

# Bundesgerichtshof

## IM NAMEN DES VOLKES

### Urteil

§§ 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 1 S. 2 UWG; 174 S. 1, 475 Abs. 1 S. 1 BGB; Nr. 2300 RVG VV

- 1. Die Vorschrift des § 174 Satz 1 BGB ist auf die wettbewerbsrechtliche Abmahnung nicht anwendbar, wenn die Abmahnung mit einem Angebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrages verbunden ist.**
- 2. Enthält eine Werbeanzeige die Ankündigung der Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses, der mit § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht in Einklang steht, begründet dies die für einen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG erforderliche Erstbegehungsgefahr für einen Verstoß nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. §§ 437, 475 Abs. 1 Satz 1 BGB.**
- 3. Der Rechtsanwalt erhält in einem durchschnittlichen Fall für eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG VV nicht unterhalb einer 1, 3-fachen Gebühr.**

BGH, Urteil vom 19. Mai 2010, Az. I ZR 140/08

LG Münster, Entscheidung vom 30.01.2008 - 16 O 509/07 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 17.07.2008 - 4 U 60/08 -

#### **Tenor:**

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. Juli 2008 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

#### **Tatbestand:**

Die Parteien handeln mit gebrauchten Kraftfahrzeugen. Der Beklagte inserierte in der Ausgabe 8/2007 der Zeitschrift "Auto-Mobile" zwei gebrauchte Kraftfahrzeuge mit dem Zusatz: "Dieser Preis ist ohne Garantie bzw. Gewährleistung".

Der Kläger sah in dem Hinweis in den Anzeigen einen Verstoß gegen zwingende Gewährleistungsvorschriften des Verbrauchsgüterkaufs. Er ließ den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 18. April 2007 wegen eines Wettbewerbsverstoßes

abmahnen und forderte ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und zur Zahlung der Abmahnkosten in Höhe von 1.023,16 € auf. Dem Schreiben waren eine vorformulierte Unterwerfungserklärung und eine anwaltliche Gebührenrechnung über eine 1,3-fache Geschäftsgebühr nach einem Streitwert von 20.000 € beigelegt.

Mit einem an den Bevollmächtigten des Klägers gerichteten Schreiben seines Rechtsanwalts vom 27. April 2007 wies der Beklagte die Abmahnung als in der Sache unberechtigt zurück und rügte, dass der Abmahnung keine Vollmachtsurkunde beigelegt war. Zudem gab er eine neu gefasste strafbewehrte Unterlassungserklärung ab.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Zahlung der Gebühren seines Rechtsanwalts ohne Umsatzsteuer in Höhe von 859,80 € nebst Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt (OLG Hamm, Urt. v. 17.7.2008 - 4 U 60/08, juris).

Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger könne von dem Beklagten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG Erstattung seiner Abmahnkosten verlangen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Mit dem beanstandeten Hinweis verstoße der Beklagte gegen § 475 BGB. Nach diesen Vorschriften könnten bei dem in Rede stehenden Verbrauchsgüterkauf die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht abbedungen werden. § 475 BGB diene dem Verbraucherschutz und stelle deshalb eine Marktverhaltensregelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG dar. Die Abmahnkosten seien auch der Höhe nach angemessen.

Die Abmahnung sei nicht deshalb unwirksam, weil ihr keine Vollmachtsurkunde beigelegt gewesen sei. Die für einseitige Rechtsgeschäfte geltende Vorschrift des § 174 BGB sei auf die wettbewerbsrechtliche Abmahnung nicht anwendbar. Diese entfalte keine rechtsgestaltende Wirkung gegenüber dem Abgemahnten.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 859,80 € aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die anwaltliche Abmahnung des Klägers vom 18. April 2007 war wirksam und berechtigt.

1. Der Wirksamkeit der Abmahnung steht nicht entgegen, dass dem anwaltlichen Abmahnschreiben keine Vollmacht des Klägers beigelegt war und der Beklagte die Abmahnung deshalb zurückgewiesen hat. Allerdings ist nach § 174 Satz 1 BGB ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist.

