

Titel:

Kürzung einer Vertragsstrafen bei Untätigkeit des Gläubigers

Normenkette:

BGB § 242, § 339 S. 2

Leitsätze:

1. Hat der Empfänger einer Unterlassungserklärung diese tatsächlich so verstanden, wie sie vom Erklärenden gemeint war, kommt es auch auf einen hiervon möglicherweise abweichenden objektiven Erklärungswert nicht an. (Rn. 6) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Schuldner einer Erklärung, wonach E-Mail-Zusendungen zu unterlassen sind, hat eine ihn zum Versand berechtigende Aufforderung darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen. (Rn. 11) (redaktioneller Leitsatz)
3. Eine an sich verwirkte Vertragsstrafe kann gemäß § 242 BGB gekürzt werden, wenn der Gläubiger durch seine Untätigkeit entscheidend dazu beigetragen hat, dass der Schuldner wiederholt gegen eine Unterlassungserklärung verstößt und somit eine Vertragsstrafe angesammelt wird, die deutlich attraktiver ist als der Betrag, den der Schuldner bei frühzeitiger Geltendmachung hätte zahlen müssen. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagwort:

Vertragsstrafe

Vorinstanz:

LG Augsburg, Urteil vom 31.01.2019 – 101 O 1312/18

Fundstellen:

MMR 2020, 552

GRUR-RS 2019, 47165

LSK 2019, 47165

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 31.01.2019, Az.: 101 O 1312/18 unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 1.500,-- nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.05.2018 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 10/13, die Beklagte 3/13.

II. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 10/13, die Beklagte 3/13.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts in der Fassung gem. obiger Ziffer I sind vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

I. Von einem Tatbestand wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

Entscheidungsgründe

2

II. Die Berufung ist zulässig und überwiegend begründet. Zwar hat der Kläger gegen die Beklagte wegen Verletzung der strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 13.08.2008 einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe. Dieser besteht indes nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht für alle geltend

gemachten Verletzungshandlungen, so dass das landgerichtliche Urteil entsprechend abzuändern war. Darüber hinaus ist die Klage entgegen der Auffassung des Landgerichts hinsichtlich der Geltendmachung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten unbegründet.

3

1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte im Hinblick auf die ihm von der Beklagten zugesandten streitgegenständlichen Mails gem. § 339 S. 2 BGB ein Vertragsstrafenanspruch iHv EUR 1.500,- zu.

4

a) Ausweislich der als Anlage K01 als Kopie vorgelegten Erklärung hat sich die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet,

1. es bei Meidung der unten bezeichneten Vertragsstrafe es ab sofort zu unterlassen, E-Mail(s) jeglicher Art an real oder nicht real existierende E-Mail-Adressen auf der Domain ... de zu senden. Dies bedeutet insbesondere, keinerlei E-Mail an E-Mail-Adressen zude zu senden, ganz egal, was auch immer als Empfängername vor dem @ Zeichen verwendet wird.

2. für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehend aufgeführten Verpflichtungen, auch durch Erfüllungs- und/oder Verrichtungsgehilfen, wobei ein Fortsetzungszusammenhang und/oder eine natürliche Handlungseinheit nicht in Betracht kommen, eine Vertragsstrafe in Höhe von 500,00 Euro (in Worten: fünfhundert Euro) an den abmahnenden Th. U. M. / M. Datentechnik zu zahlen.

5

Nach dem insoweit unstreitigen Vortrag des Klägers und den Feststellungen des Landgerichts im angegriffenen Urteil stammt diese Erklärung vom 13.08.2008. Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung bestehen nicht. Die landgerichtliche Feststellung indes, dass sich die Beklagte dazu verpflichtet hätte, es zu unterlassen „unaufgefordert“ E-Mails an die genannten E-Mail-Adressen zu senden, findet in der als Anlage K01 vorgelegten Erklärung keine Stütze.

