



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 49/22

Verkündet am:
12. Januar 2023
Hemminger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Unterwerfung durch PDF

BGB § 126 Abs. 1, § 150 Abs. 2; HGB § 343 Abs. 1, § 350; ZPO § 93

- a) Eine von einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung unterliegt der Formfreiheit (§ 343 Abs. 1, § 350 HGB).
- b) Es fehlt im Regelfall nicht an der Ernstlichkeit der Unterlassungsverpflichtungserklärung, wenn der Unterlassungsschuldner dem Verlangen des Unterlassungsgläubigers nicht nachkommt, innerhalb der gesetzten Frist eine unterschriebene Unterlassungsverpflichtungserklärung im Original zu übersenden, sondern er stattdessen fristgemäß eine unterschriebene Erklärung als PDF-Datei per E-Mail übersendet.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2023 - I ZR 49/22 - LG Stuttgart
AG Kirchheim unter Teck

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart - 4. Zivilkammer - vom 30. März 2022 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Kirchheim unter Teck vom 14. Oktober 2021 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin betreibt einen Gewerbebetrieb, für den sie die E-Mail-Adresse ".com" nutzt. An diese E-Mail-Adresse übersandte der Beklagte jeweils ohne Zustimmung der Klägerin am 3. März 2021 eine Werbe-E-Mail für medizinische Masken und am 30. März 2021 eine weitere Werbe-E-Mail für Corona-Schnelltests.
- 2 Die Klägerin mahnte den Beklagten mit E-Mail vom 4. Mai 2021 ab und forderte ihn auf, bis zum 18. Mai 2021 eine unterschriebene Unterlassungsverpflichtungserklärung zu übersenden. In der Abmahnung wies die Klägerin den Beklagten außerdem darauf hin, dass eine Versendung der Erklärung vorab per

Fax oder E-Mail genüge, sofern das entsprechende Original spätestens am 20. Mai 2021 eingehe.

3 Am 18. Mai 2021 übersandte der Beklagte der Klägerin per E-Mail eine inhaltlich dem Verlangen der Klägerin entsprechende Unterlassungsverpflichtungserklärung sowie eine der E-Mail beigefügte unterschriebene Erklärung als PDF-Datei.

4 Am 21. Mai 2021 beauftragte die Klägerin ihren Rechtsanwalt mit der Erhebung der vorliegenden Klage und teilte dem Beklagten in einer E-Mail mit, dass die Angelegenheit mit der Übersendung der Unterlassungsverpflichtungserklärung mit E-Mail vom 18. Mai 2021 nicht erledigt sei, sondern man den Vorgang zur Klageerhebung weitergeleitet habe.

5 Am 24. Mai 2021 teilte der Beklagte der Klägerin in einer E-Mail mit, dass er zwar ihre Auffassung zur Formbedürftigkeit der Unterlassungsverpflichtungserklärung nicht teile, aber dennoch das unterschriebene Original zur Post aufgegeben habe. Die Klägerin hat einen vor Klageerhebung erfolgten Zugang des Originals der Erklärung des Beklagten bestritten.

6 Nachdem der Beklagte sodann während des erstinstanzlichen Verfahrens eine unterschriebene Unterlassungsverpflichtungserklärung im Original übersandt hatte, hat die Klägerin die auf Unterlassung der unaufgeforderten E-Mail-Werbung gerichtete Klage für erledigt erklärt. Der Beklagte hat der Erledigungserklärung widersprochen.

7 Das Amtsgericht hat gemäß dem von der Klägerin zuletzt gestellten Antrag festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Es hat dem Beklagten außerdem die Kosten des Rechtsstreits auferlegt (AG Kirchheim unter Teck, Urteil vom 14. Oktober 2021 - 1 C 216/21, GRUR-RS 2021, 51783).

