
Datum: 07.07.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 28/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0707.4U28.09.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 22 O 137/08

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 05. Dezember 2008 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zu-rückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

G r ü n d e

1

A.

2

Das Landgericht hat die Beklagte wie folgt verurteilt:

3

"Der Beklagten wird bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes zu 250.000,00 € oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollziehen an ihren gesetzlichen Vertreter untersagt, so wie geschehen in ihren Verkaufsangeboten auf der

4

Handelsplattform F unter den Artikelnummern #####, ##### und #####, im geschäftlichen Verkehr mit dem Endverbraucher im Fernabsatz bei F Angebote von Waren aus dem Sortiment Spielwaren zu veröffentlichen oder zu unterhalten,

1.) Wenn bei den nach § 5 TMG und § 312c BGB zu erteilenden erforderlichen Informationen

a) nicht auch über den vollständig ausgeschriebenen Vor- und Zunamen des gesetzlichen Vertreters informiert wird,

b) nicht auch über das zuständige Handelsregister nebst Registernummer informiert wird,

2.) wenn bei den nach § 312c I BGB i.V.m. § 1 I Nr. 10 BGB-InfoVO erforderlichen Informationen (nämlich das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechtes sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insbesondere Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und die Rechtsfolgen)

a) die Erstattung der vom Verbraucher erbrachten Leistungen vom vorherigen oder gleichzeitigen Rückerhalt der verkauften Sache abhängig gemacht wird,

b) darüber informiert wird, dass die Rücksendung der gekauften Ware ausreichend frankiert sein soll,

3.) wenn im Falle der Abgabe einer Garantieerklärung für die Beschaffenheit oder die Haltbarkeit der angebotenen Sache nicht darüber informiert wird, dass die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche durch die Garantie nicht eingeschränkt werden,

4.) wenn hierin auf eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen wird,

a) nach der sich der Verwender vorbehält, den Verbraucher wegen eines Sachmangels den Hersteller zu verweisen,

b) mit der die Rechte des Verbrauchers wegen eines Mangels der gekauften gebrauchten Sache auf 12 Monate verkürzt werden, wenn hiervon nicht die Schadensersatzansprüche des Verbrauchers, die auf grobes Verschulden des Verkäufers oder seiner Erfüllungsgehilfen gestützt sind und auf Ersatz eines Körper- oder Gesundheitsschadens ausgenommen werden,

5.) ohne auch für den Versand ins europäische Ausland, falls dieser angeboten wird, anzugeben, in welcher Höhe Versandkosten anfallen und nur für den Fall, dass die Angabe dieser Kosten nicht möglich ist, die näheren Einzelheiten der Berechnung anzugeben, aufgrund derer der Käufer die Höhe leicht errechnen kann,

6.) deren Preis zu Wettbewerbszwecken ein höherer Preis gegenübergestellt wird, wenn der höhere Preis als ehemaliger "Ladenpreis" bezeichnet wird.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, die Klägerin von einem Zahlungsanspruch der Rechtsanwälte T und K aus L2 in Höhe von 1.005,40 € freizustellen."

Wegen des Sachverhalts in erster Instanz und der Begründung im Einzelnen wird gemäß § 540 I ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 4 bis 8) und die Entscheidungsgründe (S. 8 bis 11) Bezug genommen.

Die Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an, die sie darauf stützt, dass das Vorgehen der Klägerin rechtsmissbräuchlich sei und zudem die für die Unterlassungsansprüche erforderliche Wiederholungsgefahr nicht bestehe. Im Übrigen werden die Gesetzesverstöße als solche von ihr nicht mehr in Zweifel gezogen.