6

b) Ob der vom Landgericht zur Anlage K01 abweichend festgestellte Wortlaut der Unterlassungserklärung Bindungswirkung für die vom Senat zu treffende Entscheidung hat, kann jedoch dahinstehen, denn nach der Rechtsprechung des BGH geht ein übereinstimmender Wille der Parteien sowohl dem Wortlaut eines Vertrages als auch jeder anderweitigen Interpretation vor (BGH, NJW 1994, 1528, 1529). Hat mithin der Empfänger einer Erklärung diese tatsächlich so verstanden, wie sie vom Erklärenden gemeint war, kommt es auch auf einen hiervon möglicherweise abweichenden objektiven Erklärungswert nicht an (Wendtland, in: BeckOK BGB, 52. Ed., § 133 Rn. 27). Denn es ist nicht gerechtfertigt, dann, wenn bei keinem der Beteiligten ein Missverständnis über das wirklich Gewollte vorliegt, eine davon abweichende rechtliche Regelung zur Geltung zu bringen (BGH, NJW 1984, 721). Da der Kläger vorliegend bereits in der Klage selbst vorgetragen hat, dass sich die Beklagte „nur“ dazu verpflichtet habe, es zu unterlassen, unaufgefordert E-Mails an die genannten Adressen zu senden, und dies seitens der Beklagten nicht bestritten wurde, entspricht jedenfalls das übereinstimmende Verständnis der Parteien vom Inhalt des Verbots den Feststellungen des Landgerichts im angegriffenen Urteil und ist folglich auch der Entscheidung des Senats zugrunde zu legen.

7

c) Ungeachtet dessen besteht kein Anlass, die von der Beklagten übernommene strafbewehrte Unterlassungserklärung anders auszulegen als der Wortlaut die daraus folgende Verpflichtung umschreibt. Ebenso wenig besteht für den Senat Anlass anzunehmen, die Unterlassungserklärung sei aufgrund einer rechtsmissbräuchlichen Abmahnung abgegeben worden, wie die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung behauptet. Da keine der Parteien, insbesondere nicht die Beklagte, die der Unterlassungserklärung zugrundeliegende Abmahnung vorgelegt oder zu deren Inhalt auch nur vorgetragen hat, können etwaige rechtsmissbräuchliche Beweggründe bei der Abmahnung - wohl - im Jahr 2008 nicht erkannt werden; ebenso wenig ist ersichtlich, von wem der Wortlaut der Unterlassungserklärung überhaupt stammt und dass und warum diese - unterstellt, sie stammt aus der Feder des Klägers - rechtlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu behandeln wäre.

8

d) Gegen diese Unterlassungsverpflichtung hat die Beklagte, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, durch den Versand von insgesamt 13 E-Mails in der hier allein maßgeblichen Zeit - die E-Mail vom

30.09.2014 ist nicht Gegenstand der im hiesigen Verfahren geltend gemachten Vertragsstrafenforderungen - zwischen dem 07.02.2016 und dem 24.07.2016 an die E-Mail-Adressede 13 mal schuldhaft verstoßen.

9

aa) Dass die Beklagte die streitgegenständlichen E-Mails an die fragliche E-Mail-Adresse versandt hat, wovon das Landgericht in der angegriffenen Entscheidung ausgegangen ist, stellt die Beklagte in der Berufung nicht mehr in Abrede.

10

bb) Soweit die Beklagte geltend macht, das Zusenden der fraglichen E-Mails sei nicht „unaufgefordert“ erfolgt, da die Beklagte unter der dafür eingerichteten Mailadressede am 18.05.2014 um 10:46 Uhr eine Anmeldung zum Newsletter für die fragliche E-Mail-Adresse erhalten habe, vermag sie dies nicht zu entlasten, da sie diese seitens des Klägers bestrittene Behauptung nicht bewiesen hat.

