
Datum: 29.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 197/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0129.4U197.08.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 18 O 45/08

Tenor:

Die Berufung der Antragstellerin gegen das am 28. August 2008 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Die Antragstellerin begehrt, wobei zunächst auf den Tatbestand des angefochten Urteils Bezug genommen wird, im Hinblick auf ein – bereits abgelaufenes – Internetangebot der Antragsgegnerin vom 17.03.2008 (= Anl. Ast. 2) im Wege der einstweiligen Verfügung die Untersagung,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbzzwecken auf dem Portal *Internetadresse* (...) den 4 Buggy des Herstellers L mit der Modellbezeichnung T zu bewerben.

Sie hat hierzu – mit dem am 04.06.2008 bei Gericht eingereichten Antrag – der Sache nach geltend gemacht, durch die namentliche Nennung der verschiedenen Marken unter dem

1

2

3

5

Artikelmerkmal "Modellbezeichnung" entstehe bei den angesprochenen Verkehrskreisen der unzutreffende Eindruck, dass der von der Antragsgegnerin beworbene Buggy von einem der hier aufgeführten Markenhersteller hergestellt und vertrieben werde, so dass eine erhebliche Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise und damit ein Verstoß nach § 5 UWG vorliege. Hinzu komme, dass durch die namentliche Nennung dieser Markenhersteller ein wettbewerbswidriges Ausnutzen des guten Rufes/Prestiges der fraglichen Markenhersteller vorliege. Damit liege ein erheblicher Verstoß gegen § 4 Nr. 9 b UWG vor.

Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung zunächst durch Beschluss vom 05.06.2008 erlassen.

6

Die Antragsgegnerin hat Widerspruch hiergegen eingelegt und sich damit verteidigt, dass das Angebot – insoweit nunmehr unstreitig – bereits am 27.03.2008 ausgelaufen sei und dass schon keine Eilbedürftigkeit für den Verfügungserlass und keine Wiederholungsgefahr als Voraussetzung für den Verfügungsanspruch bestehe. Nach einer weiteren Abmahnung vom 09.04.2008 in Bezug auf ein Angebot auf der belgischen *Internet*-Seite vom 28.03.2008 habe sie, die Antragsgegnerin, ihre Angebote bereits dahin geändert, dass die Namen anderer Hersteller daraus entfernt worden seien, und diesen Umstand der Antragstellerin mit Schreiben vom 09.04.2008 auch unmissverständlich mitgeteilt. Weder finde überhaupt eine Irreführung statt, noch liege eine Ausnutzung der Wertschätzung der weiteren Markenhersteller vor.

7

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung mit dem angefochtenen Urteil wieder aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die vermutete Eilbedürftigkeit im Streitfall widerlegt sei, insbesondere weil das inkriminierte Angebot der Antragsgegnerin bei Beantragung der einstweiligen Verfügung schon gut 2 Monate beendet gewesen sei. Auch bei dem weiteren Angebot auf der belgischen *Internet*-Seite habe sich die Antragsgegnerin, wenn auch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, dem Wunsch der Antragstellerin gebeugt und das Inserat geändert. Unstreitig habe die Antragsgegnerin wie angekündigt seitdem auch keine Angebotsseiten mehr veröffentlicht, in denen die Namen anderer Hersteller erscheinen.

8

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

9

Die Antragstellerin greift das Urteil mit ihrer Berufung an, mit der sie – wie im Senatstermin klargestellt – abändernd die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung vom 05.06.2008 begehrt. Sie macht geltend, das Angebotsende der Internetauktion vom 27.03.2008 lasse die Eilbedürftigkeit nicht entfallen, da diese aus einem anderen Grunde angenommen werden müsse. So liege auch bei einer abgelaufenen Internetauktion – wie im Fall des OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.03.2006, Az. I-20 U 79/05 – ein Störzustand dann noch vor, wenn das Angebot weiterhin einsehbar sei und daher fortwirkend Markennamen werbewirksam in Zusammenhang mit eigenen Produkten der Antragsgegnerin gebracht würden. Der Wettbewerbsverstoß habe vorliegend trotz Angebotsbeendigung bestanden. Dadurch, dass die Antragsgegnerin die vorgeworfene Auflistung von Markenherstellernamen bei neueren Angeboten nicht mehr vorgenommen habe, entfalle weder die Wiederholungsgefahr noch die Eilbedürftigkeit, da die Antragsgegnerin bislang keinerlei Zusagen gemacht habe, das beanstandete Verhalten zukünftig zu unterlassen, und keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Durch die Auflistung der Markenhersteller würde dem Interessenten in irreführender Weise suggeriert, dass er ein äquivalentes Produkt kaufe, welches zudem für ihn preislich vorteilhaft sei, wohingegen tatsächlich ein chinesisches Billigprodukt angeboten werde. Ferner nutze die Antragsgegnerin dadurch, dass sie ihr

