
Datum: 09.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 107/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0209.15U107.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 28 O 662/08

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 17.06.2009 verkündete Urteil der 28. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 28 O 662/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die im zweiten Rechtszug entstandenen Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger, stellvertretender Ressortleiter "Magazin" beim L T, nimmt die Beklagte zu 1), die unter der Internetadresse ... eine Personensuchmaschine betreibt, wegen der Wiedergabe seines Bildnisses, das unter der Webseite des L Ts ... eingestellt war, jedenfalls noch im August 2008 auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Feststellung der Schadenersatzpflicht und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

1

2

3

Den Beklagten zu 2), der vom 16.06. bis zum 26.08.2008 Inhaber der Domain ... war, hat er zunächst ebenfalls auf Unterlassung der Wiedergabe des Bildnisses über die genannte Suchmaschine sowie auf Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch genommen. In diesem Streitverhältnis haben die Parteien den Rechtsstreit bezogen auf den verfolgten Unterlassungsantrag übereinstimmend für erledigt erklärt. 4

Im Verlaufe des Rechtsstreits haben die Beklagten gegenüber dem Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 03.03.2009 (Bl. 90 f. GA) eine Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abgegeben, jedoch im Verhältnis zu dem mit Abmahnschreiben vom 13.08.2008 geforderten (Anlage K 4 = Bl. 14 – 16, 16 GA) mit modifiziertem Text, dessen Empfang die Prozessbevollmächtigten des Klägers unter demselben Datum bestätigten (Bl. 92 GA). Mit einem an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten gerichteten anwaltlichen Schreiben vom 11.03.2009 (Bl. 125 – 127 GA) forderte der Kläger unter Inbezugnahme der Unterlassungserklärung vom 03.03.2009 eine Vertragsstrafe in Höhe von 10.000,00 € mit der Begründung, am Tag der Verfassung dieses Schreibens habe festgestellt werden müssen, dass auf der von den Beklagten betriebenen Internetseite ausweislich des beigefügten Screenshots erneut ein Bildnis von ihm, das bei ... eingestellt war, abrufbar sei, und forderte zwecks Vermeidung der Weiterführung der gerichtlichen Auseinandersetzung eine Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung mit einer höheren als der abgegebenen Vertragsstrafe auf. Unter dem 14.04.2009 war über die Suchmaschine der Beklagten zu 1) erneut ein Bildnis des Klägers abrufbar, das der Kläger bei der Internet-Plattform "G" eingegeben hatte. 5

Mit dem im Tenor näher bezeichneten Urteil hat das Landgericht die Beklagten zu 1) und 2) jeweils unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, auf die in jeweiliger Höhe von 899,40 € geltend gemachten Abmahnkosten jeweils 661,16 € zu zahlen. Soweit es die Klage abgewiesen hat, hat es im Wesentlichen zur Begründung ausgeführt: 6

Für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch fehle es an der obligatorischen Wiederholungsgefahr als materielle Anspruchsvoraussetzung, da diese mit der Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 03.03.2009 entfallen sei. Die Wiederholungsgefahr sei auch nicht infolge der Darstellung des bei G noch am 14.04.2009 veröffentlichten Bildnisses über die Suchmaschine der Beklagten wieder aufgelebt. Dabei könne letztlich dahinstehen, ob das Rechtsschutzbedürfnis für eine Unterlassungsklage infolge der Unterlassungserklärung der Beklagten vom 03.03.2009 entfallen sei. Jedenfalls könne hierin kein Verstoß gegen § 22 KUG gesehen werden, weil der Kläger mit der Einstellung seines Bildnisses in sein eigenes Nutzerprofil konkludent in die Veröffentlichung bei G eingewilligt habe. 7

Die festzustellen gewünschte Schadenersatzpflicht des Beklagten zu 1) bestehe nicht, weil dem Kläger ein immaterieller Schaden nicht entstanden sei und der Kläger auch nicht die Möglichkeit der Entstehung eines materiellen Schadens dargetan habe; die Einwilligung zur Verwertung des Bildnisses sei gerade nicht von der Zahlung eines Entgeltes abhängig gemacht worden, womit beim sogenannten "Normalbürger" ein Schadenersatzanspruch nicht in Betracht komme. 8