a) Die Frage, ob § 174 Satz 1 BGB auf die wettbewerbsrechtliche Abmahnung zur Anwendung kommt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 174 Satz 1 BGB generell mit der Begründung bejaht, es handele sich bei der Abmahnung um eine geschäftsähnliche Handlung, die ein gesetzliches Schuldverhältnis konkretisiere und Rechtsfolgen auslöse (vgl. OLG Nürnberg WRP 1991, 522, 523; OLG Dresden NJWE-WettbR 1999, 140, 141; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2001, 286 und ZUM-RD 2007, 579; Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 12 Rdn. 11; Schwippert in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., § 84 Rdn. 14). Die insbesondere im Schrifttum ganz überwiegend vertretene Gegenauffassung verneint die Anwendung des § 174 Satz 1 BGB, wenn die Abmahnung mit einem Angebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrags verbunden ist, weil die Abmahnung in diesem Fall auf den Abschluss eines Unterwerfungsvertrags gerichtet ist und kein Anlass zu einer Anwendung des § 174 Satz 1 BGB besteht (OLG Hamburg GRUR-RR 2008, 370, 371; Ahrens/Deutsch, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kap. 1 Rdn. 108; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 12 Rdn. 1.27; Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 10 f.; Harte/Henning/Brüning, UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 31; MünchKomm.UWG/Ottöffling, § 12 UWG Rdn. 21; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 41 Rdn. 6) oder weil die Abmahnung als bloßer Realakt angesehen wird (vgl. OLG Köln WRP 1985, 360, 361; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 1323; OLG Frankfurt OLG-Rep 2001, 270).

b) Der Senat schließt sich der Auffassung an, wonach § 174 Satz 1 BGB auf die mit einer Unterwerfungserklärung verbundene Abmahnung nicht anwendbar ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bereits in der Abmahnung ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrags liegen, wenn es von einem Rechtsbindungswillen getragen und hinreichend bestimmt ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.9.2009 - I ZR 217/07, GRUR 2010, 355 Tz. 18 = WRP 2010, 649 - Testfundstelle). Auf die Abgabe eines Vertragsangebots ist § 174 BGB weder direkt noch analog anwendbar (vgl. Staudinger/Schilken, BGB [2009], § 174 Rdn. 2; Jauernig, BGB 13. Aufl., § 174 Rdn. 1). Es besteht auch keine Veranlassung, die einheitliche Erklärung des Gläubigers in eine geschäftsähnliche Handlung (Abmahnung) und ein Vertragsangebot (Angebot auf Abschluss eines Unterwerfungsvertrags) aufzuspalten und auf erstere die Bestimmung des § 174 Satz 1 BGB anzuwenden. Nur bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist die ohne Vertretungsmacht abgegebene Erklärung des Vertreters nach § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Dem trägt § 174 Satz 1 BGB dadurch Rechnung, dass der Erklärungsempfänger die Ungewissheit über die Wirksamkeit eines von einem Vertreter ohne Vollmacht vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfts durch dessen Zurückweisung beseitigen kann. Eine vergleichbare Interessenlage besteht im Falle eines mit einer Abmahnung verbundenen Angebots auf Abschluss eines Unterwerfungsvertrags nicht. Die Abmahnung dient dazu, dem Schuldner die Möglichkeit einzuräumen, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen (vgl. BGH, Urt. v. 22.1.2009 - I ZR 139/07, GRUR 2009, 502 Tz. 11 = WRP 2009, 441 - pcb). Der Zweck der Abmahnung wird erreicht, weil der Schuldner das Angebot zum Abschluss des Unterwerfungsvertrags annehmen kann, wenn er die Abmahnung in der Sache als berechtigt ansieht. In diesem Fall kommt der Unterwerfungsvertrag mit dem Gläubiger zustande, wenn der Vertreter

über Vertretungsmacht verfügte. Fehlt die Vertretungsmacht, kann der Schuldner den Gläubiger gemäß § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. In Fällen, in denen der Schuldner Zweifel an der Vertretungsmacht des Vertreters hat, kann der Schuldner die Unterwerfungserklärung von der Vorlage einer Vollmachtsurkunde abhängig machen (vgl. OLG Stuttgart NJWE-WettbR 2000, 125; Ahrens/Deutsch aaO Kap. 1 Rdn. 109; Fezer/Büscher aaO § 12 Rdn. 11; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rdn. 1.28; Teplitzky aaO Kap. 41 Rdn. 6a; Heinz/Stillner, WRP 1993, 379, 381).

