



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 60/16

Verkündet am:
11. Mai 2017
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Testkauf im Internet

BGB §§ 13, 339 Satz 2; UWG § 8 Abs. 1

- a) Hat ein Testkäufer bei einem Kauf im Internet im Einklang mit einem objektiv verfolgten gewerblichen Geschäftszweck zunächst bestätigt, die Bestellung als Unternehmer vorzunehmen und versucht er anschließend durch Eintragung im Online-Bestellformular, sich als Verbraucher darzustellen, handelt er unredlich.
- b) Auf ein entsprechendes Verhalten eines Testkäufers kann der Gläubiger die Verwirkung einer vereinbarten Vertragsstrafe nicht stützen.
- c) Der fragliche Testkauf begründet keine Erstbegehungsgefahr für ein rechtswidriges Verhalten des Gegners gegenüber einem Verbraucher.

BGH, Urteil vom 11. Mai 2017 - I ZR 60/16 - OLG Brandenburg
LG Neuruppin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 16. Februar 2016 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen zu 68% die Klägerin und zu 32% die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien handeln mit Zubehör für Frankiermaschinen und Büromaterialien. In der Vergangenheit betrieben beide Parteien auch einen Online-Shop. Die Klägerin hat ihren Online-Shop mit Wirkung zum 1. Januar 2013 auf die F. GmbH übertragen.
- 2 Mit Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen vom 19. und 28. September 2012 verpflichtete sich die Beklagte strafbewehrt gegenüber der Kläge-

rin, es zu unterlassen, ihre Produkte im Wege des Fernabsatzes an Verbraucher im Sinne des § 13 BGB zu verkaufen, ohne diese in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise über ein Widerrufs- oder Rückgaberecht zu informieren, ohne nach § 1 PAngV notwendige Preisbestandteile und etwaige Liefer- und Versandkosten zu benennen und ohne Informationen über das Zustandekommen des Vertrages zu geben.

3 Am 25. März 2013 veranlasste die Klägerin Jürgen E., einen in R. ansässigen Rechtsanwalt, zu einem Testkauf von Briefumschlägen im Online-Shop der Beklagten. Zum Zeitpunkt der Bestellung enthielt jede Seite im Online-Shop der Beklagten folgenden Hinweis:

Verkauf nur an Unternehmer, Gewerbetreibende, Freiberufler und öffentliche Institutionen. Kein Verkauf an Verbraucher i.S.d. § 13 BGB.

4 Im räumlichen Zusammenhang mit den vom Kunden für die Bestellung einzugebenden Angaben zu seiner Person und dem Feld für die Auslösung der Bestellung ("Bestellbutton") fand sich folgender Text:

"Hiermit bestätige ich, dass ich die Bestellung als Unternehmer und nicht als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB tätige und die allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis genommen habe."

5 Der Testkäufer E. löste die Bestellung aus und gab bei der Datenabfrage unter "Firma" an "Privat"; als E-Mail-Anschrift fügte er eine auf seinen Vor- und Nachnamen lautende Adresse ein. Die Bestellung wurde dem Testkäufer umgehend automatisch bestätigt.

6 Am 27. April 2013 richtete Rechtsanwalt P. im Auftrag der Beklagten per E-Mail folgende Anfrage an die Klägerin:

Sehr geehrte Damen und Herren,

ein befreundeter Steuerberater hat im letzten Jahr Zubehör für seine Frankiermaschine bei Ihnen bestellt und Sie weiterempfohlen. Leider finde ich Ihren On-

line-Shop nicht. Vertreiben Sie noch Zubehör und Tinte für Frankiermaschinen von Fr. oder haben Sie den Vertrieb aufgegeben?

Mit freundlichen Grüßen

7 Darauf antwortete die F. i GmbH wie folgt:

Zum 01.01.2013 hat die neu gegründete Frankierprofi GmbH den online-Shop und die Marke F. .de von der O. GmbH übernommen. Weiterhin finden Sie alle Frankiermaschinen ... in unserem online-shop www.F. .de.

8 Unter dem 30. April 2013 kündigte die Beklagte die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen vom 19. und 28. September 2012 ohne Angabe von Gründen.