8 Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil des
Amtsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen (Landgericht Stuttgart, Urteil
vom 30. März 2022 - 4 S 230/21, juris). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen
Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klä-
gerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag als unbegründet an-
gesehen und dazu ausgeführt:

10 Zwar sei durch die ohne vorherige Zustimmung der Klägerin erfolgte Über-
sendung der beiden Werbe-E-Mails durch den Beklagten ein Unterlassungsan-
spruch der Klägerin gemäß § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB entstanden.
Allerdings sei die für die Begründetheit des Unterlassungsantrags erforderliche
Wiederholungsfahr der Übersendung weiterer unverlangter Werbe-E-Mails
durch die vom Beklagten am 18. Mai 2021 per E-Mail übersandte Unterlassungs-
verpflichtungserklärung in Textform sowie die der E-Mail beigefügte unterschrie-
bene Erklärung als PDF-Datei entfallen. Angesichts der technischen und gesell-
schaftlichen Entwicklung, der der Gesetzgeber durch die Regelung der Textform
gemäß § 126b BGB Rechnung getragen habe, könne heutzutage nicht mehr da-
von ausgegangen werden, dass der Wegfall der Wiederholungsfahr grund-
sätzlich die Bereitschaft des Schuldners voraussetze, die Erklärung in einer vom
Gläubiger verlangten Schriftform abzugeben. Im vorliegenden Fall ergebe sich
zudem aus den Gesamtumständen, dass die Unterlassungsverpflichtungserklä-
rung des Beklagten ernstgemeint gewesen sei.

- 11 B. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hat im Ergebnis Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache seien nicht erfüllt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.
- 12 I. Auf eine einseitige Erledigungserklärung der Klagepartei ist die Erledigung der Hauptsache festzustellen, wenn die Klage bis zu dem geltend gemachten erledigenden Ereignis zulässig und begründet war und durch dieses Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist (BGH, Urteil vom 7. März 2019 - I ZR 184/17, GRUR 2019, 746 [juris Rn. 13] = WRP 2019, 874 - Energieeffizienzklasse III, mwN).
- 13 II. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der auf Unterlassung gerichtete Klageantrag bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens unbegründet gewesen sei, weil die vom Beklagten am 18. Mai 2021 per E-Mail übersandte Unterlassungsverpflichtungserklärung in Textform nebst der der E-Mail beigefügten unterschriebenen Erklärung als PDF-Datei die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr schon vor Klageerhebung beseitigt habe. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nach Maßgabe der - allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils geänderten - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht stand.
- 14 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die für den von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Wiederholungsgefahr zunächst bestand. Ist es zu einer unerlaubten Handlung gekommen, streitet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 [juris Rn. 52] = WRP 2016, 958 - Freunde finden). So liegt es im Streitfall. Die unverlangte Zusendung von E-Mails mit werblichem Inhalt an Gewerbetreibende stellt grundsätzlich einen rechtswidrigen Eingriff in

den als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 [juris Rn. 10 bis 14] = WRP 2009, 1246 - E-Mail-Werbung II, mwN). Hiervon ist auch das vom Berufungsgericht in Bezug genommene amtsgerichtliche Urteil ausgegangen und hat angenommen, dass durch die Übersendung der Werbe-E-Mails am 3. und 30. März 2021 auch im Streitfall zugunsten der Klägerin zunächst ein Unterlassungsanspruch gemäß § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB entstanden ist. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision als für ihren Rechtsstandpunkt günstig zugrunde gelegt.

15 2. Das Berufungsgericht hat außerdem angenommen, dass die durch diese Verletzungsfälle begründete Wiederholungsgefahr durch die vom Beklagten am 18. Mai 2021 per E-Mail übersandte Unterlassungsverpflichtungserklärung in Textform nebst der der E-Mail beigefügten unterschriebenen Erklärung als PDF-Datei bereits vor Klageerhebung wieder beseitigt worden sei. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

16 a) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Übersendung der unterschriebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung als PDF-Datei per E-Mail am 18. Mai 2021 den Anforderungen für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr genügt.