Mangels Schadenersatzpflicht des Beklagten zu 1) scheidet auch die Zuerkennung eines Anspruchs auf Auskunft über den Umfang/die Aufrufzahl der Veröffentlichung aus. 9

Bei der Berechnung der anwaltlichen Abmahnkosten sei entgegen der Auffassung des Klägers nicht von einem Gegenstandswert von 15.000,00 €, sondern von lediglich 7.500,00 € auszugehen. 10

- Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes, der verhandelten Anträge und der Begründung der Entscheidung wird auf das Urteil des Landgerichts vom 17.06.2009 (Bl. 165 ff. GA) verwiesen. 11
- Gegen dieses Urteil hat der Kläger zunächst unbeschränkt Berufung eingelegt. Mit seiner Berufungsbegründung hat er die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Berufung konkludent zurückgenommen. Gegenüber der Beklagten zu 1) verfolgt er sein erstinstanzliches Rechtsschutzbegehren weiter, soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat, wobei er den Unterlassungsanspruch nunmehr in erster Linie auf einen vertraglichen Anspruch auf Grund der Unterlassungserklärung vom 03.03.2009 und nur hilfsweise – wie noch im ersten Rechtszug einzig – auf die Vorschriften der §§ 823, 1004 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG bzw. i. V. m. §§ 22 f. KUG stützt. Ferner verfolgt er gegen den Beklagten zu 1) einen weiteren Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten in der Höhe von ebenfalls 899,40 € wegen der weiteren Abmahnungen vom 11.03. und 14.04.2009. 12
- Der Kläger rügt, dass das Landgericht die Wiederholungsgefahr trotz der Wiedergabe des von der Plattform G übernommenen Bildnisses des Klägers am 14.04.2009 verneint hat. Hierzu vertritt er die Auffassung, in der Benutzung einer öffentlichen Internet-Plattform könne nicht zugleich eine konkludente Einwilligung zur Veröffentlichung in anderen Medien gesehen werden. Ungeachtet dessen ergebe sich jedenfalls ein vertraglicher Unterlassungsanspruch auf Grund der Unterlassungserklärung vom 03.03.2009. Diese Erklärung habe er – der Kläger – spätestens mit der weiteren Abmahnung und Einforderung einer Vertragsstrafe im Schreiben vom 11.03.2009 konkludent angenommen. Darin habe sich die Beklagte zu 1) aber ungeachtet des Bestehens eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs uneingeschränkt verpflichtet, ein Bildnis von ihm nur nach ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung zu veröffentlichen. Von einem solchen qualifizierten Einverständnis durch ihn könne aber nicht ausgegangen werden. 13
- Der Kläger beanstandet ferner, dass das Landgericht bei der Beurteilung des Wiederauflebens der Wiederholungsgefahr nicht ihr schriftsätzliches Vorbringen vom 13.03.2009 in Verbindung mit dem als Anlage zum Protokoll vom 06.05.2009 genommenen Abmahnschreiben vom 11.03.2009 berücksichtigt hat, nämlich mit der rechtlichen Konsequenz, dass sein Bildnis nach Maßgabe der Veröffentlichung auf der Webseite des L Ts trotz Abgabe der Unterlassungserklärung vom 03.03.2009 noch am 11.03.2009 über die Suchmaschine der Beklagten zu 1) abrufbar gewesen ist. 14
- Soweit das Landgericht einen Schadenersatzanspruch und einen Auskunftsanspruch verneint hat, beanstandet der Kläger, dass ein Vermögensschaden wegen einer Bildnisrechtsverletzung nicht nur unter lizenzschadensrechtlichen Gesichtspunkten gesehen werden könne, sondern ähnlich wie bei § 97 UrhG auch auf zwei weitere Arten. 15
- Die Kürzung ihrer Ansprüche auf Erstattung von Anwaltskosten ist nach Auffassung der Klägerin nicht gerechtfertigt, weil der Gegenstandswert entgegen der Annahme des Landgerichts nicht mit lediglich 7.500,00 € bestehe, sondern ein Wert von 20.000,00 € zu Grunde zu legen sei. Die Beklagte biete ihre Seite explizit nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen namentlich benannten Ländern Europas an. 16
- Die Beklagte zu 1), die um Zurückweisung der Berufung nachsucht, verteidigt das angefochtene Urteil als rechtsfehlerfrei. 17
- Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die von den Parteivertretern zur Akte eingereichten Schriftsätze nebst Unterlagen verwiesen. 18

Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 313 Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen. 19

II. 20

Die gemäß §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts vom 17.06.2009 ist unbegründet. 21

(1) Das gilt zunächst, soweit er die Abweisung seines Unterlassungsbegehrens angreift. 22

(1.1) Seine Rüge, dass das Landgericht die Wiederholungsgefahr trotz der Wiedergabe des von der Plattform G übernommenen Bildnisses am 14.04.2009 verneint hat, bleibt ohne Erfolg. 23

(1.1.1) Das Landgericht ist zu Recht von einer Einwilligung des Klägers in den Zugriff durch andere Medien ausgegangen. Mit der Einstellung seines Bildnisses in die Plattform von G hat der Kläger seine Einwilligung in einen Zugriff durch Suchmaschinen wie die von der Beklagten zu 1) betriebene zumindest konkludent erklärt. Der Entscheidung ist auf der Grundlage des Vorbringens der Beklagten zu 1) in der Berufungserwiderung zugrunde zu legen, dass der Kläger bei der Einstellung seines Bildnisses bei G trotz der ihm eingeräumten Möglichkeit der Sperre gegenüber Suchmaschinen (Anlage B 9 = Bl. 261 GA) keinen Gebrauch gemacht hat, ferner, dass die AGB von G ausdrücklich vorsehen, dass der Nutzer gerade mit der Veröffentlichung von Inhalten in anderen Medien einverstanden ist, es sei denn, er macht von der ihm eingeräumten Option Gebrauch, seine Daten durch Suchmaschinen zu indizieren oder gänzlich zu unterbinden. Sein Vorbringen in der Berufungsreplik, der von der Beklagten zu 1) zum Beweis ihres Vorbringens vorgelegte Screenshot stelle keinen Bezug zu ihm her und mit der Einstellung seines Profils bei G habe er dennoch sein Einverständnis zu einer Veröffentlichung über Suchmaschinen erklärt, stellt sich letztlich als Beibehaltung seiner im Prozess stets vertretenen Rechtsauffassung dar, ohne dass die Behauptungen der Beklagten zu 1) in der Sache erheblich angegriffen sind. 24

(1.1.2) Soweit der Kläger seinen Unterlassungsanspruch bezüglich des von der Plattform "G" übernommenen Bildnisses nunmehr in erster Linie auf die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung der Beklagten vom 03.03.2009 im Sinne eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs stützt, übersieht er die durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermittelnde Reichweite dieser Erklärung. Schon die Historie spricht gegen eine von dem Kläger gewünschte Reichweite, da sich das Abmahnschreiben vom 13.08.2008 einschließlich der geforderten Unterlassungserklärung und dementsprechend auch das mit der Klage verfolgte Unterlassungsbegehren allein auf die Verwendung eines Bildnisses von der Webseite des L Ts bezog. Ein Verständnis in dem von dem Kläger gewünschten Umfang wäre auch nicht interessengerecht im Sinne von § 242 BGB. Der Kläger wusste, dass er sein Bildnis nicht nur über die Webseite des L Ts öffentlich gemacht hatte, sondern auch über die Plattform G. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte zu 1) bei Abgabe der Unterlassungserklärung wusste, dass der Kläger sein Bildnis durch Suchmaschinen abrufbar auch in andere Internet-Plattformen eingestellt hatte. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, die Beklagten hätten sich zur Unterlassung der Wiedergabe eines Bildnisses des Klägers auch von anderen beliebigen Plattformen verpflichten wollen, es sei denn, der Kläger hätte die bei seiner Erklärung vom 03.03.2009 vorausgehenden Unterlassungsverlangen – wie aber nicht geschehen – darauf hingewiesen, dass er sein Bildnis auch über andere Internet-Plattformen öffentlich gemacht hatte. Nur unter dieser Voraussetzung hätte für die Beklagte zu 1) überhaupt Veranlassung bestanden, die Suche unter dem Namen des Klägers auf ihrer Suchmaschine, wie später auch unstreitig 25

geschehen, gänzlich auszuschließen.