10

chinesisches "no-name-Produkt" in direktem Zusammenhang mit aufgelisteten Markenherstellern setze, den guten Ruf der Markenprodukte und damit deren Qualitätsstufe aus. Ferner sei, wie vom Landgericht angesprochen, erkennbar beabsichtigt gewesen, Interessenten auf das Angebot zu locken. Diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin sei auch aus diesem Grunde irreführend und damit unzulässig. Es werde der falsche Eindruck vermittelt, dass in den angezeigten Angeboten auch die Markenprodukte angeboten würden.

Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil im Ergebnis mit näheren Ausführungen. Sie meint unter Hinweis auf die so genannte Monatsfrist, dass es an dem Verfügungsgrund fehle. Daran ändere auch das von der Antragstellerin zitierte und zum Markenrecht ergangene Urteil des OLG Düsseldorf nichts. In diesem Zusammenhang weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die streitgegenständliche Auktion bereits seit Wochen abgelaufen gewesen sei. Über die allgemeine Suchfunktion sei eine *Internet*-Auktion unmittelbar nach ihrem Ablauf nicht mehr zu finden. Ein Auffinden sei nur noch durch die Angabe der Artikelnummer der entsprechenden Auktion möglich. Die Antragsgegnerin meint ferner, die grundsätzlich bestehende Vermutung für eine Wiederholungsgefahr sei hier ausnahmsweise widerlegt. Dies gelte umso mehr, als die Antragstellerin selbst vorgetragen habe, das geänderte Verhalten der Antragsgegnerin als ausreichend angesehen und von gerichtlichen Schritten abgesehen zu haben. Das nunmehr dazu in Widerspruch stehende Verhalten der Antragstellerin sei rechtsmissbräuchlich, zumal es ihr nur um die Verursachung von Kosten gehe. Unabhängig davon stellt die Antragsgegnerin auch materiellrechtlich einen Wettbewerbsverstoß in Abrede. Die Werbung richte sich an einen relativ überschaubaren Kundenkreis, nämlich Männer, die rund 5.000 € für ein Fun-Fahrzeug auszugeben bereit seien. Dieser angesprochene Verkehrskreis werde nicht getäuscht. In der Anzeige werde der Hersteller des Fahrzeugs ausdrücklich benannt. Die weiter angegebenen Markennamen informierten die angesprochenen Verkehrskreise lediglich über weitere noch vorhandene, also von der Antragsgegnerin geführte Marken. Keineswegs könne man aus den Markennamen auf eine Co-Produktion schließen, zumal der Hersteller angegeben worden sei. Ein Fall des § 4 Nr. 9 b UWG sei von der Antragstellerin schon nicht substantiiert vorgetragen worden. Vorsorglich bestreitet die Antragsgegnerin, dass die Marken über ein entsprechendes Ansehen verfügten, das ausgenutzt werden könnte. Ferner bestreitet sie, dass die Marke L vollkommen unbekannt sei und es sich um ein chinesisches Billigprodukt handle. Mit umfangreichen Ausführungen, auf die verwiesen wird, wendet sich die Antragsgegnerin gegen die Auffassung des Landgerichts, die Auflistung der Marken bezwecke einen Sucherfolg bei der Suchfunktion. 11

Die Antragstellerin macht demgegenüber (so erstmals) unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers M vom 28.01.2009 wiederum geltend, dass sie erst am 07.05.2008 auf die Internetanzeige der Antragsgegnerin vom 27.03.2008 aufmerksam geworden sei und Kenntnis hiervon erhalten habe. Falsch sei sodann auch die Behauptung der Antragsgegnerin, dass das abgemahnte Angebot nicht über die allgemeine Suchfunktion gefunden werden könnte. Herr M habe auf der Internetseite von *Internetadresse* am 08.05.2008 den Begriff "PGO" in das Suchfenster eingegeben und sei auf diesem Weg auf das Angebot aufmerksam geworden. Die Antragstellerin führt im Einzelnen weiter aus, dass die streitgegenständliche Auflistung der Herstellernamen ihrer Auffassung nach zu den geltend gemachten Wettbewerbsverstößen führe. 12