17 aa) Eine Unterlassungserklärung muss, um die durch eine Verletzungshandlung begründete Gefahr der Wiederholung entsprechender Wettbewerbsverstöße auszuräumen, eindeutig und hinreichend bestimmt sein und den ernstlichen Willen des Schuldners erkennen lassen, die betreffende Handlung nicht mehr zu begehen, und daher durch ein angemessenes Vertragsstrafeversprechen abgesichert sein. Sie muss außerdem den bestehenden gesetzlichen Un-

terlassungsanspruch nach Inhalt und Umfang vollständig abdecken und dementsprechend uneingeschränkt, unwiderruflich, unbedingt und grundsätzlich auch ohne die Angabe eines Endtermins erfolgen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob die Unterlassungsverpflichtungserklärung die Wiederholungsgefahr beseitigt, ist derjenige der Abgabe der Erklärung (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 8. März 1990 - I ZR 116/88, GRUR 1990, 530 [juris Rn. 31] = WRP 1990, 685 - Unterwerfung durch Fernschreiben; Urteil vom 21. Februar 2008 - I ZR 142/05, GRUR 2008, 815 [juris Rn. 14] = WRP 2008, 1180 - Buchführungsbüro; Urteil vom 17. September 2015 - I ZR 92/14, GRUR 2016, 395 [juris Rn. 34] = WRP 2016, 454 - Smartphone-Werbung; Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 117/15, GRUR 2018, 1258 [juris Rn. 53] = WRP 2018, 1476 - YouTube-Werbekanal II; Urteil vom 1. Dezember 2022 - I ZR 144/21, GRUR 2023, 255 [juris Rn. 35] = WRP 2023, 184 - Wegfall der Wiederholungsgefahr III).

18 Voraussetzung für den Wegfall der Wiederholungsgefahr ist insbesondere, dass die Erklärung sich als Ausdruck eines ernsthaften Unterlassungswillens darstellt, wozu namentlich gehört, dass die versprochene Sanktion geeignet erscheint, den Versprechenden von Wiederholungen der Verletzungshandlung abzuhalten. Ob dies der Fall ist, muss in umfassender Würdigung aller hierfür in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls sorgfältig und unter Anlegung der gebotenen strengen Maßstäbe geprüft werden (BGH, GRUR 2023, 255 [juris Rn. 35] - Wegfall der Wiederholungsgefahr III, mwN).

19 Das Erfordernis der Ernstlichkeit schließt nach dem Sinn und der Funktion der Unterlassungserklärung die Bereitschaft des Schuldners ein, dem Gläubiger die Erklärung auf dessen Verlangen auch in einer Form abzugeben, die im Streitfall die Durchsetzung ohne rechtliche Zweifelsgründe und Beweisschwierigkeiten ermöglicht; denn wenn der Schuldner im eigenen Interesse erreichen will, dass der Gläubiger von der prozessualen Durchsetzung seines Anspruchs Abstand

nimmt, muss er bereit sein, diesem eine rechtliche Ausgangsstellung einzuräumen, die im Verletzungsfall der eines Titelgläubigers nicht allzu sehr nachsteht. Fehlt diese Bereitschaft, so bestehen grundsätzlich berechtigte Zweifel an der Ernstlichkeit der abgegebenen Erklärung und des Unterwerfungswillens (BGH, GRUR 1990, 530 [juris Rn. 34] - Unterwerfung durch Fernschreiben).

20 bb) Zweifel an der Ernstlichkeit der vom Beklagten abgegebenen Unterlassungserklärung ergeben sich danach nicht etwa daraus, dass diese Erklärung nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Form einer Unterlassungserklärung genügt. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die vom Beklagten abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung keinem gesetzlichen Formzwang im Sinne von § 126 Abs. 1 BGB unterliegt. Zwar ist die Vereinbarung, auf die die Unterlassungsverpflichtungserklärung abzielt, ein abstraktes Schuldanerkenntnis (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 - I ZR 176/93, BGHZ 130, 288 [juris Rn. 17] - Kurze Verjährungsfrist; Urteil vom 5. März 1998 - I ZR 202/95, GRUR 1998, 953 [juris Rn. 24] = WRP 1998, 743 - Altunterwerfung III), so dass sie grundsätzlich dem Schriftformerfordernis unterliegt (§ 780 Satz 1, § 781 Satz 1 BGB, vgl. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl., § 13 Rn. 144). Das Schriftformerfordernis besteht allerdings gemäß § 343 Abs. 1, § 350 HGB nicht, wenn die Unterlassungsverpflichtungserklärung - wie im Streitfall - von einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes abgegeben wird (Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 13 Rn. 145).