(1.2) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge des Klägers, das Landgericht habe bei der Beurteilung des Wiederauflebens der Wiederholungsgefahr nicht sein schriftsätzliches Vorbringen vom 13.03.2009 (Bl. 95 – 99 GA) in Verbindung mit dem als Anlage zum Protokoll vom 06.05.2009 genommenen Abmahnschreiben vom 11.03.2009 (Anlage K 12 = Bl. 125 – 127 GA) berücksichtigt und es ansonsten von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen sein würde. 26

(1.2.1) Auf der Grundlage dieses Vorbringens und unter weiterer Berücksichtigung des bereits mit Schriftsatz vom 14.04.2009 (Bl. 106 ff. GA) geltend gemachten Verstoßes durch Verwendung des Bildnisses von der Plattform G vom selben Tag hatte der Kläger zwar bereits erstinstanzlich zum Ausdruck gebracht, dass der Unterlassungserklärung vom 03.03.2009 zwei nachträgliche Verstöße gefolgt sein sollen. Ob dieses Vorbringen aber auch für die Beklagten und das Landgericht hinreichend klar in diesem Sinne zu deuten war, weil es an einem ausdrücklichen Vortrag des Klägers dazu fehlte, dass sich das Abmahnschreiben vom 11.03.2009 und der damit korrespondierende Schriftsatz des Klägers vom 13.03.2009 nicht ebenfalls auf die Abrufbarkeit eines Bildnisses des Klägers über die Plattform G bezog, kann der Senat dahinstehen lassen. Denn dieses Vorbringen des Klägers ist jedenfalls noch in der Berufung uneingeschränkt berücksichtigungsfähig. Dass der dahingehende Tatbestandsberichtigungsantrag des Klägers vom 03.07.2009 mit Beschluss vom "17.06.2009" (richtig wohl vom 31.07.2009, Bl. 202 f. GA) ins Leere ging, es damit gemäß § 314 ZPO bei dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zu verbleiben hat, steht dieser Handhabung nicht entgegen, da sich aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils nicht gegenteilig ergibt, dass der Kläger nicht so wie geltend gemacht und oben nachvollzogen erstinstanzlich vorgetragen hat. Ungeachtet dessen wäre die Wiederholung dieses Vorbringens in zweiter Instanz, wenn es denn als neues tatsächliches Vorbringen zu bewerten wäre, gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil es der Entscheidung als unstrittig zu Grunde zu legen ist. 27

(1.2.2) Soweit danach entgegen der Auffassung des Landgerichts von einem weiteren Verstoß der Beklagten zu 1) gegen §§ 823, 1004 BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und §§ 22 f. KUG auszugehen ist, indem sie nicht dafür gesorgt hat, dass das Bildnis des Klägers von der Plattform des L Ts nicht mehr über die von ihr bereitgestellte Suchmaschine abrufbar war, und auch gleichzeitig von einem Verstoß gegen die von ihr unter dem 03.03.2009 abgegebene Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, vermag dies der Berufung des Klägers dennoch nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn insoweit ist das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für eine Unterlassungsklage infolge der von der Beklagten zu 1) unter dem 03.03.2009 abgegebenen Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung entfallen, weil diese Erklärung von der Höhe her selbst die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung einer erheblich höheren Vertragsstrafe als bei einem einmaligen nachträglichen Verstoß deckt (vgl.: *Burkhardt in Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., Kap. 12 Rn. 29, 129*). Die Vertragsstrafe, der sich die Beklagte zu 1) mit der Erklärung vom 03.03.2009 unterworfen hat, beträgt für jeden Fall der Zuwiderhandlung zwischen 5.100,00 € und 15.000,00 €. Ein gerichtlicher Unterlassungstitel würde ein 15.000,00 € überschreitendes Ordnungsgeld 28

selbst bei einem zweimaligen Verstoß nicht rechtfertigen können. Gegen die entsprechenden Ausführungen des Landgerichts, wenn auch nicht ausdrücklich in diesem Zusammenhang, hat der Kläger auch keine Einwendungen erhoben. Im Rahmen der Festlegung einer verwirkten Vertragsstrafe wäre nämlich auch zu berücksichtigen, dass sich der Kläger auf (mindestens) zwei Internet-Plattformen öffentlich zur Schau gestellt hat bzw. hat stellen 29