Was die Wiederholungsgefahr angeht, verweist die Beklagte darauf, dass die Klägerin Unterlassungsansprüche unter Ziff. 1 bis 5 des Tenors auf zwei Angebote der Beklagten bei F stützt, deren Ausdrücke als K1 und K3 vorliegen. Diese Angebote seien insoweit unstrittig – zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht mehr vorgehalten worden. Sie, die Beklagte, habe zum Zeitpunkt der Abmahnung auch keine weiteren Angebote mit den von der Klägerin gerügten Gesetzesverstößen mehr unterhalten. Tatsächlich habe sie die Gesetzesverstöße aus eigenem Antrieb abgestellt. Sie meint, die Wiederholungsgefahr müsse entfallen, wenn Rechtsverstöße ohne vorherige Abmahnung durch die freiwillige Korrektur abgestellt worden seien. Es spreche nämlich keine Vermutung dafür, dass das wettbewerbswidrige Verhalten nochmals aufgegriffen werde, zumal es praktisch keinen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringe. Dagegen seien Abmahnungen und deren Kosten für viele Händler eine existentielle Frage. Diesen Gesichtspunkt lässt die Beklagte in der Berufungsbegründung weiter ausführen. Ferner zeigt sie auch im Schriftsatz vom 29.06.2009 die praktischen Konsequenzen auf, die sich ihrer Meinung nach einstellen, wenn man gleichwohl eine strafbewehrte Unterlassungserklärung fordern wolle. Hierbei müsse man auch die besondere Situation berücksichtigen, dass nur bei F abgelaufene Angebote noch im Internet aufrufbar seien.

20

Den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs stützt die Beklagte insbesondere auf folgende Umstände: Sie behauptet, der Klägerin sei es bei der Abmahnung der bereits abgelaufenen Angebote nur darum gegangen, ihr Schaden zuzufügen. In ihrer Eigenschaft als Wettbewerberin könne die Klägerin durch diese Angebote nicht mehr beeinträchtigt sein. Was den Unterlassungsantrag zu 6) angehe, handele es sich um ein Verhalten, das die Klägerin selbst praktiziere, wie die Anlage BK1 belege. Insofern greife der Einwand der "unclean hands" ein. Dem Abmahner sei nämlich ein gleichartiger Verstoß anzulasten wie dem Abgemahnten. Die Abmahnung sei sodann schlicht als Denkmittel zu qualifizieren, nachdem in einem früheren Rechtsstreit der von der Klägerin abgemahnte Herr L eine gegenüber der Beklagten abgegebene Unterwerfungserklärung vorgelegt habe. Weil die Klägerin keine wesentlichen Wettbewerbsverstöße gefunden habe, habe sie auf abgelaufene Angebote zurückgegriffen.

21

Letztlich hält die Beklagte aus den von ihr genannten Gründen auch die Verurteilung zur Tragung der Abmahnkosten nicht für gerechtfertigt.

22

Die Beklagte beantragt,

23

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen.

24

Die Klägerin beantragt,

25

die Berufung zurückzuweisen.

26

Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Sie hebt hervor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden könne. Es reiche nicht aus, wenn ein Wiedereintreten gleichgearteter Umstände nicht zu erwarten ist. Hier seien zudem Verstöße nicht nur zu erwarten gewesen. Sie seien tatsächlich auch erfolgt. Dazu bezieht sich die Klägerin auf ein Angebot der