21 cc) Entgegen der Ansicht der Revision fehlt es auch nicht an der Ernstlichkeit der Unterlassungsverpflichtungserklärung, weil der Beklagte dem Verlangen der Klägerin nicht nachgekommen ist, innerhalb der von ihm gesetzten Frist eine von ihm unterschriebene Unterlassungsverpflichtungserklärung im Original zu übersenden, sondern stattdessen innerhalb der Frist eine unterschriebene Erklärung als PDF-Datei per E-Mail übersandte.

- 22 (1) Der Bundesgerichtshof hat allerdings angenommen, dass die Übersendung einer Unterlassungsverpflichtung in Form eines Fernschreibens nicht dem berechtigten Verlangen eines Gläubigers nach einer schriftlichen Bestätigung der Unterlassungsverpflichtung entspricht, weil sich aus der Natur eines Fernschreibens als maschinell gefertigter und nicht unterzeichneter Erklärung grundsätzliche Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Urheberschaft oder der Autorisierung des tatsächlichen Absenders durch den Schuldner ergeben können (BGH, GRUR 1990, 530 [juris Rn. 35] - Unterwerfung durch Fernschreiben).
- 23 (2) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat angenommen, die bei einem Fernschreiben anzunehmenden erheblichen Unsicherheiten im Hinblick auf die rechtssichere Feststellung der Urheberschaft bestünden bei der im Streitfall in Rede stehenden Übersendung der unterschriebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung per E-Mail nicht. Bei der Beurteilung der Ernstlichkeit einer solchen Erklärung sei zudem die seit dem Gebrauch von Fernschreiben fortgeschrittene Entwicklung der Technik und der Usancen des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen. Zwischenzeitlich habe sich im Geschäfts- und Rechtsverkehr die vom Gesetzgeber in § 126b BGB geregelte Textform durchgesetzt, für die bereits eine einfache E-Mail ausreiche.
- 24 (3) Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.
- 25 Entgegen der Ansicht der Revision ergeben sich Zweifel an der Ernstlichkeit einer Unterlassungsverpflichtungserklärung nicht bereits aus dem Umstand, dass sich der Beklagte geweigert hat, dem Verlangen der Klägerin nach einer Abgabe der Erklärung in Schriftform nachzukommen. Maßgeblich für die Frage der Ernstlichkeit der Erklärung ist nicht die Weigerung des Schuldners an sich, sondern vielmehr, ob sich aus der Nichteinhaltung der vom Gläubiger verlangten Form eine relevante Beeinträchtigung seiner Möglichkeit ergibt, aufgrund der

vom Schuldner gewählten Übermittlung der Unterlassungsverpflichtungserklärung sein Unterlassungsbegehren ohne rechtliche Zweifelsgründe und Beweisschwierigkeiten - etwa mit Blick auf die einer bestimmten technischen Form der Übermittlung der Erklärung regelmäßig anhaftenden Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Urheberschaft - durchzusetzen (vgl. BGH, GRUR 1990, 530 [juris Rn. 34 f.] - Unterwerfung durch Fernschreiben).

26 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass sich die Übermittlung von rechtsverbindlichen Erklärungen im Wege einer E-Mail im Geschäfts- und Rechtsverkehr durchgesetzt hat. Dass es dabei von unrichtigen tatsächlichen Umständen ausgegangen ist oder abweichenden Sachvortrag der Klägerin zu etwaigen mit der Verwendung von E-Mails regelmäßig verbundenen Beweisschwierigkeiten oder relevanten Zweifeln an der Urheberschaft des Absenders einer E-Mail unberücksichtigt gelassen hat, wird von der Revision nicht dargetan. Solche Schwierigkeiten und Zweifel sind jedenfalls bei der im Streitfall in Rede stehenden, mittels E-Mail erfolgten Übersendung einer unterschriebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung im PDF-Format nicht ersichtlich. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hat überdies zutreffend den technischen Fortschritt auf dem Gebiet der Telekommunikation in den Blick genommen (zum Verfahrensrecht vgl. Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 5. April 2000 - Gms-OGB 1/98, BGHZ 144, 160 [juris Rn. 15]) und bei der nach den Gesamtumständen vorzunehmenden Bewertung der Ernstlichkeit der Unterlassungsverpflichtungserklärung berücksichtigt.

