
Datum: 26.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 27/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0526.4U27.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 14 O 188/08

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 20. November 2009 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum abgeändert.

Die Beschlussverfügung vom 21. Oktober 2008 wird aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe: 1

I. 2

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet des Handels mit Artikeln des Freizeitbedarfs. Die Antragsgegnerin bot am 6. Oktober 2008 unter dem Mitgliedsnamen "I-24" auf der Internetplattform F unter der Artikelnummer 350104307493 Bio-Schmieröl I1 125 ml Fahrradöl und am 20. Oktober 2008 einen Crosstrainer L an. 3

In der Widerrufsbelehrung wird bei beiden Angeboten über den Fristbeginn wie folgt belehrt: 4

5

"Die Frist beginnt nach Erhalt dieser Belehrung in Textform, jedoch nicht vor Eingang der Ware beim Empfänger (bei wiederkehrenden Leistungen gleichartiger Waren nicht vor Eingang der 1. Teillieferung) und auch nicht vor Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß § 312 c Abs. 2 BGB i.V. mit § 1 Abs. 1, 2 und 4 BGB InfoV sowie unseren Pflichten gemäß § 312 e Abs. 1 Satz 1 BGB i.V. mit § 3 BGB InfoV ..."

Der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin erwarb in deren Auftrag zu Testzwecken eine Flasche Bio-Schmieröl bei der Antragsgegnerin. Im Rahmen der Abwicklung des Kaufes übersandte die Antragsgegnerin keine weitere Belehrung über die Vertragsbedingungen und die erforderlichen Informationen, insbesondere auch über das Widerrufsrecht in Textform. 6

Nach Kenntnisnahme vom Ablauf des Testkaufs ließ die Antragstellerin die Antragsgegnerin mit Anwaltsschreiben vom 9. Oktober 2008 (Bl.24 ff.) abmahnen. Sie beanstandete zunächst als Verstoß gegen § 312 c Abs. 1 BGB, dass durch die Formulierung der Widerrufsbelehrung der irrige Eindruck erweckt werde, die Frist beginne bereits mit dem Lesen dieser Belehrung zu laufen, insbesondere weil der Käufer gar keine weitere Belehrung in Textform mehr erhalte. Ferner beanstandete sie die Vorgehensweise der Antragsgegnerin als Verstoß gegen § 312 c Abs. 2 BGB, weil der Käufer bei der Warenlieferung keinerlei Informationen in Textform mehr erhalte. 7

Die Antragsgegnerin gab am 20. Oktober 2008 eine eingeschränkte strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. In dieser verpflichtete sie sich gegenüber der Antragstellerin bei Meidung einer in das Ermessen der Unterlassungsgläubigerin gestellten und im Streitfalle vom zuständigen Gericht zu überprüfenden Vertragsstrafe für den Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung, es zu unterlassen, 8

bei Warenlieferungen nach Vertragsschluss nicht die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des EGBGB bestimmten Informationen in dem dort bestimmten Umfang und der dort bestimmten Art und Weise spätestens bis zur Lieferung der Ware an den Verbraucher in Textform mitzuteilen, wie es bei dem Testkauf über den Artikel mit der Nummer 350104307493 geschehen ist. 9

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin daraufhin im Wege der einstweiligen Verfügung zusätzlich auf Unterlassung der beanstandeten und oben zitierten Widerrufsbelehrung in Anspruch genommen, 10

wenn dem Verbraucher nach Vertragsschluss gar keine Informationen in Textform über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insbesondere Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe, einschließlich Informationen über den Betrag, den der Verbraucher im Fall des Widerrufs oder der Rückgabe gemäß § 357 Abs. 1 BGB für die erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat, zur Verfügung gestellt werden, wie bei dem Testkauf mit der Artikelnummer 350104307497 geschehen. 11

Das Landgericht hat am 21. Oktober 2008 die begehrte einstweilige Verfügung erlassen. Die Antragsgegnerin hat dagegen Widerspruch eingelegt. 12

Im Widerspruchsverfahren hat die Antragstellerin die einstweilige Verfügung verteidigt und in der als irreführend angesehenen Widerrufsbelehrung weiterhin einen Verstoß gegen die sich aus § 312 c Abs. 1 BGB ergebenden Informationspflichten jedenfalls dann gesehen, wenn 13

später keine Belehrung in Textform mehr erfolge.