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 13

B. 14

Die zulässige Berufung der Antragstellerin ist unbegründet.	15
Sie kann von der Antragsgegnerin nicht im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung der Bewerbung mit den fremden Modellbezeichnungen, wie geschehen mit der Anl. Ast. 2, Bl. 24, verlangen.	16
I.	17
Zunächst bestehen bereits erhebliche Zweifel in Bezug auf das Vorliegen des für den Verfügungserlass nötigen Verfügungsgrundes. Dieser wird zwar nach § 12 II UWG vermutet. Indes ist diese Vermutung vorliegend erschüttert, so dass es nunmehr wiederum Sache der Antragstellerin wäre, die Eilbedürftigkeit trotz entgegenstehender Umstände glaubhaft zu machen. Letzteres ist nicht ausreichend erfolgt.	18
Der Verfügungsantrag wurde erst am 04.06.2008 bei Gericht eingereicht, obwohl es sich streitgegenständlich um ein Angebot vom 17.03.2008 handelte, das auch schon zum 27.03.2008 beendet war. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Dringlichkeitsvermutung erschüttert, wenn zwischen Kenntnis von dem Verstoß und der gerichtlichen Geltendmachung mehr als ein Monat verstrichen ist, so dass anzunehmen ist, dass es dem Antragsteller insoweit mit der gerichtlichen Durchsetzung nicht mehr eilig ist. Die Antragsgegnerin hatte angesichts der Gesamtumstände nachvollziehbar eingewandt, dass die Antragstellerin schon früher von dem zeitlich bereits vor dem belgischen Angebot liegenden streitgegenständlichen Angebot entsprechende Kenntnis hatte. Der beanstandete Verstoß war danach bereits im Zusammenhang mit dem "belgischen" Angebot vom 07.04.2008 bekannt. Auch das eigene prozessuale Verhalten der Antragstellerin spricht hierfür. Bis zum Schriftsatz vom 28.01.2009, eingegangen erst am Senatstermin, war überhaupt nicht konkret dargetan, wann und wie sie Kenntnis von dem fraglichen Angebot erhielt. Stattdessen hat die Antragsgegnerin geleugnet, dass die Internetanzeige vom 08.05.2008 bereits am 27.03.2008 ausgelaufen war ("völlig aus der Luft gegriffen", "reine Schutzbehauptung"), obwohl der vorgelegte Screenshot (Anl. AS 2) dies selbst auswies. Die vorherige Kenntnis war bis dato unstrittig. Eine Kenntniserlangung erst zum Zeitpunkt des Ausdrucks, dem 08.05.2008, war auch mit der eidesstattlichen Versicherung des Gesellschafters M vom 03.06.2008 nicht glaubhaft gemacht.	19
Soweit nunmehr mit Schriftsatz vom 28.01.2009 eine Kenntniserlangung erst unter dem 08.05.2008 behauptet und eine entsprechende eidesstattliche Versicherung vom 28.01.2009 vorgelegt worden ist, ist einerseits ausweislich des von der Antragsgegnerin vorgelegten Schreibens von *Internetadresse* vom 28.01.2009 festzustellen, dass der abgelaufene Artikel nur über die Eingabe der Artikelnummer oder über die "Erweiterte Suche" und dort über den Menüpunkt "Nur beendete Angebote" gefunden werden konnte. Auf diesem Wege müsste die Antragstellerin nunmehr erstmalig dort fündig geworden sein. Der Geschäftsführer der Antragstellerin M, im Termin hierzu befragt, vermochte sich zu letzterem allerdings nicht zu erklären. Darüber hinaus gab es vor allem auch das weitere "belgische" Angebot vom 07.04.2008, das die Antragstellerin aus dem gleichen Grunde unter dem 09.04.2008 abgemahnt hatte. Auch wenn dort abgrenzend gerade ein "pas" (= kein) eingefügt war, woraus sich ergab, dass es sich gerade nicht um die genannten Hersteller handelte, wurde und wird dieser belgische Verstoß von der Antragstellerin selbst noch mit der Berufung als ein gleicher Verstoß angesehen.	20
Die Eilbedürftigkeit kann auch nicht aus den Gründen hergeleitet werden, die die Antragstellerin mit der Berufungsschrift angeführt hat. Die Fortdauer des Störungszustandes (auch) bei abgelaufener Auktion betrifft den Unterlassungsanspruch als solchen und die	21

Frage der Wiederholungsgefahr, jedoch nicht die Frage der Dringlichkeit.