9 Die Klägerin meint, aufgrund des Testkaufs vom 25. März 2013 habe die Beklagte wegen Verstoßes gegen die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen vom September 2012 Vertragsstrafen in Höhe von insgesamt 17.500 € verwirkt. Außerdem könne sie die Beklagte wegen des Verstoßes vom 25. März 2013 erneut auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Die Kündigung der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen durch die Beklagte sei unwirksam.

10 Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 17.500 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 16. April 2013 zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Verpflichtungen der Beklagten aus den strafbewehrten Unterlassungserklärungen vom 19. September 2012 und vom 28. September 2012 nicht durch die einseitigen Kündigungen der Beklagten vom 30. April 2013 beendet worden sind;
3. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbrauchsmaterialien für Frankiermaschinen, nämlich insbesondere Farbkartuschen, Farbbandkassetten, Frankieretiketten sowie Briefumschläge und Reinigungsprodukte, im Wege des Fernabsatzhandels über einen "Online-Laden" an Verbraucher im Sinne von § 13 BGB zu verkaufen,

- a) ohne bei jedem angegebenen Preis darauf in unmittelbarem Zusammenhang mit diesem hinzuweisen, dass es sich um den Preis inklusive Mehrwertsteuer handelt,
 - b) ohne bei jedem angegebenen Preis darauf in unmittelbarem Zusammenhang mit diesem hinzuweisen, ob zusätzliche Liefer- und Versandkosten anfallen,
 - c) ohne hierbei eine Information über das Zustandekommen des Vertrags vorzuhalten, die für den Kunden noch vor Abgabe von dessen Bestellung deutlich wahrnehmbar ist,
 - d) ohne den Kunden rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung unübersehbar über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung eines solchen Rechts zu informieren;
4. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.192,60 € vorgerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 16. April 2013 zu zahlen.

11

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des Klageantrags zu 2 stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge in vollem Umfang weiter. Die Beklagte erstrebt mit der Anschlussrevision die Abweisung auch des Feststellungsantrags der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

12

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit dem Feststellungsantrag als begründet erachtet und die Zurückweisung der Anträge auf Vertragsstrafen, Unterlassung und Abmahnkosten durch das Landgericht bestätigt. Dazu hat es ausgeführt:

13

Rechtsanwalt E. habe beim Testkauf im Auftrag der Klägerin nicht als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt. Der Klägerin stehe daher kein

Anspruch auf Zahlung von Vertragsstrafen zu. Die Unterlassungserklärungen der Beklagten erfassten allein den Fernabsatz an Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Der Unterlassungsantrag sei mangels Begehungsgefahr unbegründet. Ein Wettbewerbsverstoß der Beklagten nach Abgabe der Unterwerfungserklärungen sei nicht festzustellen. Eine Erstbegehungsgefahr folge nicht daraus, dass die Beklagte in einem internen Schreiben an ihre Mitarbeiter Bestellungen durch Privatkunden per Telefax nicht unterbunden habe. Dementsprechend bestehe auch kein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten.

14 Die Feststellungsklage der Klägerin sei begründet, weil für die Beklagte kein wichtiger Grund zur Kündigung der Unterlassungserklärungen bestanden habe. Die Beklagte habe nicht dargetan, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung nicht mehr Mitbewerberin im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG gewesen sei. Die Klägerin habe substantiiert dargelegt, noch nach dem 1. Januar 2013 eine Webseite unterhalten zu haben, auf der sie auf die Veräußerung von Zubehör für Frankiermaschinen über Telefon, Fax oder E-Mail hingewiesen habe.

15 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

16 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht den Klageantrag zu 1 für unbegründet erachtet. Die Beklagte hat keine Vertragsstrafen nach § 339 Satz 2 BGB verwirkt, weil ihr kein Verstoß gegen die Unterwerfungserklärungen zur Last fällt.