27

Beklagten (Ausdruck K7), das vom 02.10.2008 bis zum 12.10.2008 gegolten habe und in dem mit einer Herstellergarantie geworben worden sei, ohne darauf hinzuweisen, dass neben der Garantie die gesetzlichen Gewährleistungsrechte bestehen. Ferner habe die Beklagte in einem weiteren Angebot vom 21.09.2008 (Ausdruck K8) die Versandkosten nicht vollständig angegeben. Ihr Verhalten habe die Beklagte erst unter der Androhung (Ausdruck K9) eines gerichtlichen Bestrafungsantrags korrigiert.	
Die Klägerin wendet sich gegen die Annahme der Beklagten, bei der Abmahnung habe es sich um einen Denkkzettel gehandelt. Sie meint, der Einwand der "unclean hands" sei rechtlich unbeachtlich und könne eine ursprünglich zulässige Abmahnung nicht im Nachhinein unzulässig machen. Außerdem nimmt die Klägerin zu den Rügen der Beklagten Stellung. Auf die Berufungserwiderung wird insoweit Bezug genommen.	28
Die Beklagte wendet sich in ihrem Schriftsatz vom 29.06.2009 wiederum gegen den Vorwurf, die Versandkosten nicht korrekt angegeben zu haben, und verweist auf eine Panne bei F. Sie hält der Klägerin ihrerseits vor, wettbewerbswidrig zu handeln. Insoweit vertieft die Beklagte den Vorwurf zur Werbung mit "altem Preis". Ferner verweist sie auf einen Testkauf. Der Sendung habe keine Widerrufsbelehrung in Textform beigelegt. Ferner habe die Klägerin die Auslandsversandkosten nur unvollständig angegeben. Das zeige, dass es der Klägerin nicht um einen sauberen Wettbewerb gehe, sondern die finanzielle Schädigung der Mitbewerber im Vordergrund stehe.	29
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	30
B.	31
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.	32
Die Klägerin kann von ihr die streitgegenständlichen Unterlassungen sowie die Freistellung von den Anwaltskosten in Höhe von 1.005,40 € verlangen.	33
I.	34
Die verschiedenen Verstöße gemäß dem Verbotstenor zu Ziff. 1) bis 6) als solche sind mit dem Landgericht aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, zunächst zu bejahen. Die Beklagte räumt selbst nunmehr die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens ein und greift das Urteil lediglich an unter den Gesichtspunkten der nach ihrer Ansicht fehlenden Wiederholungsfahr und des Rechtsmissbrauchs.	35
II.	36
Eine rechtsmissbräuchliche Anspruchsverfolgung nach § 8 IV UWG, die von Amts wegen zu prüfen ist und zur Unzulässigkeit der Klage führen würde, liegt nicht vor.	37
Allgemein ist von einem Missbrauch in diesem Sinne 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 IV UWG, der mit "insbesondere" beginnt, ist die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs unzulässig,	38

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; Köhler, in: Hefermehl u.a., 27. Auflage 2009, § 8 UWG, Rdn. 4.12). 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 sachfremden Erwägungen bestimmt ist, muss im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände bestimmt werden.

Dass hier, wie die Beklagte geltend gemacht hat, durch die Fassung der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen "Haftungsfallen" implantiert worden sind, die mit den ursprünglichen Wettbewerbsverstößen nichts mehr zu tun haben und die zur Ausdehnung der Haftung des Schuldners führen, kann nicht festgestellt werden. Der Umstand, dass auch bereits abgelaufene Angebote bei F angegriffen sind, lässt ebenfalls nicht den Schluss zu, dass es der Klägerin nur darum gegangen sei, der Beklagten Schaden zuzufügen. Allein aus dem Zeitablauf kann noch nicht auf einen Missbrauchsfall geschlossen werden, weil der Mitbewerber grundsätzlich auch noch gegen solche Altfälle vorgehen kann, solange nicht Verjährung eingetreten ist. Dies ist im Kern nicht anders zu beurteilen als bei einer verbotswidrigen Zeitungsanzeige, die zunächst nicht aufgegriffen wird und eventuell später erneut, aber in abgeänderter Form wettbewerbsgemäß geschaltet wird. Der Mitbewerber braucht sich dabei nicht auf ein späteres Wohlerverhalten verweisen zu lassen, solange die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt ist. Wie der Senat im Urteil 4 U 173/08 vom 16.12.2008, entschieden hat, reicht für den Missbrauch ebenfalls nicht aus, dass es sich alsdann um eine sog. "Retourkutsche" oder – vergleichbar hier – um einen sog. "Denkzettel" handeln soll, weil nämlich im früheren Rechtsstreit mit Herrn L eine gegenüber der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung vorgelegt worden ist. Näher liegt hierbei noch das Verständnis, dass dann, wenn auf die Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften gedrungen wird, sich der Konkurrent ebenfalls an die fraglichen Pflichten halten soll. Ausnahmsweise mag etwas anderes in Betracht kommen, wenn etwa der zuvor Abgemahnte nicht auf eine herkömmliche, auch dem Verbraucher zugängliche Weise Kenntnis von einem entsprechenden Altfall erhält, sondern gezielt mehr als zwei Jahre alte Archive der F-Angebote nach Angeboten durchsuchen lässt, die fehlerhafte Informationen enthalten können (wie dies in der Sache 4 U 60/09, nicht entschieden, der Fall war). Vorliegend aber waren die Angebote noch jedenfalls öffentlich für jedermann 3 Monate lang im Detail einsehbar. Auf das Ausnutzen der sog. F-Panne hinsichtlich der Nichtanzeige der Versandkosten kann in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht abgestellt werden, weil es sich dort ausweislich der Anl. BK 4 um andere Parteien handelte. Das dortige Verhalten des Prozessbevollmächtigten kann auf die Klägerin nicht übertragen werden. Ebenso wenig ist maßgeblich, dass der Klägerin ihrerseits – so in Bezug auf den Unterlassungsantrag zu 6) und die Werbung mit "altem Preis" sowie die weiteren nunmehr mit Schriftsatz vom 07.07.2009 gerügten Verstöße – verbotswidrig gehandelt haben mag (Einwand der 'Unclean Hands'), insofern, als es hier um den Schutz der Allgemeinheit und der Verbraucher geht.