II.	22
Jedenfalls ist der Verfügungsanspruch zu verneinen.	23
1.	24
Es besteht kein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 5 UWG alter und neuer Fassung wegen irreführender Werbung unter dem Gesichtspunkt einer Täuschung über den maßgeblichen Hersteller des angebotenen Produkts. Der Vorwurf nach der Abmahnung vom 09.05.2008 und nach der Antragsschrift geht dahin, es werde irreführend der falsche Eindruck vermittelt, der beworbene Buggy stamme von einem der aufgeführten Markenhersteller. Dies ist nicht der Fall. Denn der richtige Hersteller ist ausdrücklich in dem Angebot bezeichnet. Darauf, ob er bekannt ist, kommt es nicht an. Zudem sind die anderen Hersteller nicht unter "Hersteller" aufgeführt, sondern unter "Modellbezeichnung". Die Modellbezeichnung mag insoweit unklar sein. Jedoch war auch für den nur begrenzt kundigen Interessenten erkennbar, dass es sich nicht gleichzeitig um ein Produkt all der dort genannten Hersteller handeln konnte, wie I, W, L1 usw. Es wird weder der Eindruck vermittelt, das Produkt stamme von einem der genannten Markenhersteller, noch, dass das vermeintliche chinesische Billigprodukt eine entsprechende Markenqualität habe, zumal auch nicht ersichtlich und vorgetragen ist, dass es bei den genannten Herstellern insgesamt um sog. Markenhersteller, die bei den angesprochenen Verkehrskreisen ein besonderes Ansehen haben, handelt.	25
2.	26
Ebenfalls ist keine Ausnutzung der Wertschätzung der anderen Herstellernamen bzw. Markenprodukte im Sinne von § 4 Nr. 9 b UWG gegeben. Ausnutzung der Wertschätzung (Rufausbeutung) bedeutet, dass der Nachahmer den guten Ruf, der mit dem Ersterzeugnis verbunden ist, auf das Zweiterzeugnis, die Nachahmung überleitet, wobei es sich um eine substantielle Überleitung des Markterfolges einer fremden Leistung handeln muss (vgl. Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 4.9 Rn. 9/68). Auch wenn es sich bei dem beworbenen Buggy um ein chinesisches "no-name-Produkt" handeln sollte, was dahin stehen kann, wird mit der Werbung mitnichten die Qualitätsstufe des jeweiligen Qualitätsprodukts hierauf übertragen. Zum einen ist ohne weiteres erkennbar, dass es sich um unterschiedliche Hersteller handelt, so dass hier kein entsprechender Imagetransfer stattfindet. Zum anderen lassen sich die Qualitätsvorstellungen von genannten 13 Konkurrenzprodukten, die nach Art und Qualität auch durchaus unterschiedlich sein mögen, nicht gleichzeitig auf das einzelne fragliche Produkt übertragen.	27
3.	28
Soweit nunmehr – nachdem das Landgericht seine Überzeugung dahin geäußert hatte, dass es im Kern darum gegangen sei, Kunden auf die Seite der Antragsgegnerin zu locken – mit der Berufung weitergehend geltend gemacht wird, dass es beabsichtigt gewesen sei, Interessenten auf das Angebot zu locken, und dass diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin auch aus diesem Grunde irreführend sei, so handelt es sich um einen neuen Streitgegenstand, der nicht erst in zweiter Instanz überprüft werden kann. Hierauf ist im Senatstermin explizit hingewiesen worden. Abgesehen davon, dass dem Senat insofern die funktionelle Zuständigkeit fehlt, fehlt gleichfalls wiederum die Eilbedürftigkeit, weil dieser Verstoß keineswegs zeitnah nach Kenntniserlangung hiervon geltend gemacht worden ist	29

und die Geltendmachung insoweit dringlichkeitsschädlich verzögert worden ist. Die materielle Beurteilung des Anspruchs kann insoweit dahinstehen.

IV. 30

Ebenso kann die Frage eines von der Antragsgegnerin geltend gemachten Rechtsmissbrauchs i.S.v. § 8 IV UWG aus dem Grunde, dass hier ein widersprüchliches Verhalten der Antragstellerin vorliegen könnte, offen bleiben. Die Antragsgegnerin selbst hatte mitgeteilt, dass sie im Hinblick auf das weitere Angebot vom 07.04.2008 aufgrund der Ankündigung der Antragsgegnerin vom 09.04.2008, die Anzeige sofort zu ändern, von gerichtlichen Schritten Abstand genommen habe. Alsdann sind auch keine entsprechenden Verstöße, wie die Antragstellerin sie angenommen hat, mehr geschehen. Gleichwohl wird nunmehr noch das Eilverfahren durchgeführt. Ebenso kann schließlich die Frage eines Bagatellfalls nach § 3 UWG alter und neuer Fassung unbeantwortet bleiben, der insofern in Betracht kommt, als das Angebot überhaupt nur noch gezielt unter "Nur beendete Angebote" gefunden werden konnte und ein maßgeblicher Einfluss auf das Verbraucher- und Käuferverhalten, mit dem in erster Linie eine Kaufentscheidung verbunden ist, schwerlich feststellbar ist. 31

V. 32

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 708 Nr. 10 ZPO. 33