Die Antragsgegnerin hat die Aufhebung der Beschlussverfügung und die Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags begehrt. Sie hat gemeint, es sei als solches nicht zu beanstanden, dass sie das neue gesetzliche Muster der Widerrufsbelehrung zur Information nach § 312 c Abs. 1 BGB verwende. Der Verbraucher wisse angesichts des klaren Wortlauts sehr wohl, dass es für den Beginn der Widerrufsfrist auf den Zugang der Belehrung in Textform und der Ware ankomme. Wenn die nach § 312 c Abs. 2 BGB zusätzliche Belehrung in Textform später nicht erfolge, stelle das einen eigenständigen Gesetzesverstoß dar, auf den sie mit der Abgabe einer entsprechenden Unterlassungserklärung reagiert habe. Dieser Verstoß könne aber nicht dazu führen, dass auch die dem Muster entsprechende Vorabinformation unrichtig oder irreführend (geworden) sei. 14

Das Landgericht hat die Beschlussverfügung bestätigt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Testkauf habe gezeigt, dass die Antragsgegnerin ihren gesetzlichen Informationspflichten im Rahmen der Widerrufsbelehrung nicht hinreichend nachgekommen sei. Zwar sei es nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin in ihren Internetangeboten den neuen Mustertext für die Widerrufsbelehrung verwende. Dadurch, dass die Antragsgegnerin den Verbrauchern dann aber nach Abschluss des Kaufvertrages keine Widerrufsbelehrung in Textform mehr zukommen lasse, ginge der Durchschnittsverbraucher davon aus, mit der vor Vertragsabschluss erhaltenen Belehrung die angesprochene Belehrung in Textform schon erhalten zu haben. Er wisse nämlich in der Regel nicht, dass diese vorab erfolgte Belehrung gerade keine Belehrung in Textform sei. 15

Die Antragsgegnerin greift das Urteil mit der Berufung an. Sie stellt klar, dass das Urteil bei ihren Anwälten entsprechend dem unterzeichneten Empfangsbekenntnis am 6. Januar 2009 eingegangen sei und es sich bei der Angabe, es sei am 2. Januar 2009 zugestellt worden, um einen Irrtum gehandelt habe. In der Sache meint sie erneut, das Unterlassen der Übersendung einer Widerrufsbelehrung in Textform nach Vertragsschluss könne nicht dazu führen, dass der Unternehmer die Formulierung der Vorabinformation entsprechend dem gesetzlichen Muster der Widerrufsbelehrung ändern müsse. Wegen der Tatsache, dass sie ihrer Verpflichtung nach § 312 c Abs. 2 BGB nicht nachgekommen sei, die erforderlichen Informationen nach Vertragschluss in Textform zur Verfügung zu stellen, habe sie die Unterlassungserklärung abgegeben, die ihr ein entsprechendes Verhalten nunmehr untersage. Davon sei aber die eigenständige Verpflichtung zur Information nach § 312 c Abs. 1 BGB zu unterscheiden. Die Verletzung der einen eigenständigen Informationspflicht könne nicht gleichzeitig die Verletzung der anderen Verpflichtung begründen. In der Verwendung des Musters zur Vorabinformation könne auch dann kein Verstoß liegen, wenn die anschließende Belehrung in Textform unterbleibe. 16

Die Antragstellerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie meint zunächst, die Berufung sei schon als unzulässig zu verwerfen, weil die Antragsgegnerin sich an ihrer eigenen Angabe festhalten lassen müsse, das Urteil bereits am 2. Januar 2009 zugestellt erhalten zu haben. Dann sei aber die Berufung am 5. Februar 2009 verspätet eingegangen. Das Landgericht habe aber auch in der Sache richtig entschieden. Bei der Entscheidung sei es auch nicht darum gegangen, dass die Musterwiderrufsbelehrung geändert werden müsse, sondern dass die von der Antragsgegnerin in Zusammenhang mit der Widerrufsbelehrung konkret benutzte Formulierung aufgrund der Tatsache, dass diese unstreitig nach Vertragsabschluss keine weiteren Informationen mehr übermittelt habe, irreführend gewesen sei. Außerdem genüge das Muster nach wie vor nur dann als ausreichende Information, wenn es in Textform verwendet werde. Daran fehle es vorliegend aber gerade. 17

Die Antragsgegnerin macht im einzelnen Ausführungen dazu, dass sie nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt habe. Bei der Annahme des Rechtsmissbrauchs im beigefügten Urteil vom 28. April 2009 (4 U 9 / 09) sei der Senat von falschen Tatsachen insbesondere im Hinblick auf die Umsatzzahlen ausgegangen. Ihr Jahresumsatz habe nach einer Auskunft der Creditreform vom 30. April 2009 2 Mio. € im Jahre 2006, 1,8 Mio. € im Jahre 2007 und 800.000 € im Jahre 2008 betragen. Angesichts dieses Umsatzes seien 30 Abmahnungen in drei Jahren, von denen man ausgehen müsse, absolut verhältnismäßig. Mit Schriftsatz vom 22. Mai 2009 legt die Antragstellerin eine Bescheinigung der Steuerberater I1 und G vom 14. Mai 2009 vor. Danach ergeben sich Jahresumsätze der Antragstellerin in 2006 von 2.130.398,29 €, in 2007 von 1.432.015,12 € und in 2008 von 1.066.847,69 €.