17 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe durch Abschluss des Kaufvertrags mit dem Testkäufer E. am 25. März 2013 nicht gegen ihre Verpflichtungen aus den Unterlassungserklärungen verstoßen. Zwar sei der Kaufvertrag abgeschlossen worden, ohne dass die Beklagte über Widerrufs- oder Rückgaberechte, Preisbestandteile, Liefer- und Versandkosten oder

das Zustandekommen des Vertrags informiert habe. Nach dem Wortlaut der Unterlassungserklärungen könne eine Vertragsstrafe aber nur durch einen Verkauf an einen Verbraucher verwirkt werden. Führe ein Rechtsanwalt einen Testkauf im Internet durch, um die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungserklärungen zu überprüfen, sei dieses Geschäft seiner beruflichen Sphäre zuzuordnen. Er handele dann nicht als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Für die Frage, ob ein Handeln als Privatperson vorliege, komme es allein auf den objektiven Vertragszweck an. Maßgeblich für die Verbrauchereigenschaft seien weder die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände noch die subjektiven Vorstellungen des Handelnden.

- 18 b) Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.
- 19 aa) Gemäß § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Damit wird Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2011/83/EU (Verbraucherrechterichtlinie) in das deutsche Recht umgesetzt, wobei die Einfügung des Wortes "überwiegend" im Hinblick auf Erwägungsgrund 17 der Richtlinie erfolgte und lediglich klarstellende Bedeutung hat (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drucks. 17/13951, S. 61).
- 20 Aus der negativen Formulierung des zweiten Halbsatzes des § 13 BGB wird deutlich, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist; etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, sind zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden (BGH, Urteil vom 30. September 2009 - VIII ZR 7/09, NJW 2009, 3780 Rn. 10). Der Wortlaut des § 13 BGB lässt allerdings nicht erkennen, ob für die Abgrenzung von Verbraucher- und Unterneh-

merhandeln allein objektiv auf den von der handelnden Person verfolgten Zweck abzustellen ist, oder ob es auf die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände ankommt (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2004 - VIII ZR 91/04, NJW 2005, 1045; BGH, NJW 2009, 3780 Rn. 8; zum Meinungsstand vgl. BGH, Beschluss vom 24. Februar 2005 - III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 257; Urteil vom 15. November 2007 - III ZR 295/06, NJW 2008, 435 Rn. 6 f.; Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41. Edition, § 13 Rn. 9; Erman/Saenger, BGB, 14. Aufl., § 13 Rn. 19; MünchKomm.BGB/Micklitz/Purnhagen, 7. Aufl., § 13 Rn. 45; Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl., § 13 Rn. 4; Staudinger/Kannowski, BGB [2013], § 13 Rn. 42; Böttcher, EWiR 2010, 107, 108). Die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher offengelassene Frage bedarf auch im Streitfall keiner Entscheidung. Jedenfalls in dem besonderen Fall, in dem die Angaben des Käufers gegenüber dem Unternehmer zunächst im Einklang mit einem objektiv verfolgten gewerblichen Geschäftszweck stehen, der Käufer sich dann aber durch weitere widersprüchliche Angaben als Verbraucher zu gerieren trachtet, kann er sich nicht darauf berufen, er sei in Wahrheit Verbraucher (vgl. zur bewussten Täuschung über den Geschäftszweck BGH, NJW 2005, 1045 f.).

21 bb) Danach kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, Rechtsanwalt E. habe bei dem Testkauf als Verbraucher gehandelt.

22 (1) Das Berufungsgericht hat in tatrichterlicher Würdigung angenommen, objektiver Zweck des Erwerbs der Briefumschläge im Online-Shop der Beklagten sei gewesen, im Auftrag der Klägerin die Einhaltung der Verpflichtungen der Beklagten aus den Unterlassungserklärungen vom 19. und 28. September 2012 zu überprüfen. Die Klägerin habe den Testkauf durch Rechtsanwalt E. veranlasst. Tätige ein Rechtsanwalt einen solchen Testkauf, sei das Geschäft seiner beruflichen Sphäre zuzuordnen. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

23 Die Klägerin ist der Feststellung des Berufungsgerichts, der Testkäufer sei ein Rechtsanwalt, der im Rahmen seiner freiberuflichen Tätigkeit in ihrem Auftrag gehandelt habe, nicht mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag entgegengetreten. Sie kann nicht erstmals im Revisionsverfahren geltend machen, bei dem Testkäufer handele es sich um den Syndikus-Anwalt einer großen Rostocker Reederei, der die Testbestellung aufgrund persönlicher Bekanntschaft mit dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin aus Gefälligkeit aufgegeben habe.