27 dd) Das Berufungsgericht hat außerdem angenommen, aus den Gesamtumständen ergebe sich hinreichend deutlich, dass die Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten ernstgemeint gewesen sei. Die gegen diese im Wesentlichen auf tatgerichtlichem Gebiet liegende Beurteilung erhobenen Rügen der Revision bleiben ebenfalls ohne Erfolg.

28

(1) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Verhalten des Beklagten lasse die Ernsthaftigkeit seiner am 18. Mai 2021 per E-Mail abgegebenen Erklärung hinreichend deutlich erkennen. Der Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt inhaltliche Zweifel am Bestehen des materiellen Unterlassungsanspruchs der Klägerin geäußert, sondern vielmehr umgehend als Reaktion auf die - per E-Mail erfolgte - erste Kontaktaufnahme der Klägerin die verlangte Unterlassungserklärung fristgerecht sowohl per E-Mail - mit ausdrücklicher Bezeichnung als "rechtsverbindlich" - als auch eigenhändig datiert und unterschrieben auf dem Vordruck der Klägerin als PDF-Datei an die E-Mail angehängt abgegeben. Die Unterlassungserklärung habe sich zudem auf alle drei von der Klägerin genannten E-Mail-Adressen bezogen, obwohl der Beklagte die beanstandeten Werbe-E-Mails lediglich an eine Adresse versandt habe. Auch sonst habe die Erklärung weder inhaltliche Einschränkungen noch eine Beschränkung der von der Klägerin der Höhe nach nicht begrenzten Vertragsstrafe auf einen Betrag enthalten, der geeignet gewesen sei, Zweifel an der Ernsthaftigkeit zu wecken. Der Beklagte habe sich zudem nicht geweigert, der Klägerin das Original zu übersenden, nachdem die Klägerin ihn - wiederum per E-Mail - davon in Kenntnis gesetzt habe, dass sie den Vorgang bereits zur Klageerhebung weitergeleitet habe. Der Beklagte habe der Klägerin vielmehr durch eine weitere E-Mail mitgeteilt, dass das Original bereits zur Post aufgegeben worden sei. Die Klägerin sei mithin auch insoweit nicht ohne Antwort des Beklagten geblieben. Aus diesem gesamten Verhalten des Beklagten ergebe sich vom objektiven Empfängerhorizont der Klägerin aus betrachtet, dass die Wiederholungsgefahr vorliegend durch Übersendung einer ernstgemeinten und rechtsverbindlichen Unterlassungserklärung seitens des Beklagten beseitigt worden und deshalb der Anspruch der Klägerin am 18. Mai 2021 erloschen sei. Auf den Umstand, dass die Klägerin bestritten habe, das vom Beklagten mit seiner E-Mail vom 24. Mai 2021 angekündigte Original der Unterlassungserklärung erhalten zu haben, komme es nicht an. Angesichts des gesamten Verhaltens des Beklagten hätte die Klägerin ihm noch vor Klageerhebung die Möglichkeit einräumen müssen, das bei ihr trotz entsprechender Ankündigung

der Übersendung nicht eingegangene Original nochmals nachzureichen. Die gegen diese Beurteilung erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch.

29 (2) Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft den Umstand zugunsten des Beklagten gewertet, dass der Beklagte zu keinem Zeitpunkt inhaltliche Zweifel am Bestehen des materiellen Unterlassungsanspruchs der Klägerin geäußert habe. Insoweit habe es übersehen, dass dieser Gesichtspunkt auch dahingehend gewertet werden könne, dass sich der Beklagte der Rechtswidrigkeit seines Tuns durchaus bewusst gewesen sei und er lediglich abgewartet habe, ob sich die Empfänger der ungebetenen E-Mail mit einer Abmahnung meldeten. Mit dieser Rüge hat die Revision in revisionsrechtlich unbehelflicher Weise ihre eigene Beurteilung an die Stelle der tatgerichtlichen Würdigung gesetzt.