2. Die Abmahnung des Klägers war berechtigt i.S. des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Berechtigt ist eine Abmahnung, wenn ihr ein Unterlassungsanspruch zugrunde liegt und wenn sie dem Schuldner einen Weg weist, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen (vgl. BGH GRUR 2009, 502 Tz. 11 - pcb; Urt. v. 21.1.2010 - I ZR 47/09, GRUR 2010, 354 Tz. 8 = WRP 2010, 525 - Kräutertee).

a) Für den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (vgl. BGH, Urt. v. 11.3.2009 - I ZR 194/06, GRUR 2009, 1064 Tz. 13 = WRP 2009, 1229 - Geldzurück-Garantie II, m.w.N.). Die Frage, ob dem Kläger gegen den Beklagten bei der Abmahnung am 18. April 2007 ein Unterlassungsanspruch wegen der beanstandeten Anzeigen zustand, beurteilt sich nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden UWG 2004. Die Abmahnung erfolgte noch vor Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken am 12. Juni 2007. Die Richtlinie hat daher auf die Auslegung der Vorschriften des UWG 2004 keinen Einfluss.

b) Dem Kläger stand zum Zeitpunkt der Abmahnung ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG zu. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der in den Werbeanzeigen des Beklagten angekündigte vertragliche Gewährleistungsausschluss der Bestimmung des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB zuwiderläuft und ein entsprechender Verstoß als eine unlautere Wettbewerbshandlung nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unzulässig ist.

aa) Nach § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt § 475 BGB, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft (Verbrauchsgüterkauf). Die Werbeanzeigen des Beklagten richteten sich auch an Verbraucher. Das Berufungsgericht ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass die Anzeigen auf Abschluss von Verbrauchsgüterkäufen zielten.

Der angekündigte Gewährleistungsausschluss ist auf eine Vereinbarung gerichtet, die nach § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB unzulässig ist. Danach kann sich der Unternehmer nicht auf eine Vereinbarung berufen, durch die Rechte des Käufers aus § 437 BGB bei Mängeln der Sache ausgeschlossen sind.

bb) Die Anzeigen mit der Klausel über den Gewährleistungsausschluss sind auf den Absatz der Kraftfahrzeuge des Beklagten gerichtet; sie sind Wettbewerbshandlungen i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004. Etwas anderes folgt nicht aus dem Umstand, dass § 475 Abs. 1 BGB die Unabdingbarkeit von Gewährleistungsvorschriften regelt, die in erster Linie die Abwicklung bereits geschlossener Verträge betreffen. Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses ist geeignet, dem Unternehmer Kosten zu ersparen, indem er Verbraucher durch einen - wenn auch nicht durchsetzbaren -

Gewährleistungsausschluss davon abhält, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Der Unternehmer kann dadurch in die Lage versetzt werden, günstigere Preise zu kalkulieren. Die angegriffene Klausel ist deshalb geeignet, den Absatz der Waren des Beklagten zu fördern.

cc) Die Bestimmung des § 475 Abs. 1 BGB zählt zu den Vorschriften, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, das Marktverhalten zu regeln. Ob Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die Klauselverbote enthalten, zu den Marktverhaltensregeln i.S. des § 4 Nr. 11 UWG zu zählen sind, ist zwar umstritten. Im Vordergrund der Erörterung steht die Frage der Unlauterkeit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB nicht standhalten. Die Überlegungen gelten aber auch für § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend (vgl. zum Meinungsstand BGH, Urt. v. 31.3.2010 - I ZR 34/08 Tz. 26 ff. - Gewährleistungsausschluss im Internet).

Die Bestimmung des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. Nr. L 171, S. 12) um. Die Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dienen neben der Stärkung des Vertrauens der Verbraucher und der Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus dem Abbau von Wettbewerbsverzerrungen und der besseren Nutzung der Vorzüge des Binnenmarkts und der neuen Fernkommunikationstechniken (Erwägungsgründe 1 und 3 bis 5). Diesen Zwecken dient auch § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Vorschrift hat daher auch eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion.

dd) Die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 11 UWG ist nicht wegen eines Vorrangs des § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 UKlaG ausgeschlossen. Danach kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf zuwiderhandelt. Anspruchsberechtigt sind nach § 3 Abs. 1 UKlaG näher bestimmte Einrichtungen, Verbände oder Kammern, nicht dagegen Mitbewerber des in Anspruch genommenen Unternehmens. Eine ausdrückliche Vorrangregelung lässt sich aber weder dem Unterlassungsklagengesetz noch dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb entnehmen. Das Unterlassungsklagengesetz stellt kein in sich geschlossenes Rechtsschutzsystem dar. Aus ihm ergibt sich auch nichts dafür, dass Mitbewerber von der Bekämpfung von Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze, die im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen stehen, ausgeschlossen sein sollen (vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2010 - I ZR 34/08 Tz. 31 - Gewährleistungsausschluss im Internet; OLG Jena GRUR-RR 2006, 283; KG GRUR-RR 2007, 291, 292; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.17; ders., NJW 2008, 177, 178; Fezer/Götting aaO § 4-11 Rdn. 159; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 30; Woitkewitsch, GRUR-RR 2007, 257, 258; a.A. OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 287, 288).