II. 19

Die Berufung ist zulässig und hat schon deshalb Erfolg, weil der Antragstellerin die Antragsbefugnis wegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG gefehlt hat. Außerdem ist die Berufung auch sachlich gerechtfertigt. 20

1) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen nicht. Entsprechend dem Hinweis in der Ladungsverfügung ist nach dem Akteninhalt davon auszugehen, dass das Urteil den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin entsprechend deren Empfangsbekenntnis (Bl.65) am 6. Januar 2009 zugestellt wurde. Auch dem Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin ist das Urteil nicht vor dem 5. Januar 2009 zugegangen. Der Hinweis auf den 2. Januar 2009 als Datum der Zustellung kann demnach nur ein Versehen gewesen sein. 21

2) Es ist –unabhängig davon, dass die Antragstellerin die für einen Rechtsmissbrauch sprechenden Umstände selbst auch in diesen Rechtsstreit eingeführt hat- in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten, dass die Antragstellerin hier zur Stellung des Antrages nicht befugt gewesen ist, weil sie bereits bei der Abmahnung rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG gehandelt hat. Nach den Gesamtumständen ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin auch im Streitfall ihre Abmahnung vom 9. Oktober 2009 überwiegend dazu benutzt hat, um gegen die Wettbewerber Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung zu generieren. Die Verfolgung eines sauberen Wettbewerbs ist dahinter zurückgetreten. 22

a) Von einem Missbrauch im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind. Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele des Handelns eindeutig überwiegen. Als typischen Beispielsfall eines solchen sachfremden Motivs nennt das Gesetz das Gebührenerzielungsinteresse. Nach dem letzten Halbsatz des § 8 Abs. 4 UWG, der mit "insbesondere" beginnt, ist die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs unzulässig, die vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Davon ist auszugehen, wenn die äußeren Umstände in ihrer Gesamtheit aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers deutlich machen, dass der Anspruchsberechtigte kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbspolitisches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann und deshalb allein oder ganz überwiegend nur ein Gebühreninteresse verfolgt (BGH GRUR 2001, 260, 261 – Vielfachabmahner). Geht es andererseits dem Gläubiger hauptsächlich um die Unterbindung unlauteren Wettbewerbs, genügt es für die Begründung des Missbrauchstatbestands nicht, wenn auch sachfremde Motivationen, ohne vorherrschend zu sein, bei der Anspruchsverfolgung eine Rolle spielen (BGH GRUR 2001, 82 – Neu in Bielefeld I). Ob die Anspruchsverfolgung vorwiegend von 23

sachfremden Erwägungen bestimmt ist, muss im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände bestimmt werden. Anhaltspunkte insoweit bilden Art und Schwere der Zuwiderhandlung, das Verhalten des Anspruchstellers bei der Rechtsverfolgung auch in anderen und früheren Fällen, das Verletzerverhalten nach der Zuwiderhandlung und auch das Vorgehen sonstiger Anspruchsberechtigter (BGH GRUR 2000, 1089, 1091 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung). Grundsätzlich ist dabei zu berücksichtigen, dass die Abmahnpraxis von Mitbewerbern und Verbänden und die klageweise Anspruchsverfolgung dem Interesse (auch) der Allgemeinheit an der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dienen und deshalb, auch bei umfangreichen Tätigkeiten, insoweit für sich allein einen Missbrauch noch nicht hinreichend belegen (BGH GRUR 2005, 433, 434 – Telekanzlei; OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 56). Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung des Anspruchs begründen (BGH GRUR 2001, 354, 355 – Verbandsklage gegen Vielfachabmahner; Senat, Urt. v. 01.04.2008, 4 U 10/08, S. 4 f.) wie insbesondere eine Rechtsverfolgung primär im Gebühreninteresse oder eine Behinderungs- oder Schädigungsabsicht gegenüber dem Verletzer.

