher übermittelt.	
Die Klägerin hat ihre Informationspflicht nicht in der durch Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB eröffneten Möglichkeit erfüllt. Denn sie hat das Muster für die Widerrufsbelehrung nicht <u>zutreffend</u> ausgefüllt. Das Muster sieht u. a. – „soweit verfügbar“ – die Angabe der Telefonnummer des Unternehmers vor. Die Klägerin verfügt unstreitig über eine geschäftlich genutzte Telefonnummer, hat diese indes an der vorgesehenen Stelle nicht in die Muster-Widerrufsbelehrung eingetragen.	81
Die Klägerin hat ihre Informationspflicht auch nicht auf eine andere Weise erfüllt. Die von ihr gewählte Form der Widerrufsbelehrung erweckt den sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht unzutreffenden Eindruck, der Widerruf könne ihr gegenüber nur schriftlich erklärt werden (so bereits Senat, Beschluss vom 03.03.2015 – I-4 U 171/14; Senat, Beschluss vom 24.03.2015 – I-4 U 30/15; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 04.02.2016 - 6 W 10/16, BeckRS 2016, 4874; anderer Ansicht: OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2016 - I-15 U 54/15, BeckRS 2016, 8022).	82
Der vorliegende Verstoß gegen die vorgenannten Marktverhaltensregelungen ist geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen.	83
Werden – wie hier – Informationen vorenthalten, die das Unionsrecht als wesentlich einstuft, ist das Erfordernis der Spürbarkeit ohne weiteres erfüllt (vgl. BGH, GRUR 2016, 516 – Wir helfen im Trauerfall).	84
Das Bestehen einer Wiederholungsgefahr wird tatsächlich vermutet. Diese Vermutung ist nicht widerlegt.	85
II.	86
<u>Klageantrag zu II.:</u>	87
Aus den vorstehenden Gründen ist auch der negative Feststellungsantrag hinsichtlich der Kosten der Abmahnung vom 12.01.2015 unbegründet.	88
Zwar ist der Kostenerstattungsanspruch des Beklagten infolge der Aufrechnung erloschen. Dies ist indes nicht Gegenstand des negativen Feststellungsantrags. Dieser ist dahin auszulegen, dass die Klägerin festgestellt wissen möchte, dass dem Beklagten bereits ursprünglich kein Aufwendungsersatzanspruch zustand.	89
III.	90
<u>Klageantrag zu III.:</u>	91
Der der Klägerin zustehende Kostenerstattungsanspruch bezüglich der Abmahnung vom 29.12.2014 ist infolge der vom Beklagten erklärten Aufrechnung erloschen.	92
§ 399 BGB steht der Aufrechnung nicht entgegen.	93
IV.	94

<u>Widerklage:</u>	95
1.	96
Die Widerklage ist zulässig.	97
Insbesondere ist der Widerklageantrag jedenfalls mit der im Senatstermin vorgenommenen Klarstellung hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.	98
2.	99
Die Widerklage ist auch begründet.	100
Dem Beklagten steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus den vorstehend genannten Gründen zu.	101
C.	102
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.	103
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	104
Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 ZPO.	105