24 (2) Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände seien für die Bestimmung der Verbrauchereigenschaft nicht maßgeblich. Dass der Testkäufer in das vor dem Kauf auszufüllende Formular zur Erfassung der Käuferdaten unter der Rubrik "Firma" den Begriff "privat" eingetragen habe, bleibe deshalb auf die Bewertung, ob er als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt hat, ohne Einfluss. Es kann dahinstehen, ob diesen Erwägungen in vollem Umfang zugestimmt werden kann. Jedenfalls erweist sich das Urteil des Berufungsgerichts als im Ergebnis richtig.

25 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Testkäufer über den auf jeder Seite im Online-Shop der Beklagten enthaltenen deutlichen Hinweis hinweggesetzt, ein Verkauf erfolge nur an Unternehmer, Gewerbetreibende, Freiberufler und öffentliche Institutionen, nicht jedoch an Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Er hat darüber hinaus durch Auslösen des Bestellbuttons die unmittelbar darüber befindliche Erklärung bestätigt, dass er die Bestellung als Unternehmer und nicht als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB tätige. Der Testkäufer hat damit zunächst im Einklang mit der objektiven Sachlage den Anschein eines gewerblichen Erwerbszwecks erzeugt und erst anschließend bei den jetzt möglichen Eingaben zur Bestellung das Wort "privat" bei der Abfrage der Unternehmensbezeichnung eingetragen, um so in bewusstem Widerspruch

zu seinem vorherigen Verhalten einen privaten Erwerbzweck behaupten zu können.

26 Unter diesen Umständen ist es der Klägerin verwehrt, sich auf ein Handeln ihres Testkäufers als Verbraucher zu berufen. Wer eine Sache von einem Unternehmer kaufen will, der zu einem Geschäftsabschluss mit einem Verbraucher nicht bereit ist, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Schutz Verbraucher begünstigender Vorschriften nicht dadurch erreichen, dass er sich gegenüber dem Unternehmer wahrheitswidrig als Händler ausgibt. Handelt der Vertragspartner des Unternehmens insoweit unredlich, so ist ihm die spätere Berufung darauf, er sei in Wahrheit Verbraucher, nach Treu und Glauben verwehrt (BGH, NJW 2005, 1045). Dieser Rechtsgedanke gilt auch im Streitfall, in dem der Testkäufer der Klägerin der Beklagten bestätigt hat, gewerblich zu handeln, um anschließend im Widerspruch dazu den Anschein eines Verbrauchergeschäfts hervorzurufen.

27 Dabei ist ohne Belang, ob das widersprüchliche Verhalten, mit dem trotz anfänglichen Auftretens als Gewerbetreibender später die Stellung als Verbraucher beansprucht wird, wie in dem der Entscheidung des VIII. Zivilsenats zugrundeliegenden Sachverhalt (BGH, NJW 2005, 1045) nach oder wie im Streitfall vor dem Abschluss des erschlichenen Kaufvertrags erfolgt. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Geschäftspartner in beiden Fällen zum Vertragsabschluss nur durch die Angabe eines beruflichen oder gewerblichen Erwerbzwecks bewegt worden ist.

28 cc) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es widerspreche Treu und Glauben, wenn die Beklagte der Geltendmachung der Vertragsstrafe die fehlende Verbrauchereigenschaft des Testkäufers entgegenhalte, obwohl dieser ihr gegenüber unstreitig nicht in Ausübung eines Mandats aufgetreten sei. Der Testkauf habe ergeben, dass die Beklagte ihre unter dem 19. und 28. September 2012 eingegangenen Verpflichtungen nicht einhalte, sondern ihre Waren

auch an Verbraucher ohne die im Fernabsatzgeschäft vorgesehenen Informationen und Belehrungen veräußere.