b) Die konkreten Umstände des Streitfalls rechtfertigen in diesem Sinne die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Anspruchsverfolgung, wobei nicht schon maßgeblich ist, dass die Klägerin eine Vielzahl von Abmahnungen ausgebracht hat. Die Anzahl der Abmahnungen kann für sich gesehen, wenn spiegelbildlich eine entsprechende Vielzahl von Verstößen vorliegt, noch nicht durchschlagend sein. Allein die Vielzahl der Abmahnungen besagt ohne weitere Umstände wenig. Solche Umstände liegen hier in einem Missverhältnis zwischen der Zahl der Abmahnungen und dem Umfang des Geschäftsbetriebes und in der Art und Weise der Verfolgung (vgl. Senat Urt. v. 01.04.2008, Az. 4 U 10/08).

24

Die Klägerin hat im maßgeblichen Zeitraum - wie sich auch schon in den Verfahren 4 U 216/08, 4 U 9/09 (Urteile jeweils vom 28. April 2009) und 4 U 23 / 09 (Urteil vom 19. Mai 2009) ergeben hat - in einem Umfang abgemahnt, der nicht mehr im Verhältnis zu ihrer eigenen Geschäftstätigkeit steht. Der Umfang ihrer Abmahntätigkeit ergibt sich einerseits aus der von der Antragstellerin selbst vorgelegten Abmahnliste, die mit Stand vom 28.01.2009 rein zahlenmäßig 84 Abmahnvorgänge auflistet, die insoweit zur Überprüfung anstehen, wie andererseits aus den gerichtsbekannten Verfahren. Soweit die Antragstellerin demgegenüber vorträgt, sie habe pro Monat nur eine Abmahnung ausgesprochen, so dass von einer Vielzahl von Abmahnungen nicht die Rede sei, so ist diese Berechnung nicht haltbar. Denn die genannten Abmahnungen bewegen sich – ab Position 8 der Liste - zum weitaus überwiegenden Teil in der Zeit von Juli bis November 2008, aus der auch die streitgegenständliche Abmahnung stammt. Dabei stellt sich die Anzahl der Abmahnungen auch keineswegs als unwesentlich dar, selbst wenn es sich in 6 Fällen nicht um Abmahntätigkeiten der Antragstellerin handelte. Von der Antragstellerin selbst werden mit Schriftsatz vom 13. Mai. 2009 auf Seiten 2 bis 8 die fraglichen Fälle dargestellt. Es handelt sich schon danach um jedenfalls über 40 Abmahnungen, die sich auf einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum beziehen. Des Weiteren stellen sich einige Positionen, die die Klägerin als nicht überprüfbar darstellt, sehr wohl als überprüfbar dar. Etwa bei den Ziffern 31, 39, 52, 53 werden die Namen der Abgemahnten und das Abmahndatum aufgelistet, mitunter sogar das eigene Aktenzeichen. Die etwa. 30 Abmahnungen, die auf den Fehler bei F zurückgehen, können auch keineswegs, wie die Antragstellerin meint, unberücksichtigt bleiben. Diese Abmahnungen sind mit einem erheblichen Risikopotential sogar gleichzeitig ausgebracht worden. Gerade dieses Geschehen zeigt, dass es der Klägerin vornehmlich auf die Auslösung von Gebührenansprüchen ankam. Auch bei den Mehrfachnennungen eines Schuldners (z.B. Gongoll, Ziff. 5, 15, 33, und 35) sind teilweise Abmahnungen mit

25

unterschiedlichen Vorgängen und/oder unterschiedlichen Aktenzeichen aufgelistet, so dass schon insoweit eine sehr umfängliche Abmahn­tätigkeit nachgewiesen ist.

Aus den gerichtsbekannten Umständen ergibt sich zudem, dass die Antragstellerin bislang in keinem der Verfahren ihre Abmahn­tätigkeit umfassend dargestellt hat. Damit kommt die Antragstellerin ihrer sekundären Darlegungslast nicht nach. Aus 21 Verfahren allein vor dem Senat ist gerichtsbekannt, dass in dem maßgeblichen Zeitraum in noch weiterem Umfang abgemahnt worden ist, wobei es sich dabei deutlich überwiegend um andere Gegner als die in der Liste erwähnten handelte. Es handelt sich hier um die Verfahren:

4 U 74/08 ./.	1ACommunication, Inh. X	27
4 U 187/08 ./.	C Großhandel e.K.	28
4 U 215/08 ./.	T & F GmbH	29
4 U 216/08 ./.	T1, Fa. T2-Q	30
4 U 2/09 ./.	P GmbH	31
4 U 9/09 ./.	T3 Pharm . Präparate	32
4 U 10/09 ./.	C GmbH, AntragsRücknahme	33
4 U 23/09 ./.	Camping Freizeit S	34
4 U 27/09 ./.	Zweirad I e.K. (streitgegenständlich)	35
4 U 29/09 ./.	L	36
4 U 60/09 ./.	B & S GbR	37
4 W 31/08 ./.	Internethandel R	38
4 W 164/07 ./.	C1 24	39
4 W 74/08 ./.	E GmbH	40
4 W 85/08 ./.	T GmbH & Co. KG	41
4 W 143/08 ./.	C Großhandel e.K	42
4 W 3/09 ./.	Fa. Camping Freizeit S	43
4 W 11/09 ./.	Fa. L1	44
4 W 13/09 ./.	Sport U, Inh. N	45
4 W 14/09 ./.	W	46
4 W 15/09 ./.	U1	47

Soweit die Antragstellerin insofern behauptet, dass in den vergangenen drei Jahren gegenüber 30 Mitbewerbern Abmahnungen ausgesprochen worden seien, so ist dies schon danach schlicht unzutreffend. Aufgrund dieser Daten ist belegt, dass durchaus mehr

Abmahnungen als zugestanden ausgebracht worden sind, was lebensnah umso mehr der Fall ist, als regelmäßig eher ein geringerer Teil der Sachen überhaupt nur in der zweiten Instanz, also beim Berufungs- bzw. Beschwerdegericht, "ankommt".

c) Für die Beurteilung des Rechtsmissbrauchs spielt das Verhältnis zwischen der wirtschaftlichen Betätigung und dem durch die Abmahntätigkeit entstandenen Kostenrisiko eine besondere Rolle. In den bisherigen Fällen des Rechtsmissbrauchs ist die Antragstellerin zunächst nicht substantiiert dem Vortrag der Abgemahnten entgegengetreten, der Jahresumsatz liege bei weniger als 100.000,- €. Danach hat sie sich auf eine Auskunft der Creditreform bezogen. Die von der Antragstellerin vorgelegte Auskunft geht von einem Jahresumsatz für 2006 von 2.000.000 €, für 2007 in Höhe von 1.800.000 € und von 800.000 € für 2008 aus. In der zuletzt vorgelegten Bescheinigung der Jahresumsätze durch die Steuerberater der Antragstellerin werden zwar genauere Zahlen mit 2.130.398,29 € für 2006, 1.432.015,12 € für 2007 und 1.066.847,69 € für 2008 angegeben. Es stellt sich auch danach immer noch widersprüchlich dar, dass die Umsatzzahlen fallen, während die Stückzahlen sogar erheblich steigen sollen. Gerade auch diese Zahlen vermögen nicht zu erklären, warum zur Zeit der erheblich größeren Umsätze nur ganz geringfügig abgemahnt wird, während bei fallenden Umsätzen, die auch mit der Aufgabe des Ladenlokals erst Ende 2008 nicht zu erklären sind, eine regelrechte Abmahnwelle ab dem Sommer 2008 gestartet wird, die in den F-Fällen ihren Gipfel gefunden hat. Wäre die wirtschaftliche Situation der Antragstellerin entscheidend für eine umfassende Verfolgung von Ansprüchen gegen gesetzesuntreue Mitbewerber gewesen, hätten sich die Abmahnungen gleichmäßig über die Jahre verteilen und allenfalls etwas abnehmen müssen. Es ist auch nicht so, dass die Antragstellerin so zahlreich abgemahnt hat, weil sie ihrerseits plötzlich vermehrt abgemahnt wurde. In verschiedenen Fällen ist schon nach den vorgelegten Unterlagen die erste Abmahnung von der Antragstellerin ausgegangen. Der Senat geht in der Gesamtschau weiterhin davon aus, dass bezogen auf die eigentliche Geschäftstätigkeit der Antragstellerin jedenfalls von Sommer bis Herbst 2008 eine unverhältnismäßige Abmahntätigkeit vorliegt. Die Kostenrisiken aus den fraglichen Abmahnvorgängen sind für die Antragstellerin sehr groß. Diese sind mit ihrem eigentlichen Geschäftsumfang und dem Begehren nach einem sauberen Wettbewerb ohne weiteres nicht mehr in Einklang zu bringen.