11

(i) Generell ist es zwar am Gläubiger einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, wenn er eine Vertragsstrafe fordert, darzulegen und zu beweisen, dass der Schuldner gegen die von ihm übernommene Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat (vgl. Ulrici, in: BeckOGK, Stand 01.11.2019, BGB, § 345 Rn. 15). Dies gilt vorliegend indes nur für den Umstand, dass es überhaupt zu den behaupteten E-Mail-Zusendungen gekommen ist - was zwischen den Parteien zumindest in der Berufungsinstanz unstrittig ist. Dass diese Zusendungen darüber hinaus auch unaufgefordert entsprechend dem beiderseitigen Verständnis des Inhalts der Unterlassungsverpflichtung erfolgten, ist hingegen nicht vom Gläubiger zu beweisen, vielmehr ist es Sache des Schuldners, die ihn überhaupt erst zum Versand berechtigende Aufforderung darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen. Dies folgt aus der Rechtsprechung des BGH zur generellen Zulässigkeit von E-Mail-Werbung (die an eine Einwilligung entsprechend den Anforderungen des § 7 UWG geknüpft ist), wonach der Werbende die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung des Adressaten trägt (vgl. die Nachweise bei Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 154). Diese Grundsätze sind auf die vorliegende Konstellation wegen der identischen Interessenlage der Parteien zu übertragen.

12

(ii) Der der Beklagten demnach obliegenden Beweislast hat diese nicht entsprochen. Der von der Beklagten zum Zwecke der Beweisführung vorgelegten Anlage S& P01 lässt sich nicht entnehmen, welche natürliche Person die hier erforderliche Aufforderung zu einer Übersendung der streitgegenständlichen E-Mails erteilt haben soll. Soweit die Beklagte ferner in der ersten Instanz (Schriftsatz vom 06.09.2018, dort S. 2) ein Sachverständigengutachten zum Beweis dafür angeboten hat, dass es sich bei der Anlage S& P01 nicht um eine Fälschung handele, ist dies für den nicht vorhandenen Aussagewert der Anlage ebenso wenig relevant wie das Angebot eines Zeugen „N.N.“ dafür, dass die als Anlage S& P01 wiedergegebene E-Mail über das System der Beklagten automatisch und wahrheitsgemäß generiert worden sei. Mangels weiterer Beweisangebote ist daher von 13 E-Mail-Sendungen, veranlasst durch die Beklagte, an die og E-Mail-Adresse auszugehen, ohne dass diesen eine Aufforderung iSd Unterlassungs-/Verpflichtungserklärung zugrunde gelegen hätte.

13

cc) Es liegen auch 13 einzelne Verstöße gegen die übernommene Unterlassungsverpflichtung vor (der Versand vom 30.09.2014 hat dabei außer Betracht zu bleiben, weil die im Rechtsstreit eingeklagte Vertragsstrafe auf diesen nicht gestützt wurde). Darauf, dass der mehrfache Versand auf einer einzigen Handlung der Beklagten (etwa auf der einmaligen Aufnahme in einen E-Mail-Verteiler) beruht haben soll, kann sich die Beklagte nicht berufen.

14

(i) Die Frage, in welchem Umfang bei mehrfachen Verstößen gegen die Unterlassungsverpflichtung Vertragsstrafen verwirkt sind, kann nur nach einer Vertragsauslegung im Einzelfall entschieden werden, nicht nach festen Regeln für alle einschlägigen Fälle, wie sie aus einem Rechtsbegriff abgeleitet werden könnten (BGH, GRUR 2001, 758, 759 - Mehrfachverstoß gegen Unterlassungsverpflichtung). Es ist angesichts dessen grds. ohne weiteres möglich, dass sich zwei Parteien darauf verständigen, dass verschiedene Einzelverstöße auch einzeln zu sanktionieren sind (s. auch beispielhaft BGH, GRUR 2009, 181 - Kinderwärmekissen).

15

(ii) Vorliegend haben sich die Parteien ausdrücklich darauf verständigt, dem Schuldner sowohl die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs als auch diejenige der Handlungseinheit zu verwehren. Vielmehr sollte nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vereinbarung jede von der Beklagten unaufgefordert an die Domain ... de versandte E-Mail eine Vertragsstrafe von EUR 500,-- auslösen, mithin unabhängig davon, ob dem Versand mehrerer E-Mails mehrere willentliche Handlungen auf Seiten der Beklagten zugrunde liegen oder nur eine einzige, die zu einem fortgesetzten Versand führt.