29 Es kann dahinstehen, ob es der Klägerin schon deshalb verwehrt ist, sich auf ein treuwidriges Verhalten der Beklagten zu berufen, weil ihr Testkäufer den Kauf nur unter Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben abschließen konnte. Für ein treuwidriges Verhalten der Beklagten ist nichts ersichtlich. Der Testkäufer hat sich über den auf jeder Seite im Online-Shop der Beklagten enthaltenen Hinweis hinweggesetzt, ein Verkauf erfolge nur an Unternehmer, Gewerbetreibende, Freiberufler und öffentliche Institutionen, und darüber hinaus ausdrücklich bestätigt, dass er die Bestellung als Unternehmer tätige. Die Angabe einer auf Vor- und Nachnamen lautenden E-Mail-Adresse musste unter diesen Umständen aus Sicht der Beklagten nicht gegen einen beruflichen oder gewerblichen Verwendungszweck sprechen. Zwar konnte der Eintrag "privat" im Feld "Firma" trotz der vorherigen, anderslautenden Erklärung bei der Beklagten Zweifel wecken, ob es sich nicht doch um eine Bestellung für den privaten Bedarf handelte. Der Umstand, dass die Beklagte die Bestellung unter diesen Umständen trotz widersprüchlicher Angaben des Käufers ausführte, hindert sie jedoch nicht, geltend zu machen, dieser Testkauf stelle keine eine Vertragsstrafe auslösende Zuwiderhandlung gegen ihre Unterlassungspflichten dar.

30 dd) Entgegen der Ansicht der Revision kann nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen aufgrund des Testkaufs nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte hätte Bestellungen von Verbrauchern im Sinne von § 13 BGB in der von der Klägerin beanstandeten Weise ohne Informationen und Belehrungen angenommen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Bestellung von der Beklagten auch ohne die ausdrückliche Bestätigung des Testkäufers angenommen worden wäre, als Unternehmer zu handeln.

31 ee) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Testkäufer E. habe nicht als Verbraucher gehandelt, steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs, wonach Testkäufe ein weithin unentbehrliches Mittel zur Überprüfung des Wettbewerbsverhaltens von Mitbewerbern sind, für deren Erfolg es unvermeidlich ist, den Testcharakter zu verbergen. Danach ist es zwar wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenklich, wenn Testkäufe nicht vom Wettbewerber selbst, sondern von seinem anwaltlichen Vertreter durchgeführt werden (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 1965 - Ib ZR 72/63, BGHZ 43, 359, 367 - Warnschild; Urteil vom 15. Juli 1999 - I ZR 204/96, GRUR 1999, 1017, 1019 = WRP 1999, 1035 - Kontrollnummernbeseitigung I). Kommt es für den Nachweis eines Verstoßes auf ein Handeln gegenüber Verbrauchern an, muss der Testkäufer dabei für den handelnden Unternehmer erkennbar als Verbraucher auftreten. Unzulässig sind Testkäufe dagegen, wenn sie allein dazu dienen sollen, den Mitbewerber "hereinzulegen", um ihn mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen überziehen zu können. Das kann beim Einsatz verwerflicher Mittel oder bei Fehlen hinreichender Anhaltspunkte für eine bereits begangene oder bevorstehende Rechtsverletzung in Betracht kommen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1992 - X ZR 41/90, BGHZ 117, 264, 269 f. - Nicola; BGH, GRUR 1999, 1017, 1019 - Kontrollnummernbeseitigung I).

32 Nach diesen Grundsätzen liegt im Streitfall kein wettbewerbsrechtlich unbedenklicher Testkauf vor. Die Beklagte hat nicht durch ihren Internetauftritt oder andere Werbemaßnahmen dem allgemeinen Verkehr zu erkennen gegeben, dass sie zum Verkauf der angebotenen Waren ohne Rücksicht darauf bereit ist, welche Zwecke der Käufer mit dem Erwerb der Ware verfolgt (vgl. BGHZ 43, 359, 366 ff. - Warnschild). Sie hat vielmehr deutlich gemacht, nicht an Verbraucher, sondern nur an Unternehmer verkaufen zu wollen. Der Testkäufer hat sich nicht wie ein redlicher Durchschnittskäufer verhalten, sondern zunächst einen gewerblichen Erwerbszweck behauptet, um erst anschließend durch die Eintragung "privat" bei Abfrage der Unternehmensbezeichnung einen privaten Erwerbszweck geltend machen zu können.