30 (3) Die Revision macht außerdem geltend, die Erstreckung der Unterlassungserklärung auf alle drei von der Klägerin genannten E-Mail-Adressen sei kein Entgegenkommen des Beklagten, sondern habe der Reichweite des der Klägerin zustehenden Unterlassungsanspruchs entsprochen. Außerdem sei es verfehlt, dem Beklagten zugutezuhalten, dass er sich nicht geweigert habe, das Original der Unterlassungserklärung zu übersenden. Vielmehr habe er durchgehend eine ablehnende Haltung an den Tag gelegt. Dies ergebe sich daraus, dass die Klägerin den tatsächlichen Zugang erst am 2. September 2021 habe feststellen können. Außerdem sei den Antworten des Beklagten stets eine Verweigerungshaltung zu entnehmen gewesen, weil er betont habe, sich nicht zur Übersendung des Originals verpflichtet zu fühlen. Auch mit diesem Vorbringen versucht die Revision, die rechtsfehlerfreie tatgerichtliche Beurteilung der vom Berufungsgericht festgestellten tatsächlichen Umstände durch ihre abweichende Sicht der Dinge zu ersetzen. Damit kann sie im Revisionsverfahren keinen Erfolg haben.

31 (4) Soweit die Revision schließlich geltend macht, die zum Teil tendenziösen Ausführungen im Berufungsurteil, die sich etwa in der Bewertung des Vortrags der Klägerin als "wortreich" oder in der Einfügung eines Ausrufezeichens nach der Wiedergabe eines Vortrags fänden, ließen Zweifel an der gebotenen Unvoreingenommenheit des Berufungsgerichts aufkommen, hat sie ebenfalls keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts dargelegt.

32 b) Die Revision hat jedoch im Ergebnis Erfolg. Im Streitfall kann von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr infolge der mit E-Mail vom 18. Mai 2021 übersandten Unterlassungsverpflichtungserklärung nicht ausgegangen werden, weil es nach einer erst nach Verkündung des Berufungsurteils erfolgten Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wegen der durch die Klägerin erklärten Ablehnung der Annahme der per E-Mail übersandten strafbewehrten Unterlassungserklärung an der für den Wegfall der Wiederholungsgefahr erforderlichen Abschreckungswirkung durch eine drohende Vertragsstrafeverpflichtung fehlt.

33 aa) Nach der - vom Berufungsgericht ersichtlich seiner Entscheidung zugrunde gelegten - früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führte allein der Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung auch dann zum Wegfall der Wiederholungsgefahr, wenn der Gläubiger deren Annahme gegenüber dem Schuldner ablehnte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1982 - I ZR 205/80, GRUR 1982, 688 [juris Rn. 2 und 41] = WRP 1982, 634 - Senioren-Paß; Urteil vom 24. November 1983 - I ZR 192/81, GRUR 1984, 214 [juris Rn. 8 und 23] = WRP 1984, 199 - Copy-Charge; Urteil vom 17. Dezember 1987 - I ZR 190/85, GRUR 1988, 459 [juris Rn. 8 und 29] = WRP 1988, 368 - Teilzahlungsankündigung; Urteil vom 31. Mai 1990 - I ZR 285/88, GRUR 1990, 1051 [juris Rn. 16] = WRP 1991, 27 - Vertragsstrafe ohne Obergrenze).

34 bb) Diese Rechtsprechung hat der Senat nach Erlass des Berufungsurteils aufgegeben. Der Senat geht nunmehr davon aus, dass es dann, wenn der Gläubiger die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber dem

Schuldner ablehnt, ab dem Zugang der Ablehnung an einer verhaltenssteuernden Vertragsstrafenandrohung fehlt, die den Schuldner von zukünftigen Verstößen abhalten soll, weil er nicht mehr damit rechnen muss, dass der Gläubiger durch die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung eine Vertragsstrafeverpflichtung begründet hat. Die durch die Verletzungshandlung begründete Vermutung der Wiederholungsgefahr kann mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aber nur solange widerlegt werden, wie die erforderliche Abschreckungswirkung durch eine - nach Ablehnung durch den Gläubiger nicht mehr bestehende - effektive Sanktionsdrohung gesichert ist (vgl. BGH, GRUR 2023, 255 [juris Rn. 40 f.] - Wegfall der Wiederholungsgefahr III).