lassen und trotz entsprechender Möglichkeiten nicht dafür gesorgt hat, dass Suchmaschinen auf die ihn betreffenden Daten auf diesen Plattformen, insbesondere sein Bildnis, keinen Zugriff haben. Der Kläger ist dementsprechend aufgrund der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung der Beklagten zu 1) vom 03.03.2009 in einem Maß abgesichert, wie er es auf Grund des angestrebten gerichtlichen Unterlassungstitels nicht besser sein könnte. Auf Grund der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung der Beklagten zu 1) vom 03.03.2009 steht sich der Kläger sogar besser als bei Erlass des begehrten Unterlassungsurteils, da ihm bei einem nochmaligen Verstoß der Beklagten zu 1) gegen diese ein Anspruch auf Zahlung an sich zusteht, während das mit Erlass eines Unterlassungstitels antragsgemäß gleichzeitig anzudrohende Ordnungsgeld bei einem Verstoß gegen diesen zugunsten der Staatskasse gemäß § 890 ZPO einzutreiben wäre.

(2) Der Feststellungsantrag des Klägers ist unzulässig, da ihm das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO 30 erforderliche Feststellungsinteresse fehlt. Die bloße abstrakte Möglichkeit des Vorhandenseins oder der Entstehung eines Schadens reicht insoweit nicht aus. An konkreten Darlegungen des Klägers, die Anhaltspunkte für eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Entstehung eines Schadens geben könnten, fehlt es auch in der Berufungsinstanz.

(3) Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten zu 1) auch kein Anspruch auf Erteilung einer 31 Auskunft gemäß § 242 BGB zu, da es sich dabei um einen Hilfsanspruch zur Vorbereitung eines Ersatzanspruchs handelt, ein solcher indes, wie oben ausgeführt, nicht besteht. Insoweit ist die Klage unbegründet.

(4) Die Klage ist ferner unbegründet, soweit der Kläger mit seiner Berufung weiterhin Ersatz 32 von Abmahnkosten über den von dem Landgericht zugesprochenen Betrag von 661,16 € hinaus begehrt.

(4.1) Der von dem Kläger erstinstanzlich gegenüber dem Beklagten zu 1) verfolgte Anspruch 33 auf Ersatz vom Abmahnkosten in der Höhe von 899,40 € ist von dem Landgericht in Anbetracht des die Unterlassungsklage auslösenden Screenshots gemäß Anlage K 3 (Bl. 11 GA) und des darauf gründenden Abmahnschreibens vom 13.08.2008 (Anlage K 4 = Bl. 14 f. GA) auf der Grundlage eines Gegenstandswertes von 7.500,00 € in der Höhe von 661,16 € nebst anteilig geltend gemachten Zinsen zugesprochen worden. Der Auffassung des Klägers, der Gegenstandswert des auf Unterlassung gerichteten Abmahnschreibens belaufe sich auf 20.000,00 €, weil sein Bildnis über die Suchmaschine der Beklagten zu 1) europaweit abrufbar gewesen sei, verfängt nicht. Mit diesem Vorbringen setzt sich der Kläger zu seiner eigenen Einschätzung in dem Abmahnschreiben vom 13.08.2009 in Widerspruch, als er dort noch von einem Gegenstandswert von 15.000,00 € ausgegangen und auf dieser Grundlage zur Berechnung einer anwaltlichen Geschäftsgebühr von 899,40 € gelangt ist. Überdies sind gemäß § 3 ZPO entsprechend den Ausführungen des Landgerichts zu berücksichtigen die relativ geringe Größe des Bildes sowie seine Abrufbarkeit über die Webseite ..., ferner, dass sein Bildnis entsprechend dem nicht widerlegten Vorbringen der Beklagten zu 1) auf der von dieser betriebenen Webseite nicht gespeichert und durchgehend präsentiert, sondern nur auf spezielle Eingabe des Namens des Klägers aufrufbar war. In Anbetracht dieser Gesamtumstände erscheint auch dem Senat die Festsetzung des Gegenstandswerts des Abmahnschreibens vom 13.08.2008 in Höhe von 7.500,00 € angemessen.

(4.2) Soweit der Kläger klageerweiternd einen Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten 34 wegen der Vorfälle vom 11.03. und 14.04.2009 ebenfalls in der Höhe von 899,40 € geltend macht, erscheint die Klageerweiterung gemäß § 533 ZPO zwar zulässig, jedoch ebenfalls unbegründet.