33 Der Testkauf der Klägerin war damit darauf angelegt, Vorsorgemaßnahmen der Beklagten zur Verhinderung eines Wettbewerbsverstoßes zu umgehen und dadurch einen Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung zu provozieren. Das ist rechtsmissbräuchlich (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 11 Rn. 2.41; MünchKomm.UWG/Fritzsche, 2. Aufl., § 11 Rn. 284 ff.).

34 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht den Unterlassungsanspruch der Klägerin gemäß § 8 Abs. 1 UWG verneint. Nachdem die Klägerin mit dem Testkauf keinen Wettbewerbsverstoß der Beklagten belegen kann, fehlt es an einer Wiederholungsgefahr.

35 Entgegen der Ansicht der Revision ist der Unterlassungsanspruch auch nicht unter dem Aspekt einer Erstbegehungsgefahr begründet. Die Annahme einer Erstbegehungsgefahr setzt ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Anspruchsgegner sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten wird. Von deren Vorliegen kann nicht ausgegangen werden. Aus dem Testkauf ergibt sich keine konkret bestehende Gefahr dafür, dass die Beklagte ihren Informations- und Belehrungspflichten bei tatsächlichen Verbrauchergeschäften nicht nachkommen wird.

36 Anders als die Revision meint, musste das Berufungsgericht eine Erstbegehungsgefahr auch nicht im Hinblick auf den Vortrag der Klägerin annehmen, die Beklagte habe ihre Mitarbeiter angewiesen, Verbraucher auf Bestellungen per Fax oder Brief zu verweisen; es bestehe die konkrete Gefahr, die Beklagte werde bei solchen Bestellungen Waren ohne die gesetzlich vorgesehenen Informationen und Belehrungen an Verbraucher verkaufen. Die Klägerin hat schon nicht dargelegt, dass die Beklagte bei solchen Fernabsatzgeschäften mit Verbrauchern nicht über das Bestehen von Widerrufs- und Rückgaberechten oder die übrigen gesetzlichen Vorgaben aufklärt. Zudem hat das Berufungsgericht auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen, wonach dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen ist, ob es überhaupt zu

Bestellungen von Verbrauchern per Telefax oder Brief und zu entsprechenden Verkäufen seitens der Beklagten gekommen ist. Die Verbraucher mögen sich zwar, wie die Revision geltend macht, vor der schriftlichen Bestellung im Online-Shop der Beklagten über deren Angebot informieren. Es ist aber weder von der Klägerin vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass Kaufverträge mit der Beklagten schon bei Eingang schriftlicher Kundenbestellungen zustande kommen. Vielmehr ist es nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte die erforderlichen Belehrungen und Informationen ordnungsgemäß bei Bestellungen mittels Telefax und Brief erteilt.

37 3. Da der Klägerin im Zeitpunkt der Abmahnung kein Unterlassungsanspruch gegenüber der Beklagten zustand, hat das Berufungsgericht zutreffend einen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten verneint.

38 III. Die zulässige Anschlussrevision der Beklagten ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, die Verpflichtungen der Beklagten aus den Unterlassungsvereinbarungen aus September 2012 seien mangels wirksamer Kündigung durch die Beklagte nicht erloschen.

39 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, ein wichtiger Grund zur Kündigung einer Unterlassungserklärung bestehe, wenn der Unterlassungsgläubiger den aufgrund des beanstandeten Verhaltens in Betracht kommenden gesetzlichen Unterlassungsanspruch nicht mehr verfolgen könne. Dies sei auch bei einem Wegfall der Mitbewerberstellung des Unterlassungsgläubigers der Fall. Die Beklagte habe aber nicht dargetan, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 30. April 2013 nicht mehr Mitbewerberin im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG gewesen sei. Unstreitig seien beide Parteien in der Vergangenheit auf dem Markt des Fernabsatzes von Frankierprodukten tätig gewesen. Dass die Klägerin die Eigenschaft als Mitbewerber nach dem 1. Januar 2013 verloren hätte, sei nicht dargetan. Da an einen Wegfall der Mitbewerber-eigenschaft hohe Anforderungen zu stellen seien, reiche dafür nicht aus, dass