16

(iii) Gründe dafür, dass die getroffene Vereinbarung unwirksam ist, vermag die Beklagte nicht aufzuzeigen. Wie dargestellt, fehlen insbesondere hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Vereinbarung um vom Kläger gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln würde oder die Vereinbarung als rechtsmissbräuchlich zustande gekommen anzusehen wäre.

17

(iv) Eine vom Wortlaut abweichende Auslegung ist ebenfalls nicht angezeigt. Auch insoweit trägt die Beklagte keine konkreten Umstände vor, aufgrund derer eine vom eindeutigen Wortlaut abweichende Vereinbarung unter Berücksichtigung allgemeiner Auslegungsregeln gem. § 133, § 157 BGB anzunehmen wäre. Dass eine derart weitgehende Vereinbarung untypisch sein mag (vgl. die entsprechenden Ausführungen in BGH, GRUR 2001, 758, 759 - Mehrfachverstoß gegen Unterlassungsverpflichtung), hindert die Parteien einer Individualvereinbarung der vorliegenden Art nicht daran, eine derartige Regelung gleichwohl zu vereinbaren.

18

dd) Das erforderliche Verschulden auf Seiten der Beklagten ist ebenfalls zu bejahen.

19

(i) Stehen wie vorliegend Zuwiderhandlungen gegen eine Unterlassungsverpflichtung fest, wird das erforderliche Verschulden des Schuldners vermutet. Es ist mithin an ihm, sich zu entlasten (Nachweise bei Bornkamm, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 12 Rn. 1.223).

20

(ii) Dies ist der Beklagten nicht gelungen. Soweit die Beklagte geltend macht, sie sei davon ausgegangen, dass der Newsletter-Versand aufgrund der bei ihr eingegangenen Anmeldung rechtmäßigerweise an den Kläger erfolgt sei und sie durch eine Speicherung der elektronisch übermittelten Einverständniserklärung ihrer Sorgfaltspflicht ausreichend nachgekommen sei, kann sie damit nicht gehört werden. Wie bereits ausgeführt, ist bereits nicht nachgewiesen, dass es überhaupt eine Aufforderung zum E-Mail-Versand an die fragliche Adresse gegeben hat. Angesichts dessen kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, auf eine derartige nicht nachgewiesene Aufforderung vertraut haben zu dürfen.

21

e) Trotz der nach obigen Ausführungen zugrunde zu legenden 13 Verstöße, für die an sich insgesamt eine Vertragsstrafe in Höhe der geforderten EUR 6.500,-- als verwirkt anzusehen wäre, ist die Beklagte indes lediglich zur Zahlung einer Vertragsstrafe iHv EUR 1.500,-- zu verurteilen.

22

aa) Auch wenn es nach obigen Ausführungen grds. möglich ist, dass die Parteien eines Unterlassungsvertrags sowohl die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs als auch diejenige der Handlungseinheit vertraglich zu Lasten des Schuldners ausschließen, kommt gleichwohl in Ausnahmefällen eine Herabsetzung der Vertragsstrafe gem. § 242 BGB in Betracht, etwa bei einem Ansammeln von Vertragsstrafen in bedrohlicher Höhe (Brüning, in: Harte-Bavendamm/HenningBodewig, UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 242). Steht eine vereinbarte Vertragsstrafe in einem außerordentlichen Missverhältnis zur Bedeutung der Zuwiderhandlung, ist ihre Herabsetzung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB geboten, auch wenn eine Verringerung der Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe nach § 343 BGB gem. § 348 HGB ausgeschlossen ist. In diesem Fall ist die Vertragsstrafe nicht auf die nach § 343 BGB angemessene Höhe, sondern nur auf das Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde (vgl. BGH, GRUR 2009, 181, 2. Leitsatz - Kinderwärmekissen).