(4.2.1) Eine Abmahnung wegen des Vorfalls vom 14.04.2009 ist nach dem zugrundezulegenden Sach- und Streitstand schon nicht erfolgt. Auch im Hinblick auf das anwaltliche Schreiben vom 11.03.2009 (Anlage K 12 = Bl. 125 – 127 GA) erscheint eine Haftung der Beklagten zu 1) gemäß §§ 670, 683 Satz 1, 677 BGB bzw. gemäß § 823 BGB schon dem Grunde nach zweifelhaft, da der Kläger mit diesem primär die Verwirkung einer Vertragsstrafe in Höhe von 10.000,00 € geltend gemacht hat. Aber selbst dann, wenn man auf die Notwendigkeit der Einschaltung eines Rechtsanwalts zur Geltendmachung einer verwirkten Vertragsstrafe abstellen wollte, bestünde ein Ersatzanspruch des Klägers aus § 823 BGB deswegen nicht, weil eine Vertragsstrafe zum Zeitpunkt des Zugangs (wie auch der Verfassung) des Schreibens vom 11.03.2009 nicht verwirkt war, weil der Unterlassungs- und Verpflichtungsvertrag aufgrund der Erklärung der Beklagten zu 1) vom 03.03.2009 erst infolge der Annahme durch den Kläger am 11.03.2009 zustande gekommen ist.

(4.2.1.1) Ein Unterlassungs- und Verpflichtungsvertrag ist nicht schon mit dem Zugang der Erklärung vom 03.03.2009 bei den Prozessbevollmächtigten des Klägers am selben Tag gemäß § 151 BGB zustande gekommen, weil die Erklärung vom 03.03.2009 nicht auf der Grundlage der mit Abmahnschreiben vom 13.08.2008 geforderten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung oder gleichlautend abgegeben wurde, sondern textlich davon abweichend, wenn auch letztlich von der inhaltlichen Reichweite nicht verschieden, so dass beide Parteien erwarten konnten, dass der Kläger erst prüfen werde, ob seinem außergerichtlichen Rechtsschutzbegehren Rechnung getragen war, und er sich dann erklären werde. 36

(4.2.1.2) Die Annahmeerklärung des Klägers ist (erst) in dem Vertragsstrafeforderungs- und Abmahnschreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 11.03.2009 zu sehen, da er in diesem Schreiben auf die Erklärung vom 03.03.2009 Bezug genommen, den sinngemäßen Inhalt dieser Erklärung explizit wiedergegeben und hieran eine Rechtsfolge geknüpft hat, die die Annahme der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung vom 03.03.2009 voraussetzt. Da der in diesem Schreiben geltend gemachte (erneute) Verstoß der Annahmeerklärung vorausging, scheidet die Verwirkung einer Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Unterlassungs- und Vertragsstrafenverpflichtung aus. 37

(4.2.2) Aber selbst dann, wenn man dem in dem Schreiben vom 11.03.2009 enthaltenen Unterlassungsbegehren selbstständige Bedeutung zumessen wollte, würde es an der Voraussetzung der Erforderlichkeit dieses Aufwandes gemäß § 670 BGB bzw. §§ 249 ff. BGB fehlen. Denn das Unterlassungsbegehren in dem Schreiben vom 11.03.2009 war bereits Gegenstand des Abmahnschreibens vom 13.08.2008 (Anlage K 4 = Bl. 14 – 16 GA), der in Fortsetzung dieses Begehrens im Jahr 2008 erhobenen Klage zum vorliegenden Rechtsstreit sowie insbesondere, auch von der Höhe her – siehe oben – der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung vom 03.03.2009. Die Bedeutung des mit Schreiben vom 11.03.2009 gerügten (erneuten) Verstoßes erschöpfte sich daher in der möglichen Bedeutung für die Annahme des Fortbestandes der Wiederholungsfahr. Hierzu bedurfte es nicht eines gesonderten außergerichtlichen Abmahnschreibens, vielmehr der bloßen Geltendmachung zur vorliegenden Akte. 38

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 39

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO. 40

Die Zulassung der Revision ist gemäß § 543 ZPO nicht veranlasst. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung 41

einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Der Gegenstandswert der Berufung wird entsprechend der vorläufigen Festsetzung mit Beschluss vom 13.10.2009 (Bl. 237 GA) auf 9.500,00 € festgesetzt.

42