49

d) Ganz wesentlich und durchschlagend ist der Umstand, dass die Klägerin mit ihren Abmahnungen neben den Abmahnkosten durch die Einschaltung ihres Anwalts (hier gemäß Abmahnschreiben vom 9. Oktober 2008) regelmäßig einen pauschalen Schadensersatz von 100,- € gegen die jeweiligen Empfänger geltend gemacht hat, wie folgt:

50

"Auch steht meiner Mandantschaft gemäß § 9 UWG ein Schadensersatzanspruch zu. Ohne Anerkennung einer Rechtspflicht wäre meine Mandantin mit einer Schadenspauschale von 100,00 € einverstanden. Damit wäre der meiner Mandantschaft entstandene Schaden abgegolten. Dieses Angebot gilt nur bis zur o.g. Frist. Nach Fristablauf behält sich meine Mandantin vor, den wirklich entstandenen Schaden geltend zu machen."

Hierbei handelte es sich nicht um einen Einzelfall, sondern um ein systematisches Vorgehen, wie sich dies gerichtsbekannt in gleicher Weise aus zahlreichen anderen Fällen aus dem fraglichen Zeitraum ergibt. Dieser Ersatzbetrag wird letztlich als fällig dargestellt, obwohl sich bei den vorliegenden Massengeschäften beim Verkauf von einschlägigen Verbraucherartikeln mit einer großen Vielzahl von Mitbewerbern erfahrungsgemäß kaum eine konkrete Schadensberechnung anstellen, geschweige denn beweisen lässt. Die Klägerin war dabei keineswegs zu der Einforderung einer solchen Kostenpauschale berechtigt. Eine solche Berechtigung wird alsdann im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung auch weder

52

dargelegt noch begründet, noch werden im Wege der Stufenklage Auskunftsansprüche zur konkreten Schadensberechnung geltend gemacht. Dieser Posten wird vielmehr in den in Rede stehenden Gerichtsverfahren – in inkonsequenter Weise – alsdann nicht mehr weiter verfolgt. Zudem war in den fraglichen Fällen keineswegs das für einen Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG erforderliche Verschulden angesprochen und geklärt. Die Antragstellerin hat sich insofern ähnlich wie ein Wettbewerbsverband geriert, der unter bestimmten Voraussetzungen seinen Abmahn Aufwand pauschaliert realisieren kann. Hierzu war die Antragstellerin unter keinem Gesichtspunkt berechtigt, zumal die Pauschale zusätzlich zu den Anwaltskosten nach dem RVG verlangt wurde. Gerade diese pauschale Forderung der Antragstellerin selbst zeigt, dass es ihr gerade und überwiegend um die Ausbeute von Kostenerstattungen durch die Gegner ging. Dies gilt umso mehr, als der fragliche Betrag von 100,- € auch der Höhe nach jeder Grundlage entbehrt. Denn wenn als Schaden tatsächlich eine erhebliche Umsatzeinbuße eingetreten wäre, wäre dieser Betrag belanglos und unzureichend. Soweit keine Umsatzeinbuße durch den Verstoß eingetreten ist, ist dieser Betrag insgesamt völlig ungerechtfertigt. Die Antragstellerin räumt in diesem Zusammenhang ein, dass der entstandene Schaden nachweisbar sein muss, sagt aber nach wie vor nichts dazu, wie der Schaden konkret denn beschaffen sein soll, zumal jedenfalls die Stückzahlen in 2008 gestiegen sein sollen.

e) Die Antragstellerin hat sodann eine Vielzahl, nach eigenen Angaben 30 Abmahnungen, ausgesprochen, nachdem es aufgrund eines technischen Fehlers bei F bei einer Vielzahl von Verkäufern in der Zeit vom 22.10. bis 27.10.2008 zu einer fehlerhaften Darstellung der Rücknahmebedingungen auf der Artikelseite kam. Dabei wurde zeitweise an Stelle der vorhandenen Widerrufsbelehrung automatisch der generierte Satz

53

"der Verkäufer nimmt diesen Artikel nicht zurück"