23

bb) Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall zu übertragen, auch wenn die insgesamt geforderte Höhe von EUR 6.500,- für die Beklagte mangels anderer Anhaltspunkte nicht als bedrohlich anzusehen ist. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Kläger durch seine Untätigkeit entscheidend dazu beigetragen hat, dass die Beklagte die hier streitgegenständliche Anzahl von E-Mails an den Kläger überhaupt versandt hat. Er nutzte mithin die in der - ohnehin sehr weit zu seinen Gunsten gefassten - Unterlassungsverpflichtungserklärung vorgesehene Vertragsstrafe nicht dazu, die Beklagte anzuhalten, „endlich“ mit den ihn angeblich so sehr belästigenden E-Mails an seine Domain aufzuhören, sondern in erster Linie dazu, einen Betrag anzusammeln, der deutlich attraktiver ist als der Betrag, den die Beklagte bei frühzeitiger Geltendmachung hätte zahlen müssen. Da es aber gerade nicht Sinn und Zweck einer Unterlassungserklärung ist, dem Gläubiger eine neue Einnahmequelle zu verschaffen, sondern ihm ein wirksames Instrument an die Hand zu geben, die Schuldnerin von weiteren Verletzungshandlungen abzuhalten, kann die hier vom Gläubiger gewählte Vorgehensweise nicht mehr als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar angesehen werden.

24

cc) Der Senat hält es angesichts dessen für geboten, den von der Beklagten an den Kläger zu zahlenden Betrag auf EUR 1.500,- zu kürzen. Dies entspricht einer Vertragsstrafe für drei Verstöße. Nach dem klägerischen Vortrag erfolgte der erste unaufgeforderte Versand an die in diesem Verfahren streitgegenständliche E-Mail-Adresse am 30.09.2014. Dass der Kläger diesen nicht zum Anlass genommen hat, sofort gegen die Beklagte vorzugehen, sondern zunächst abzuwarten, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Warum er es indes über einen Zeitraum von nahezu sechs Monaten ab 07.02.2016 hingenommen hat, E-Mails von der Beklagten zu erhalten, ohne dies zeitnah unterbinden zu wollen, ist nur dadurch zu erklären, dass es der Kläger auf ein treuwidriges Ansammeln von Vertragsstrafen abgesehen hat. Nach Auffassung des Senats wäre ein Einschreiten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der beide Seiten des Unterlassungsvertrags treffenden Rücksichtnahmepflichten aus dem Schuldverhältnis jedenfalls nach der im Jahr 2016 versandten dritten Mail (nach dem 03.03.2016) geboten gewesen. Für die bis dahin erfolgten drei Verstöße am 07.02., 25.02. und 03.03.2016 steht dem Kläger eine Vertragsstrafe iHv insgesamt EUR 1.500,- zu, die darüber hinaus erfolgte Geltendmachung bleibt unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen indes erfolglos.

25

dd) Dass der Kläger im Berufungsverfahren vorgetragen hat, dass es zu weiteren E-Mail-Sendungen gekommen sei, ist ohne Belang. Diese betreffen zum einen fast ausnahmslos nicht die hier streitgegenständliche E-Mail-Adresse; zum anderen sind diese Zusendungen weder streitgegenständlich noch ohne weiteres als Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung einzustufen, da die Hintergründe hierzu vollkommen unklar sind.

26

2. Zinsen stehen dem Kläger mangels jeglichen Vortrags zu einem zuvor eingetretenen Verzug gem. § 286, § 288 BGB ab Rechtshängigkeit zu. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich aus dem Umstand, dass die Beklagte mit Schreiben vom 24.07.2016 zur Zahlung einer Vertragsstrafe bis spätestens 29.07.2016 aufgefordert wurde, kein früherer Verzugszeitpunkt.

27

Als verzugsbegründende Mahnung genügt zwar jede eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit der der Gläubiger unzweideutig zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt; auf die Rechtsfolgen eines Verzugs muss grds. nicht hingewiesen werden. Eine Mahnung kann zudem mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden und kann deswegen auch in einer Rechnung enthalten sein, selbst wenn nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen erst mit deren Zugang die Forderung fällig wird.