35 cc) Ausgehend von diesen Grundsätzen fehlte es seit dem 21. Mai 2021 an einer für den Wegfall der Wiederholungsgefahr notwendigen effektiven Sanktionsdrohung. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Klägerin dem Beklagten mit E-Mail vom 21. Mai 2021 mitgeteilt, dass ihrer Ansicht nach die Angelegenheit mit der Übersendung der Unterlassungsverpflichtungserklärung per E-Mail nicht erledigt sei und man den Vorgang am selben Tag zur Klageerhebung weitergeleitet habe. Dieser Mitteilung kommt der Erklärungswert zu, dass die Klägerin die Annahme der nicht im Original, sondern am 18. Mai 2021 per E-Mail übersandten Unterlassungsverpflichtungserklärung abgelehnt hat. Damit musste der Beklagte nicht mehr mit dem Zustandekommen eines wirksamen Unterlassungsvertrags mit dem Inhalt eines Vertragsstrafeversprechens rechnen.

36 (1) Die Prozessbevollmächtigte des Beklagten hat in der Revisionsverhandlung geltend gemacht, die mit der E-Mail vom 21. Mai 2021 der Klägerin erklärte Ablehnung der Annahme der durch die E-Mail vom 18. Mai 2021 übersandten Unterlassungsverpflichtungserklärung gehe ins Leere, weil in dieser Erklärung die Annahme des bereits in der Abmahnung zu sehenden Angebots zum Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrags zu sehen sei und damit im

Ergebnis ein wirksames, die Wiederholungsgefahr beseitigendes Vertragsstrafversprechen vorgelegen habe. Dem kann nicht zugestimmt werden.

- 37 (a) Allerdings kann ein Unterlassungsvertrag in der Weise zustande kommen, dass der Gläubiger in seiner Abmahnung eine bestimmte Unterwerfungserklärung verlangt und der Schuldner dieses Angebot mit der Unterlassungsverpflichtungserklärung annimmt (vgl. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 13 Rn. 170). Für das Zustandekommen eines Unterlassungsvertrags gelten aber die allgemeinen Vorschriften über Vertragsschlüsse. In der Unterlassungsverpflichtungserklärung des Schuldners ist deshalb nicht die Annahme eines vom Gläubiger mit der Abmahnung unterbreiteten Angebots, sondern ein neues Angebot zum Abschluss des Unterlassungsvertrags zu sehen, wenn die Unterlassungsverpflichtungserklärung unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 2006 - I ZR 32/03, GRUR 2006, 878 [juris Rn. 14 f.] = WRP 2006, 1139 - Vertragsstrafevereinbarung; Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 217/07, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 19] = WRP 2010, 649 - Testfundstelle). Schon geringfügige, unwesentliche Änderungsvorschläge gegenüber dem unterbreiteten Vertragsangebot führen dazu, dass es für das Zustandekommen des Vertrags einer neuen Erklärung des Gläubigers bedarf (BGH, GRUR 2010, 355 [juris Rn. 19] - Testfundstelle, mwN).
- 38 (b) So liegt es im Streitfall. Die Klägerin hat den Beklagten in der Abmahnung aufgefordert, bis zum 18. Mai 2021 eine unterschriebene Unterlassungsverpflichtungserklärung zu übersenden. Sie hat weiterhin erklärt, dass eine Versendung der Erklärung vorab per Fax oder E-Mail nur dann genüge, sofern das entsprechende Original spätestens am 20. Mai 2021 eingehe. Die Abmahnung hatte damit den Erklärungswert, dass die Klägerin den Beklagten zum Abschluss eines Unterlassungsvertrags unter Einhaltung einer gewillkürten Schriftform gemäß § 127 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 126 Abs. 1 BGB aufgefordert hat.