Auch nach der Gesamtschau kann danach in diesem Einzelfall nicht angenommen werden, dass überwiegend Gebührenerzielungsinteressen im Vordergrund stehen und die Klägerin

von daher rechtsmissbräuchlich handelt.

III. 41

Die erforderliche Wiederholungsgefahr ist zu bejahen. Sie ist insbesondere nicht dadurch entfallen, dass die Beklagte die abgemahnten Angebote zum Zeitpunkt der Abmahnung größtenteils nicht mehr vorgehalten und das wettbewerbswidrige Verhalten insoweit selbst eingestellt hatte. Denn die Wiederholungsgefahr wird durch die Tatsache des Wettbewerbsverstoßes vermutet. Sie kann grundsätzlich nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden (BGH GRUR 1987, 640 – Wiederholte Unterwerfung II; WRP 1989, 739 – Brennwertkessel; 1999, 1035 – Kontrollnummernbeseitigung II). Diese muss eindeutig und hinreichend bestimmt sein sowie den ernstlichen Willen erkennen lassen, die fragliche Handlung nicht (mehr) zu begehen (BGH GRUR 1996, 290 – Wegfall Wiederholungsgefahr I; WRP 2001, 1179 – Weit-Vor-Winter-Schluss-Verkauf). Eine solche Erklärung ist hier nicht abgegeben worden. Eine andere Beurteilung hinsichtlich der Notwendigkeit zur Abgabe einer solchen Erklärung ergibt sich im Streitfall ausnahmsweise auch nicht daraus, dass die Beklagte das beanstandete Verhalten vermeintlich selbst und "ohne Fremdeinwirkung" abgestellt hat. Die "freiwillige" Korrektur ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats, da ein Wiederaufleben des Verstoßes nicht ausgeschlossen ist, nicht ausreichend (vgl. dazu Nachweise und Beispielsfälle bei Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8 Rn. 39 ff.), auch wenn Onlinehändler mitunter schlicht aus Unwissenheit verbotswidrig handeln mögen oder in dieser Hinsicht durch das Abmahngeschehen sensibilisiert werden und alsdann entsprechende Rechtsbrüche selbst zu vermeiden suchen. Daran muss auch im Interesse der Rechtsklarheit festgehalten werden. Auch ist der Gesichtspunkt unmaßgeblich, dass man sich ohne vorherige Abmahnung – bei noch nicht bekanntem Gläubiger – überhaupt noch nicht hätte unterwerfen können. Denn dies ist keineswegs stets gefordert. Der Verletzer hat in diesem Fall ohne das vorherige Vorliegen einer Abmahnung die Möglichkeit, die Unterlassungsansprüche sofort im Sinne von § 93 ZPO anzuerkennen und sich so selbst schadlos zu halten. Aber auch dies hat die Beklagte gerade nicht gemacht. Vielmehr hat sie die Verstöße im vorliegenden Rechtsstreit mit der Klageerwiderung noch in Abrede gestellt, woraus sich wiederum auch ergibt, dass die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen war. 42

IV. 43

In der Konsequenz sind aus § 12 I 2 UWG ebenso die titulierten Abmahnkosten gerechtfertigt. 44

V. 45

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 708 Nr. 10 ZPO. 46

Die Zulassung der Revision ist, da es sich vorliegend um eine bloße Einzelfallentscheidung handelt, nicht gerechtfertigt, § 543 ZPO. 47