ee) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob aufgrund der in Rede stehenden Anzeigen ein Verbraucher einen Kaufvertrag mit dem Beklagten geschlossen hat, der die in der Anzeige aufgeführte Klausel über den Ausschluss der Gewährleistung zum Gegenstand hat. Dies ist jedoch unschädlich. Im Streitfall bestand aufgrund Erstbegehungsgefahr ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG. Aus den fraglichen Werbeanzeigen ergaben sich

greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte in naher Zukunft Kaufverträge entgegen § 475 Abs. 1 Satz 1, § 437 BGB mit einer entsprechenden Klausel über den Gewährleistungsausschluss abschließen würde.

3. Der Anspruch ist auch in der geltend gemachten Höhe begründet. Der Kläger kann Ersatz der ihm tatsächlich entstandenen und erforderlichen Aufwendungen verlangen. Dazu gehören die durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts entstandenen Gebühren und Auslagen. Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gehört nicht zu den originären Aufgaben eines Unternehmers, für die er eine eigene Organisation vorhalten muss (vgl. BGH, Urt. v. 8.5.2008 - I ZR 83/06, GRUR 2008, 928 Tz. 15 = WRP 2008, 1188 - Abmahnkostenersatz).

a) Die Höhe der Anwaltskosten bemisst sich nach Nr. 2300 RVG VV. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Rechtsanwaltsgebühr der Nr. 2400 RVG VV entnommen. Das Berufungsgericht hat ersichtlich auf den Tatbestand der Nr. 2400 RVG VV a.F. abgestellt, der aufgrund der Änderung durch Art. 5 Abs. 1 Nr. 4 lit. b des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes mit Wirkung ab 1. Juli 2006 in Nr. 2300 RVG VV angeführt ist (BGBl. I 2004, S. 847 f.).

Anders als die Revision meint, ist die Tätigkeit des Rechtsanwalts bei einer Abmahnung nicht auf eine außergerichtliche Beratung i.S. des § 34 Abs. 1 RVG beschränkt. Eine Beratung im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts in einem Informationsaustausch mit dem Auftraggeber erschöpft. Dagegen entsteht die Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Vertretung nach Nr. 2300 RVG VV, wenn der Auftrag darauf gerichtet ist, dass der Rechtsanwalt nach außen tätig wird (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl., § 34 RVG Rdn. 1; Teubel/Winkler in Mayer/Kroiß, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 4. Aufl., § 34 Rdn. 27).

b) Innerhalb des nach Nr. 2300 RVG VV bestehenden Rahmens einer 0,5 bis 2,5-fachen Gebühr verlangt der Kläger den Ersatz einer 1,3-fachen Gebühr, die der Rechnung seines Rechtsanwalts zugrunde liegt. Das Berufungsgericht hat die 1,3-fache Gebühr nicht als unbillig erachtet. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

Bei Rahmengebühren bestimmt der Rechtsanwalt die Gebühr nach näherer Maßgabe des § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG nach billigem Ermessen. In durchschnittlichen Fällen ist die in der Bemerkung zu Nr. 2300 RVG VV angeführte 1,3-fache Gebühr die Regelgebühr (vgl. BGH, Urt. v. 31.10.2006 - VI ZR 261/05, NJW-RR 2007, 420 Tz. 8; vgl. auch Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drucks. 15/1971, S. 207 zu Nr. 2400 RVG VV).

Bei einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung ist in einem durchschnittlichen Fall nicht von einer unter dem Regelsatz liegenden 1,3-fachen Gebühr auszugehen (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rdn. 1.94; Fezer/Büscher aaO § 12 Rdn. 71; Hess in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 33). Anhaltspunkte für eine den Regelsatz unterschreitende Gebühr hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sie sind vorliegend auch nicht ersichtlich.

c) Der der Kostenrechnung für die Abmahnung zugrunde liegende Geschäftswert von 20.000 € ist angemessen. Gegen diesen Ansatz erinnert die Revision auch nichts.

4. Der Zinsanspruch beruht auf § 286 Abs. 3, § 288 Abs. 1 BGB.

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

Bornkamm Büscher Schaffert Kirchhoff Koch