54

bzw. "Siehe Artikelbeschreibung" auf der Artikelseite angezeigt. Dies war auch dann erfolgt, wenn im Angebot eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung enthalten war. Auch wenn die Klägerin selbst hiervon nicht betroffen gewesen sein mag, war die Verantwortlichkeit der Verkäufer hierbei von vornherein sehr zweifelhaft, schon deshalb, weil es lebensfremd und klar auffällig erscheint, wenn plötzlich zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Vielzahl von auch namhaften Anbietern krass verbotswidrig mitteilen, den jeweiligen Artikel, zumal ohne Begründung, nicht mehr zurückzunehmen. Evident war, dass dieser Softwarefehler bei F auch übergreifend bei einer weiteren und offenen Vielzahl von Anbietern ausgewirkt. Gleichwohl wurde am 28.10.2008 eine große Anzahl von Abmahnungen an entsprechende gewerbliche Verkäufer ausgebracht, wobei es zudem nahe gelegen hätte, sich an F zu wenden, um dort die Quelle des Übels zu stopfen. Ohne dass es noch darauf ankommt, sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Klägerin im Rechtsstreit 3 U 189/08 OLG Hamm mit Schriftsatz vom 21.02.2009 (S. 10; vorgelegt hier mit Schriftsatz vom 26.02.2009) einschränkungslos – und insofern unrichtig – ausgeführt hatte, dass man sich entschlossen habe, die ausgesprochenen Abmahnungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne jedes Präjudiz für gegenstandslos zu erklären, wohingegen sich aus der Senatssache 4 U 10/09 ergibt, dass eben dieser Fehler gegen die Fa. C2 doch noch weiterverfolgt worden ist.

55

f) Der Wortlaut der Abmahnungen übt wegen des überflüssigen und auch noch drucktechnisch hervorgehobenen Hinweises darauf, dass im Falle eines gerichtlichen Verfahrens ein höherer Streitwert drohe, unnötigen Druck auf die Abgemahnten gerade auch im Hinblick auf die Kostenerstattung aus. Zweck der Abmahnung ist es, den Verletzten zu einem wettbewerbsgemäßen Verhalten anzuhalten. Insofern ist dieser Hinweis einerseits

56

überflüssig, andererseits verständlich nur vor dem Hintergrund, dass es nicht primär um das Abstellen der in Rede stehenden Wettbewerbsverstöße ging. Es kommt hinzu, dass durch die Einbeziehung und Fälligestellung der zu erstattenden Kosten, die mit einer Fristsetzung verbunden wird, noch der Eindruck erweckt wird, Unterwerfung und Kostenerstattung seien gleichermaßen eilig.

g) Zwar halten sich die Streitwerte noch im Rahmen. Die hier vorgeschlagene Vertragsstrafe von 8.000,- € liegt aber erheblich über den in solchen Fällen üblicherweise für ausreichend gehaltenen Vertragsstrafen. Insoweit ist auch die von der Antragstellerin selbst vorgelegte Anlage A 11 von besonderer Bedeutung. In dem dortigen Verfahren macht die Antragstellerin aus einem unklaren Verbot zu Unrecht eine Vertragsstrafe von 10.000,- € geltend und verlangt das Versprechen einer Vertragsstrafe in Höhe von 15.000,- €. Das deutet darauf hin, dass sich die Antragstellerin von ihrem Abmahnverhalten erhebliche Zusatzeinkünfte verspricht. Darauf, ob die Vertragsstrafe in vollem Umfang gezahlt worden ist oder ob sich die Parteien verglichen haben, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. 57

h) Schließlich hat die Antragstellerin hier ihren eigenen Prozessbevollmächtigten mit einem Testkauf beauftragt, den dieser auch vornahm. Bemerkenswert ist, dass durch diesen "Testkauf" der eigentliche Verstoß auch aus der Sicht der Antragstellerin erst aufgedeckt wurde. 58

i) Alsdann werden die abgemahnten Verkäufer ersichtlich in Bezug auf Fehler in Anspruch genommen, die gerade in großer Vielzahl bei F oder bei anderen Verkaufsforen vorhanden sind und die "massenhaft", sprich auch mit einem geringem Aufwand, parallel verfolgt werden können. Dabei ist zu konstatieren, dass die Antragstellerin selbstredend als Wettbewerberin ihrerseits grundsätzlich gegen entsprechende Wettbewerbsverstöße vorgehen und sich gegen die Angriffe ihrer Wettbewerber "wehren" kann. Indes zeigt vorliegend die Gesamtschau, dass bei der Rechtsverfolgung in der streitgegenständlichen Sache nicht Wettbewerbsinteressen, sondern vielmehr ein Gebührenerzielungsinteresse im Vordergrund stand. 59