die Klägerin nach diesem Zeitpunkt keine Produkte mehr unter eigener Marke vertrieben und keinen eigenen Online-Shop mehr unterhalten habe. Die Klägerin habe substantiiert dargelegt, auch nach dem 1. Januar 2013 noch eine Webseite mit einem Hinweis auf die Veräußerung von Zubehör für Frankiermaschinen im Wege des Fernabsatzes über Telefon, Fax oder E-Mail unterhalten zu haben. Die von ihr vorgelegten Unterlagen wiesen eine Geschäftstätigkeit der Klägerin unter den Domainnamen "f p .de" und "f - s .de" in den Jahren 2012 und 2014 aus. Die von der Klägerin vorgelegten Screenshots vom 12. Februar 2014 belegten, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt unter den genannten Domainnamen für eine Bestellung von Frankiermaschinenzubehör per E-Mail, Fax oder Telefon geworben habe. Dass eine Firma, die bis zum 1. Januar 2013 einen Online-Shop mit entsprechenden Produkten betrieben habe und im Jahr 2014 auf dieser Internetseite weiterhin solche Produkte im Fernabsatzhandel vertreibe, im Jahr 2013 keine entsprechende Geschäftstätigkeit unterhalten haben sollte, sei nicht nachvollziehbar. Auch ohne konkrete Geschäftsabschlüsse könne die Mitbewerbereignschaft fortbestanden haben, weil dafür ein potentiell Wettbewerbsverhältnis ausreiche, wenn die konkrete Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts bestehe.

40 2. Diese Erwägungen halten im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Ein Wegfall der Mitbewerbereignschaft der Klägerin, der zur fristlosen Kündigung der Unterlassungserklärungen berechtigt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1996 - I ZR 265/95, BGHZ 133, 316, 321 - Altunterwerfung I; Urteil vom 8. Mai 2014 - I ZR 210/12, GRUR 2014, 797 Rn. 24 = WRP 2014, 948 - fishtailparka), ist von der Beklagten nicht dargelegt worden.

41 a) Nachdem die Klägerin nach dem 1. Januar 2013 weder Produkte unter ihrer eigenen Marke vertrieben noch nach diesem Zeitpunkt einen Online-Shop unterhalten hat, traf die Klägerin, die allein Kenntnis der insoweit maßgeblichen Umstände besaß, zwar eine sekundäre Darlegungslast zum Fortbestand ihrer

Mitbewerbereigenschaft. Das Berufungsgericht hat aber im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die Klägerin diese sekundäre Darlegungslast erfüllt hat. Es hat durch das Schreiben der damaligen Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 8. Juni 2012 für diesen Zeitpunkt eine Geschäftstätigkeit der Klägerin unter dem Domainnamen "f p .de" als belegt angesehen. Weiter hat das Berufungsgericht dem von der Beklagten vorgelegten Domainabfragen bei der Denic vom 12. Februar 2014, wonach die beiden Webseiten "f - p .de" und "f -s .de" zuletzt am 27. Dezember 2013 aktualisiert worden seien, einen Hinweis darauf entnommen, dass die Klägerin diese beiden Webseiten das Jahr 2013 über unterhalten hat. Das Berufungsgericht hat seine Beurteilung ferner auf die Screenshots beider Internetauftritte vom 10. Februar 2014 gestützt, wonach die Klägerin auf den Webseiten "f - p .de" und "f -s .de" für eine Bestellung von Frankiermaschinenzubehör per E-Mail, Fax oder Telefon warb. Es kann dahinstehen, ob - wie es das Berufungsgericht angenommen hat - schon nicht nachvollziehbar ist, dass ein Unternehmen, das bis zum 1. Januar 2013 einen Online-Shop mit entsprechenden Produkten betrieben hat und im Jahre 2014 auf seiner Internetseite weiterhin solche Produkte im Fernabsatzhandel vertreibt, im Jahr 2013 keine dahingehende Geschäftstätigkeit unterhalten haben soll. Jedenfalls erscheint eine solche Annahme eher fernliegend. Aufgrund der festgestellten Umstände konnte das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung fehlerfrei annehmen, die Beklagte habe den Fortfall der Mitbewerbereigenschaft als Kündigungsgrund für die Unterwerfungserklärungen nicht dargelegt. Auf die Aussagekraft der an die Klägerin gerichteten Rechnungen, die eine Nutzung der beiden Domainnamen in der Zeit bis zum 10. September 2012 betreffen, kam es danach nicht mehr an.