Dem ist der Beklagte nicht nachgekommen, sondern hat lediglich eine nicht der Schriftform genügende PDF-Datei im Anhang einer E-Mail übersandt.

39 (2) Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes steht der Begründetheit der Revision nicht entgegen.

40 (a) Die Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung entfaltet nicht nur Wirkungen für die Zukunft, sondern auch für früher begründete, noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehungen. Diese sogenannte unechte Rückwirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist grundsätzlich rechtlich unbedenklich. Gerichte sind nicht an eine feststehende Rechtsprechung gebunden, die sich im Lichte besserer Erkenntnis als nicht mehr zutreffend erweist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119 [juris Rn. 25]; Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 300/08, NZI 2011, 864 [juris Rn. 40], jeweils mwN). Allerdings gebieten das Rechtsstaatsgebot und der daraus folgende Grundsatz des Vertrauensschutzes, in jedem einzelnen Fall einer mit Rückwirkung verbundenen Rechtsprechungsänderung anhand der Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit zu prüfen, ob den Interessen des auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage Vertrauenden Vorrang gegenüber den Belangen der übrigen Beteiligten und den Anliegen der Allgemeinheit sowie gegenüber der materiellen Gerechtigkeit einzuräumen ist. Bei der danach zu treffenden Abwägung ist insbesondere zu beachten, dass die materielle Gerechtigkeit einen dem Grundsatz der Rechtssicherheit mindestens ebenbürtigen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verkörpert (vgl. BGHZ 132, 119 [juris Rn. 26]; BGH, NZI 2011, 864 [juris Rn. 40] mwN). Einer Partei ist nur dann zuzumuten, ein ihr ungünstiges Urteil hinzunehmen, obwohl sie nach gegenwärtiger höchstrichterlicher Erkenntnis das Recht auf ihrer Seite hat, wenn die daraus für den Gegner erwachsenden Folgen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauens auf die Fortdauer der bisherigen Rechtsprechung zu unbilligen, ihm nicht zumutbaren Härten führen würden. Die Beschränkung der unechten Rückwirkung infolge einer Änderung der höchstrichterlichen

Rechtsprechung kommt damit etwa in Fällen in Betracht, in denen es um den Fortbestand eines - häufig Versorgungscharakter tragenden - Dauerschuldverhältnisses geht und die Rückwirkung für den davon Betroffenen möglicherweise existenzbedrohende Auswirkungen hat (vgl. BGHZ 132, 119 [juris Rn. 27 f.] mwN). Erwägungen des Vertrauensschutzes könnten es außerdem gebieten, die Änderung einer seit langem bestehenden gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Neugesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für deren Altverbindlichkeiten nicht mit seinem Privatvermögen haftet, erst auf künftige Fälle des Beitritts eines Gesellschafters anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 56/02, BGHZ 154, 370 [juris Rn. 21]).

41 (b) Nach diesen Grundsätzen ist dem Beklagten im Streitfall kein Vertrauensschutz zuzubilligen.

42 Allerdings konnte der Beklagte die Belastung mit den Kosten des Rechtsstreits nicht durch ein sofortiges Anerkenntnis gemäß § 93 ZPO nach der Erörterung des Sach- und Streitstands in der Revisionsverhandlung vermeiden. Eine Rechtsprechungsänderung ermöglicht dem Beklagten in der Regel kein sofortiges Anerkenntnis, weil die Einschätzung der Rechtslage in seinen Verantwortungsbereich fällt (vgl. BeckOK.ZPO/ Jaspersen, 47. Edition [Stand 1. Dezember 2022], § 93 Rn. 99).

43 Es ist aber weder dargelegt worden noch sonst ersichtlich, dass die hier in Rede stehende Belastung des Beklagten mit den Prozesskosten unter dem Gesichtspunkt des Vertrauens auf die Fortdauer der bisherigen Rechtsprechung zu unbilligen, ihm nicht zumutbaren Härten führen würde.

44 III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts zurückzuweisen.

45 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

AG Kirchheim unter Teck, Entscheidung vom 14.10.2021 - 1 C 216/21 -

LG Stuttgart, Entscheidung vom 30.03.2022 - 4 S 230/21 -