

# **BGH: Eine als PDF übersandte Unterlassungserklärung ist ausreichend**

Wer eine Abmahnung erhält, wird dazu aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Der BGH (Urt. v. 12.1.2023 - I ZR 49/22) entschied nun, dass es ausreiche, wenn der Unterlassungsschuldner die unterschriebene Unterlassungserklärung innerhalb der gesetzten Frist als PDF per E-Mail versendet. Eine Übersendung im Original sei nicht erforderlich. Habe der Gläubiger jedoch die zusätzliche Übersendung des Originals zur Bedingung gemacht und komme der Schuldner dem nicht nach, fehle es in einem solchen Fall an einer für den Wegfall der Wiederholungsgefahr notwendigen Vereinbarung einer effektiven Sanktionsandrohung.

Die Klägerin erhielt vom Beklagten ohne Einwilligung am 3. März 2021 eine Werbe-E-Mail für medizinische Masken und am 30. März 2021 eine weitere Werbe-E-Mail für Corona-Schnelltests. Sie 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. 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.

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.

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.

Nachdem der Beklagte sodann während des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem AG Kirchheim 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. Das AG Kirchheim (Urt. v. 14.10.2021 - 1 C 216/21) hatte festgestellt, dass die Hauptsache erledigt sei und dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Auf die Berufung des Beklagten hin, hat das LG Stuttgart (Urt. v. 30.3.2022 - 4 S 230/21) das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

## **Die Entscheidung des BGH**

Der BGH stellte klar, dass das Berufungsgericht zu Recht angenommen habe, dass die Übersendung der unterschriebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung als PDF-Datei per E-Mail den Anforderungen für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr genügt. Habe der Gläubiger jedoch die zusätzliche Übersendung des Originals zur Bedingung gemacht und komme der Schuldner dem nicht nach, fehle es in einem solchen Fall an einer für den Wegfall der Wiederholungsgefahr notwendigen Vereinbarung einer effektiven Sanktionsandrohung.

## **Eindeutig und hinreichend bestimmt**

Der BGH stellte klar, dass eine Unterlassungserklärung, 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 müsse, die betreffende Handlung nicht mehr zu begehen, und daher durch ein angemessenes

Vertragsstrafeversprechen abgesichert sein müsse. Sie müsse außerdem den bestehenden gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach Inhalt und Umfang vollständig abdecken und dementsprechend uneingeschränkt, unwiderruflich, unbeding und grundsätzlich auch ohne die Angabe eines Endtermins erfolgen.

*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).*

*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 berechnete Zweifel an der Ernstlichkeit der abgegebenen Erklärung und des Unterwerfungswillens (BGH, GRUR 1990, 530 [juris Rn. 34] – Unterwerfung durch Fernschreiben).*

## Kein gesetzlicher Formzwang für Kaufleute

Das Berufungsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Unterlassungserklärung keinem gesetzlichen Formzwang i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB unterliege, da das Schriftformerfordernis nach §§ 343 Abs. 1, 350 HGB für Kaufleute nicht gelte.

*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).*

## Kein Zweifel der Ernstlichkeit

Die abgegebene Form lasse keine Zweifel an der Ernstlichkeit der Unterlassungserklärung erkennen, auch wenn 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.

*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).*

*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.*

## **Ernst gemeinte Unterlassungserklärung**

Das Berufungsgericht habe zudem zu Recht angenommen, aus den Gesamtumständen ergebe sich hinreichend deutlich, dass die Unterlassungsverpflichtungserklärung des Beklagten ernst gemeint gewesen sei.

*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.*

# Revision trotzdem erfolgreich

Die Revision hatte dennoch Erfolg. Denn nach einer nach Verkündung des Berufungsurteils erfolgten Änderung der BGH-Rechtsprechung fehle es 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 Vereinbarung einer Vertragsstrafenverpflichtung.

*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).*

## Zusätzliche Übersendung des Originals als Bedingung

Der Erklärung der Klägerin, dass für sie die Angelegenheit mit der Übersendung der Unterlassungserklärung per E-Mail nicht erledigt sei, komme der Erklärungswert zu, dass sie deren Annahme abgelehnt habe. Damit habe der Beklagte nicht mehr mit dem Zustandekommen eines wirksamen Unterlassungsvertrags rechnen können. Dieser sei auch deshalb nicht zustande gekommen, weil er der in der Abmahnung aufgeforderten Einhaltung einer gewillkürten Schriftform nach § 127 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 126 Abs. 1 BGB nicht nachgekommen sei.

*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*

*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.*