42

b) Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision ergibt sich aus der Anfrage des von ihr beauftragten Testkäufers vom 27. April 2013 ebenfalls keine abweichende Beurteilung. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, diese An-

frage verhalte sich zum Online-Shop der Klägerin und nicht zu ihrer Geschäftstätigkeit im Warenfernabsatz über das Internet überhaupt. Das erweist sich als rechtsfehlerfreie und jedenfalls mögliche tatrichterliche Würdigung.

43

Da der Testkäufer nach der E-Mail vom 27. April 2013 online einkaufen wollte, war es nach der zum 1. Januar 2013 erfolgten Übertragung des Online-Geschäfts der Klägerin naheliegend, dass sie diese Kundenanfrage an die F. GmbH weiterleitete und die Kundenanfrage von dort beantwortet wurde. Ebenso entspricht es üblichem Geschäftsverhalten, dass die F.

GmbH in ihrer Antwort erläuterte, den Online-Shop und die Marke "F. GmbH.de" von der Klägerin zum 1. Januar 2013 übernommen zu haben, und allein auf Bezugsmöglichkeiten in ihrem eigenen Online-Shop "www.f. GmbH.de" hinwies. Es hätte den Geschäftsinteressen der F.

GmbH offensichtlich widersprochen, in diesem Zusammenhang auf eine weiterhin bei der Klägerin bestehende Bestellmöglichkeit per Brief, Fax oder Telefon hinzuweisen. Dementsprechend hat das Berufungsgericht zu Recht dem Fehlen eines solchen Hinweises kein Indiz für eine Einstellung der hier maßgeblichen Geschäftstätigkeit der Klägerin entnehmen können.

44

c) Das Berufungsgericht hat darüber hinaus auf die Feststellungen des Landgerichts Bezug genommen, wonach die Klägerin eine fortgesetzte Geschäftstätigkeit für den Zeitpunkt des von ihr veranlassten Testkaufs am 25. März 2013 auch durch Vorlage eigener Rechnungen belegt hat. Diese Rechnungen wurden zwischen dem 4. Januar und dem 14. Mai 2013 ausgestellt und betreffen verschiedene Lieferungen von Verbrauchsmaterial für Fränkiermaschinen.

45

Der Aussagewert der Rechnungen wird entgegen der Ansicht der Abschlussrevision nicht dadurch in Frage gestellt, dass in den zur Akte gegebenen Rechnungskopien die Kundennamen geschwärzt worden sind. Aus dem Proto-

koll der Verhandlung vor dem Landgericht am 19. Februar 2014 ergibt sich, dass zunächst Originale der Rechnungen vorlagen, die erst in der Verhandlung gegen Ablichtungen ausgetauscht wurden, bei denen die Kundennamen geschwärzt waren. Die Vermutung der Anschlussrevision, die Rechnungen könnten sich auf Absatzbemühungen vor dem 1. Januar 2013 beziehen, ist durch nichts belegt. Soweit die Anschlussrevision bei der Rechnung vom 14. Mai 2013 eine vermeintlich unerklärlich niedrigere Bestellnummer moniert, hat das Landgericht zutreffend auf die Möglichkeit unterschiedlicher Ordnungssysteme hingewiesen, weshalb das Bestellnummernsystem nicht auf den ersten Blick nachvollziehbar sein müsse.

46 3. Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision ist für weitere Kündigungen der Unterlassungsvereinbarungen nach dem 30. April 2013 nichts ersichtlich. Dem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen, seit dem 1. Januar 2013 bestehe kein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien mehr, ist keine weitere Kündigungserklärung zu entnehmen. Zudem beziehen sich Antrag und Urteilsformel der Feststellungsklage allein auf die beiden Kündigungen der Beklagten vom 30. April 2013.

47 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Die Kostenverteilung entspricht dem Umfang des Obsiegens und Unterliegens der Parteien (Wert des Revisionsverfahrens 62.500 €, davon Feststellungsantrag 20.000 € und Unterlassungsantrag 25.000 €).

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Neuruppin, Entscheidung vom 09.04.2014 - 6 O 51/13 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 16.02.2016 - 6 U 92/14 -