3) Unabhängig von der Frage des Rechtsmissbrauchs fehlt es aber auch an einem Verfügungsanspruch, wie in der mündlichen Verhandlung ergänzend ausgeführt worden ist. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht der Antragstellerin als Mitbewerberin der Antragsgegnerin im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aus §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 312 c Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu. In der beanstandeten Belehrung über das Widerrufsrecht ist weder eine unlautere Wettbewerbshandlung nach früherem Recht noch eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne des neuen Rechts zu sehen. 60

a) Die Antragsgegnerin hat nicht gegen ihre vorvertraglichen Informationspflichten nach § 312 c Abs. 1 Nr. 1 BGB verstoßen, der nach ständiger Senatsrechtsprechung eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellt. Voraussetzung für einen solchen Gesetzesverstoß ist es, dass die Antragsgegnerin nicht klar und verständlich über das bei Fernabsatzgeschäften nach § 312 d BGB bestehende Widerrufsrecht informiert hat. Die Antragsgegnerin hat aber völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass die Frist nach Erhalt dieser Belehrung **in Textform** beginnt, aber nicht vor Eingang der Ware und vor Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c Abs. 2 BGB. An dieser Belehrung, die –allerdings in Textform- als Musterbelehrung die Voraussetzungen der Informationspflichten erfüllt, ist als solcher nichts zu beanstanden. Das hat auch das Landgericht schon so gesehen. 61

b) Wie die Antragstellung deutlich macht, soll die Verwendung dieser Formulierung auch nicht schlechthin verboten werden. Das Verbot soll vielmehr nur dann greifen, wenn außerdem entgegen den Pflichten nach § 312 c Abs. 2 BGB auch nach Vertragsabschluss nicht mehr informiert wird, so dass dem Verbraucher überhaupt keine Information in Textform vorliegt. Dann soll er nach Meinung der Antragstellerin irrig annehmen, die Vorabinformation könne schon die angesprochene Information in Textform gewesen sein. Insoweit wird aber eine unzulässige Verknüpfung der unterschiedlichen Informationspflichten vorgenommen. Die Information nach § 312 c Abs. 1 BGB soll den Verbraucher bereits rechtzeitig vor Abschluss des Vertrages über wesentliche Umstände, also auch das bei Fernabsatzverträgen grundsätzlich geltende Widerrufsrecht informieren. Sie braucht nicht in Textform zu erfolgen, sondern kann auch –wie es regelmäßig geschieht- im Internetangebot als flüchtige Belehrung enthalten sein. Dieser Pflicht kommt der Unternehmer somit nach, wenn er den Verbraucher vor Vertragsabschluss in geeigneter Weise informiert. Das ist im Hinblick auf den Fristbeginn der Fall, wenn darauf hingewiesen wird, dass die Frist nach Erhalt der Belehrung in Textform und der Ware beginnt, aber nicht vor der Erfüllung der Belehrungspflichten nach § 312 c Abs. 2 und § 312 e Abs. 1 BGB. Ein solcher Hinweis muss auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit genügen, dass die Verbraucher mit dem Begriff der Textform und dem Inhalt der Belehrungsfristen nicht allzu viel anzufangen wissen. Hier ist in dieser geeigneten Form belehrt worden. Wie es nach der Vorabinformation weiter geht, insbesondere ob es überhaupt zu einem Vertragsabschluss kommt, spielt für die Beurteilung der Eignung der Belehrung nach § 312 c Abs. 1 BGB keine Rolle. Die von der Informationspflicht nach § 312 c Abs. 1 BGB zu unterscheidende Informationspflicht des § 312 c Abs. 2 Nr. 2 BGB trifft den Unternehmer im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss im Fernabsatz. Danach müssen dem Verbraucher in einem solchen Fall die Vertragsbedingungen und die erforderlichen Informationen in Textform zur Verfügung gestellt werden, wenn sie vorab noch nicht in Textform übermittelt wurden. Wenn die Belehrung in Textform nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt, ist darin ein Verstoß gegen die eigenständige Informationspflicht des § 312 c Abs. 2 Nr. 2 BGB zu sehen. Die unterlassene Belehrung in Textform kann aber nicht bewirken, dass nunmehr auch die ursprünglich zutreffende Belehrung nach § 312 c Abs. 1 BGB unrichtig wird. Da es für das Verständnis des Verbrauchers insoweit auf die Situation vor dem Vertragsabschluss ankommt, können die späteren Umstände an diesem Verständnis nichts mehr ändern. Ansonsten würde die Art und Eignung der vor Vertragsabschluss erforderlichen Belehrung davon abhängen, ob es später zu einem Verstoß gegen die Informationspflicht und die Belehrung kommt oder nicht. Es kommt hinzu, dass der Antragsgegnerin in Zukunft ohnehin vertraglich verboten ist, die Belehrung in Textform im Sinne des § 312 c Abs. 2 Nr. 2 BGB zu unterlassen. Ansonsten kann die Antragstellerin eine Vertragsstrafe geltend machen. Dadurch kann es zu der Verletzungshandlung, so wie gerügt wird, auch ohne ein weiteres eigenständiges Verbot nicht mehr kommen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

63

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

64