28

Dabei handelt es sich indessen um Ausnahmefälle. Die erstmalige Zusendung einer Rechnung - selbst mit Angabe eines Zahlungsziels - wurde schon bisher im Verkehr üblicherweise nicht als Mahnung verstanden, ungeachtet dessen, dass das BGB im Gegensatz zum früheren Art. 288 Abs. 2 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs keine entsprechende Vorschrift mehr enthält (vgl. BGH, NJW 2008, 50 Rn. 11). Folglich genügte im vorliegenden Fall die erstmalige Forderung zur Zahlung einer Vertragsstrafe trotz entsprechender Fristsetzung nicht, um die Beklagte nach Ablauf der gesetzten Frist in Verzug zu setzen.

29

3. Gänzlich abzuweisen war die Klage in Bezug auf die ebenfalls geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten; eine Anspruchsgrundlage hierfür ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Auch dem landgerichtlichen Urteil lässt sich nicht entnehmen, warum dem Kläger der geltend gemachte Betrag zusteht, sondern nur, dass dieser ausgehend von einem Streitwert von EUR 6.500,-- richtig berechnet wurde.

30

a) Der Kläger trägt zur Begründung des mit Klageantrag 2. geltend gemachten Betrags vor, der Kläger habe den Klägervertreter - nachdem der Kläger selbst die Vertragsstrafe mit Schreiben vom 24.07.2016 gefordert habe und die Beklagte über ihren Prozessbevollmächtigten Einwendungen vorgetragen habe - mit der Beantwortung des Schreibens der Prozessbevollmächtigten der Beklagten (welches dem Gericht nicht vorgelegt wurde) beauftragt, was mit Schreiben vom 16.03.2018 (welches ebenfalls nicht vorliegt) vorgenommen worden sei. Die Einschaltung des Klägervertreters für vorgerichtliche Verhandlungen sei erforderlich und zweckmäßig gewesen.

31

Hierfür seien dem Kläger netto EUR 546,50 an Kosten entstanden, die erstattungsfähig seien. Aus welchem Rechtsgrund dies zu folgern wäre, lässt der Kläger unerwähnt.

32

b) Da sich der Kläger ersichtlich weder auf § 12 Abs. 1 S. 2 UWG noch auf die Grundsätze der GoA berufen kann, kommt eine Erstattungsfähigkeit allenfalls in Betracht, wenn es sich um die Erstattung eines dem Kläger entstandenen Schadens handeln würde. Ein Verzugschaden scheidet vorliegend aus, da es bereits an jeglichem Vortrag des Klägers dazu fehlt, dass und seit wann ein Verzug der Beklagten vorgelegen haben soll. In Betracht kommt daher nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung des Unterlassungsvertrags.

33

c) Dass dem Kläger der von ihm behauptete Schaden indes entstanden ist, ist streitig und mangels Nachweises nicht anzunehmen.

34

aa) Ein Schaden kann dem Kläger nur dadurch entstanden sein, dass er die ihm in Rechnung gestellten Rechtsanwaltskosten tatsächlich bezahlt hat. Dass ein Zahlungsanspruch auch dadurch entstehen kann, dass sich ein ursprünglich bestehender Freistellungsanspruch aufgrund einer endgültigen Erfüllungsverweigerung in einen Zahlungsanspruch wandelt, ist vorliegend unerheblich, denn der Kläger hat zu keinem Zeitpunkt behauptet, er sehe sich lediglich einer Forderung seines Rechtsanwalts ausgesetzt, sondern er hat vorgetragen, ihm seien Kosten entstanden, die erstattungsfähig seien.

35

bb) Noch vor dem Landgericht hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 06.09.2018 (dort S. 4) bestritten, dass dem Kläger tatsächlich seitens seines Anwalts eine entsprechende Kostennote in Rechnung gestellt wurde. Dies hat der Kläger unkommentiert gelassen und insbesondere keinen Beweis dafür angeboten, dass dem Kläger die eingeforderten Kosten tatsächlich entstanden wären.

III. Zu den Nebenentscheidungen:

36

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

37

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

38

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen.