
Datum: 24.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-4 U 129/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0124.I4U129.11.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 90/10

Tenor:

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Kammer für Han-delssachen des Landgerichts Essen vom 06.06.2011 abgeändert und die Klage vollständig abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe: 1

A. 2

Die Parteien vertreiben über das Internet Produkte zur Nagelpflege. Die Beklagte verkauft solche Ware auch in ihrem Ladenlokal in O2. In Newslettern, die an eine Vielzahl von Empfängern gerichtet waren, warb die Beklagte mit einer Ausgabe vom 31.05.2010 noch im 3

Juni mit der Aussage: "Wir feiern 5 Jahre Nailsdepot"(GA 13) und der Grafik "Happy Birthday" (GA 4) und bot den Kauf von Waren zu einem Rabatt von 30 % an. Unstreitig hatte die Beklagte das Unternehmen, das schon eine Reihe von Jahren bestand, im März 2010 von dem bisherigen Inhaber, dem Zeugen N, übernommen.

Der Kläger hat diese Werbung aus dem Grunde für irreführend gehalten, weil bei den angesprochenen Verbrauchern der unrichtige Eindruck erweckt werde, die Beklagte selbst sei schon fünf Jahre in dem Unternehmen German NailsDepot tätig. Er hat die Beklagte nach einer Berechtigungsanfrage mit Schreiben vom 01.07.2010 wegen einer solchen irreführenden Werbung abgemahnt und zur Zahlung der für die Abmahnung anfallenden Anwaltskosten von 1.005,40 € nach einem Streitwert von 30.000,- € erfolglos aufgefordert. 4

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger neben der Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 1.005,40 € nebst Zinsen, hilfsweise Freistellung von einer solchen Forderung des Rechtsanwalts Dr. T2 vom 12.07.2010, von der Beklagten verlangt, es unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, 5

im geschäftlichen Verkehr mit Produkten zur Nagelpflege in der Werbung den Eindruck zu erwecken, sie betreibe den Betrieb unter der Geschäftsbezeichnung "German NailsDepot" seit 5 Jahren, wie geschehen in der Newsletterwerbung im Juni 2010 unter anderem mit der Darstellung 6

wenn dies nicht tatsächlich der Fall ist. 7

Nach einem Hinweis der Kammer in der mündlichen Verhandlung vom 17.11.2010 hat der Kläger seinen Unterlassungsantrag vorsorglich auch darauf gestützt, dass das von der Beklagten vom Zeugen N übernommene Unternehmen nicht fünf Jahre, sondern nach seiner Gründung sieben Jahre am Markt tätig gewesen sei, wie sich aus einer Zeugenaussage ihrer Steuerberaterin G in einem anderen Verfahren ergebe. Das im Juni 2010 beworbene Jubiläum könne somit ohnehin nicht zutreffend gewesen sein. 8

Die Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt. Sie hat geltend gemacht, dass das von ihr übernommene Unternehmen, auf das es ankomme, im Juni 2010 wenigstens fünf Jahre bestanden habe. Es habe unter dem jetzigen Namen die Geschäftsräume im jetzigen Lokal im März 2005 bezogen und seit April / Mai 2005 dort Zubehör für Nagelstudios gelagert und verkauft. Eine etwaige im Hinblick auf den genauen Geburtstag unrichtige Werbung sei auch nicht wettbewerbsrechtlich relevant. Sie hält die Klage für rechtsmissbräuchlich, wie sich insbesondere aus der Wahl des von den Betriebssitzen der Parteien so weit entfernten Gerichtsstands ergebe. 9

Das Landgericht hat es der Beklagten bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr mit Produkten zur Nagelpflege in der Werbung den Eindruck zu erwecken, sie habe den Betrieb unter der Geschäftsbezeichnung "German NailsDepot" im Juni 2010 seit 5 Jahren betrieben, wie geschehen in der Newsletterwerbung im Juni 2010 unter anderem mit der Darstellung 10

wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist, und die weitergehende Klage abgewiesen. 11

Die Klage sei zulässig. Das Landgericht sei örtlich zuständig, weil die beanstandete Internetwerbung auch im Bereich des Landgerichts Essen für Endkunden abrufbar gewesen sei. Es sei auch nicht zu beanstanden, dass der Kläger sein Unterlassungsbegehren im Zuge des Prozesses neu begründet habe. Insoweit liege eine prozessual nicht zu beanstandende 12

zulässige Klagehäufung vor.

Die ursprünglich eingereichte und weiterverfolgte Klage sei unbegründet. Dem Kläger sei nicht darin zu folgen, dass die Werbung unter Verletzung des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. UWG dahingehend irreführe, dass die Beklagte schon 5 Jahre lang das Unternehmen German NailsDepot betreibe. Die beanstandete Werbung werde vom Kunden nicht so verstanden, dass Aussagen über die Dauer der Tätigkeit der Beklagten getroffen werden sollten. Vielmehr gehe der angesprochene Kundenkreis davon aus, dass sich die Zeitangabe auf das Unternehmen "German NailsDepot" selbst beziehe und zwar unabhängig davon, wer jeweils Inhaber des Unternehmens gewesen sei. 13

Der Kläger könne gemäß den §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 3 UWG aber Unterlassung beanspruchen, weil die Werbung über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils irreführe, nämlich den Eindruck erwecke, anlässlich eines Jubiläumsverkaufs werde ein Preisvorteil eingeräumt, der bei späteren Käufen so nicht erwartet werden könne. Einen derartigen Rückschluss ziehe der angesprochene Leser der Internetseite schon deshalb, weil die Werbung mit dem sprachlichen Vorsatz eingeleitet werde, "5 Jahre NailsDepot feiert Geburtstag und unsere Kunden sparen 30 % ab sofort. Wir feiern und Sie sparen". Das werde mit der Aufforderung verbunden, 30 % "abzusahnen". Eine solche Werbung sei irreführend, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für den Jubiläumsverkauf der behauptete Anlass eines "runden Geburtstags" so im Mai 2010 nicht bestanden habe. Die Kammer teile hierbei die Auffassung, dass bei Jubiläumsverkäufen der Endverbraucher in der Regel davon ausgehe, dass das angesprochene Jubiläum noch nicht länger als 4 – 6 Wochen zurückliege. Diese Frist sei hier deutlich überschritten gewesen. 14

Dem Unterlassungsbegehren stehe nicht § 8 Abs. 4 UWG entgegen. Die Beklagte habe nicht nachweisen können, dass die eingereichte Klage von rechtsmissbräuchlichen Überlegungen geleitet gewesen sei. Es stelle nicht ohne Weiteres rechtsmissbräuchliches Handeln dar, wenn sich ein Anwalt bei der Entscheidung, vor welchem Gericht geklagt werde, an Mutmaßungen über die Erfolgsaussicht seines Begehrens orientiere und dort klage, wo ihm die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung als am günstigsten erscheine. 15

Die Abmahnkosten seien ungeachtet der Berechtigungsanfrage nicht erstattungsfähig gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Es sei zu berücksichtigen gewesen, dass der Kläger mit Schreiben vom 01.07.2010 einen Unterlassungsanspruch geltend gemacht habe, der so nicht bestanden habe. Das Unterlassungsbegehren sei damals allein damit begründet worden, dass die Beklagte selbst zumindest 5 Jahre lang das Unternehmen betrieben haben müsse. 16

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren Berufungen. 17

Der Kläger meint, die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung des Rechtsstreits gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO seien erfüllt, denn der Antrag auf Erstattung von außergerichtlichen Kosten sei sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach abgewiesen worden. Außerdem habe das Landgericht ohne Anlass den ursprünglich mit der Klage verfolgten Streitgegenstand abgewiesen und den Unterlassungsanspruch dann mit einer ganz anderen Grundlage auf eine Irreführung durch Werbung mit Rabatten gestützt. 18

Es werde die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt. 19

Bei dem angefochtenen Urteil handle es sich um eine Überraschungsentscheidung. Zwar habe das Landgericht den Unterlassungsantrag dem Wortlaut nach stattgegeben, allerdings habe es die Entscheidung nicht auf den nach dem Vortrag der Parteien ersichtlichen 20

Streitgegenstand, nämlich irreführende Alterswerbung nach §§ 8, 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG gestützt, sondern auf einen in der Werbung mit erhaltenen Rabattversprechen erkannten Verstoß gegen das Verbot der übertriebenen Anlockung und Irreführung mit Rabatten gemäß §§ 8, 4 Nr. 1, 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Zur etwaigen Zulässigkeit der Werbung mit dem zugesagten Rabatt sei aber von keiner Partei vorgetragen worden. Streitgegenstand sei allein die auf das Alter bezogene Werbung gewesen. In erster Instanz habe er - der Kläger - ausdrücklich darauf hingewiesen, dass an der ursprünglichen Klagebegründung festgehalten werde, nämlich, dass die Beklagte nicht bereits fünf Jahre mit der Bezeichnung "German Nails Depot" am Markt tätig sein könne.

Lediglich hilfsweise sei der Unterlassungsanspruch auch darauf gestützt worden, dass selbst dann, wenn hier ein Unternehmenskauf vorliegen sollte und daher auf das Alter des "Unternehmens" abzustellen sein sollte, die Werbung gleichwohl irreführend sei, weil die Geschäftsbezeichnung "German Nails Depot" deutlich älter als fünf Jahre sei. 21

Das Landgericht habe darüber hinaus zu Unrecht eine alternative Klagehäufung angenommen und das ursprüngliche Begehren des Klägers zu Unrecht abgewiesen. Soweit das Landgericht die Ansicht vertrete, es sei lediglich auf die Geschäftsbezeichnung "German Nails Depot" abzustellen und nicht auf die Inhaberschaft, könne dem nicht gefolgt werden. Hier gehe es von einer unzutreffenden rechtlichen Wertung des "Unternehmensbegriffes" aus, wenn es meine, dass bei einem nicht im Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden unter der geschäftlichen Bezeichnung ein Unternehmen vorliege, welches den Unternehmensträger kennzeichne, wobei kennzeichnend nicht die Person, sondern die Bezeichnung sei. Dies sei aber nur bei Kaufleuten der Fall. Bei einem Einzelunternehmen dürfe die geschäftliche Bezeichnung nicht mit dem Unternehmen gleichgesetzt werden. 22

Eindeutig ziele die Werbung darauf ab, beim angesprochenen Empfängerkreis den Eindruck zu erwecken, die Beklagte betreibe das Unternehmen unter der Geschäftsbezeichnung seit fünf Jahren. Es erschließe sich ohne weiteres, dass hier ein falscher Eindruck über die Unternehmenskompetenz erweckt werde. Mit einer Geburtstagswerbung, wie sie die Beklagte betrieben habe, solle dem Leserkreis vermittelt werden, hier aufgrund der mehrjährigen Erfahrung kompetent bedient zu werden. Tatsächlich habe die Beklagte im Juni kein 5-jähriges Bestehen des Unternehmens unter der Geschäftsbezeichnung "German Nails Depot" zu feiern gehabt. Vielmehr habe sie im Vorfeld des Verfahrens immer wieder bestritten, das Unternehmen unter dieser Geschäftsbezeichnung von dem Zeugen N übernommen zu haben; sie habe vorgetragen, lediglich einen Teil des Warenbestands sowie den Namen "German Nails Depot" erworben zu haben. 23

Dementsprechend sei auch der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten zu Unrecht verneint worden. 24

Der Kläger beantragt, 25

I. 26

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Essen vom 06. Juni 2011 ~~den~~ Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

II. 28

29

im Falle eigener Sachentscheidung des Berufungsgerichts das angefochtene Urteil des Landgerichts Essen vom 06. Juni 2011 abzuändern und wie folgt zu entscheiden:

1. 30

Der Beklagten wird es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr mit Produkten zur Nagelpflege in der Werbung den Eindruck zu erwecken, sie habe den Betrieb unter der Geschäftsbezeichnung "GermanNailsDepot" im Juni 2010 seit 5 Jahren betrieben, wie geschehen in der Newsletterwerbung im Juni 2010 unter anderem mit der Darstellung

wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist, und zwar unabhängig davon, ob dies mit einer Rabattwerbung gekoppelt ist, oder nicht. 33 34

2. 35

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.005,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 36

Hilfsweise: 37

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger hinsichtlich der Forderung aus der Rechnung des Rechtsanwalts Dr. T2 vom 12. Juli 2010, Rg.Nr. ##### in Höhe eines Teilbetrags von 1.005,80 € freizustellen. 38

Die Beklagte beantragt, 39

1. 40

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 41

2. 42

teilweise das Urteil des Landgerichts Essen vom 06.06.2011 abändernd die Klage in vollem Umfang abzuweisen. 43

Der Kläger beantragt, 44

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 45

Die Beklagte ist der Ansicht, dass der zunächst geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht gegeben sei. Insoweit macht sich die Beklagte die erstinstanzliche Begründung zu Eigen. Insbesondere sei die für die Alterswerbung erforderliche wirtschaftliche Kontinuität gegeben, da vorliegend lediglich der Betriebsinhaber des Unternehmens "GermanNailsDepot" gewechselt habe. Die wirtschaftliche Kontinuität sei gleichwohl beibehalten worden. 46

Soweit der Kläger seinen auf Unterlassung gerichteten Verbotsantrag beibehalten habe, aber diesen ergänzend begründet habe, sei die hierauf gerichtete Klage unzulässig. Der Kläger habe in diesem Sinne sein Unterlassungsbegehren neu begründet und damit im Wege der 47

Klageänderung einen neuen Anspruch zum Gegenstand seines Klagebegehrens gemacht. Unzutreffend habe das Landgericht den Unterlassungsantrag zu weit ausgelegt und das als begründet erachtete etwaige wettbewerbswidrige Verhalten als gleichwohl von diesem Verbotsantrag erfasst angesehen. Der Kläger habe seinen ursprünglichen Verbotsantrag aber gar nicht darauf gestützt, dass mit einem Jubiläumsverkauf zu einem Zeitpunkt geworben worden sei, zu welchem das eigentliche Jubiläum gar nicht mehr aktuell bestanden habe. Aus dem Wortlaut der Antragformulierung ergebe sich nichts dafür, dass der Kläger mit seinem ursprünglichen Antrag den Anlass einer Verkaufsaktion habe beanstanden wollen.	
Der Verbotstenor sei angesichts der verschiedenen möglichen Streitgegenstände zu unbestimmt.	48
Der ausgeurteilte Verbotstenor umfasse gerade nicht die von dem Landgericht beanstandete Irreführung, anlässlich eines Jubiläumsverkaufs werde ein Preisvorteil eingeräumt, der bei späteren Käufen so nicht erwartet werden könne.	49
Insoweit werde auch die Einrede der Verjährung erhoben.	50
B.	51
Die Berufung der Beklagten ist begründet. Die Berufung des Klägers ist unbegründet.	52
I.	53
Der vorliegende Rechtsstreit weist die Besonderheit auf, dass das Landgericht den Unterlassungsantrag dem Wortlaut nach beschieden hat, jedoch zur Begründung nicht einen der beiden Lebenssachverhalte herangezogen hat, mit denen der Kläger die Klage begründet hat. Es hat als Klagegrund einen dritten Lebenssachverhalt herangezogen, den keine der Parteien vorgetragen hat und den auch keine der Parteien vortragen will, wie insbesondere auch die Berufungsbegründungen deutlich machen.	54
1.	55
Vorrangiges und ursprüngliches Klageziel des Klägers war hier eine irreführende Alterswerbung der Beklagten, die nach seinem Vortrag nicht bereits fünf Jahre unter der Bezeichnung "German NailsDepot" am Markt tätig gewesen sei, sondern erst seit kurzem. Auf dieses Klageziel war auch der Klageantrag ausgerichtet.	56
2.	57
Vorsorglich, nämlich für den Fall, dass entgegen seinem obigem Ansatz auf das Alter des von der Beklagten übernommenen Unternehmens abgestellt werden sollte, hat der Kläger seinen Klageantrag, ohne ihn zu ändern, auch darauf gestützt (GA 177, 286), dass es auch irreführend sei, wenn mit einem Alter des Unternehmens geworben werde, das unrichtig sei, weil das Unternehmen in Wirklichkeit zum Zeitpunkt der Werbung deutlich älter gewesen sei als fünf Jahre.	58
3.	59
Wird eine Klage auf eine irreführende Werbung gestützt, gehört zum schlüssigen Klagevorbringen gerade auch der Vortrag, in welcher Hinsicht das Verkehrsverständnis von der Wirklichkeit abweicht; wird im Laufe des Verfahrens vorgetragen, dass die beanstandete Werbung auch noch unter einem anderen, mit der Klage noch nicht vorgetragenen	60

Gesichtspunkt unzutreffend und daher irreführend sei, handelt es sich insoweit um einen anderen Streitgegenstand (BGH GRUR 2007, 161 – dentalästhetika II) und eine alternative Klagehäufung. Es ist dann allerdings die Reihenfolge zu bestimmen, in der das Gericht die alternativen Klagegründe prüfen soll, die sich hier sogar widersprechen. Insoweit hat der Kläger ausreichend deutlich gemacht, dass er zunächst über den ursprünglichen Klagegrund eine Entscheidung verlangt hat; hilfsweise sollte über den alternativen Klagegrund entschieden werden in Form eines verdeckten Hilfsantrages.

4. 61

Das Landgericht hat zunächst über den vorrangigen Streitgegenstand entschieden und insoweit die Klage abgewiesen. Dadurch ist der Kläger beschwert und kann mit der Berufung geltend machen, das Landgericht hätte seinem Antrag aus diesem Klagegrund entsprechen müssen, nicht aus einem anderen. 62

5. 63

Bei dieser Klageabweisung ist das Landgericht jedoch nicht stehengeblieben, sondern es hat vielmehr noch über einen anderen Streitgegenstand entschieden. Dabei hat es sich mit dem vom Kläger geltend gemachten alternativen Klagegrund beschäftigen wollen. Diesen hat es allerdings falsch verstanden und deshalb seiner Entscheidung einen Lebenssachverhalt zugrunde gelegt, auf den der Kläger seinen Antrag überhaupt nicht hat stützen wollen. Das wird nicht nur aus der Antragsfassung selber deutlich, die allein auf die Alterswerbung "Fünf Jahre German NailsDepot" der Beklagten ausgerichtet ist. Die Werbung "Wir feiern und Sie sparen" ist gerade nicht durch ausdrückliche Einbeziehung hervorgehoben worden. Der Kläger hat auch in seinen Schriftsätzen deutlich gemacht, dass er sich nicht auf die Verknüpfung eines Preisvorteils mit der angeblichen Geburtstagsfeier als Anlass des Verkaufs hat stützen wollen. Es ist ihm gerade nicht um ein unzulässiges Anlocken von Kunden aufgrund einer Jubiläumspreiswerbung aus einem tatsächlich nicht bestehenden Anlass im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 UWG gegangen. Infolge dessen hat das Landgericht auch nicht vollständig über die vom Kläger für einen solchen Fall alternativ zur Entscheidung gestellten Klagegründe entschieden. Es handelt sich um einen Verstoß gegen den Grundsatz "ne ultra petita" aus § 308 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit einem verdeckten Teilurteil. Dieser Verstoß ist hier auch nicht dadurch geheilt worden, dass der Kläger das Vorgehen des Landgerichts nachträglich genehmigt hätte. Der Kläger hält die Entscheidung für falsch und will auch kein Verbot des vom Landgericht festgelegten Inhalts. 64

6. 65

Da auch die Beklagte keine Verurteilung zur Unterlassung auf einer solchen Basis will, ist das Urteil aufzuheben, soweit es die Klage zugesprochen hat. Weil die Beklagte aber auch keine Verurteilung auf der Grundlage des ursprünglichen Klagegrundes wünscht und insoweit das Urteil des Landgerichts verteidigt, ist über diesen Streitgegenstand auf die Berufung des Klägers durch den Senat zu entscheiden. Fraglich ist eine eigene Entscheidung nur, wenn der Senat insoweit zum selben Ergebnis kommt wie das Landgericht, also die teilweise Klageabweisung für zutreffend hält. Dann ist über einen Teil des Klagebegehrens überhaupt noch nicht entschieden, als Folge des Verstoßes gegen § 308 Abs. 1 ZPO. Auch insoweit kann der Senat aber die Sache an sich ziehen und aus Gründen der Prozessökonomie selbst entscheiden. Die Entscheidung kann auf der bestehenden Tatsachengrundlage ergehen und es bedarf keiner Beweisaufnahme. Eine Zurückverweisung an das Landgericht nach der Entscheidung über das Teilurteil ist auch schon deshalb nicht angezeigt. 66

7.

Auch und gerade für eine Aufhebung und Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Nr. 4 ZPO gibt es hier keine Grundlage. 68

II. 69

Gegen die Bestimmtheit des Klageantrages bestehen insoweit keine Bedenken, als die zu unterlassende Werbung im Einzelnen in Bezug genommen worden ist. Die Tatsache, dass hier ein verdeckter Hilfsantrag vorliegt, steht dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen. 70

Jedoch genügt die Formulierung "den Eindruck zu erwecken" nicht dem Bestimmtheitserfordernis. Der Eindruck, die Beklagte betreibe das Unternehmen seit fünf Jahren, ist zwischen den Parteien gerade in Streit und kann nicht zum Gegenstand des Antrages gemacht werden. Es kann allein um die entsprechende Werbung gehen, die zu würdigen ist. 71

III. 72

Der Kläger ist antragsbefugt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Beide Parteien vertreiben bundesweit im Internet Produkte zur Fingernagelpflege. Damit sind sie auf demselben örtlich und sachlich relevanten Markt tätig. 73

Eine rechtsmissbräuchliche Anspruchsverfolgung, die von Amts wegen zu prüfen ist und zur Unzulässigkeit der Klage führen würde, liegt nicht vor. Das Verbotsbegehren ist weder allgemein rechtsmissbräuchlich nach § 8 Abs. 4 UWG noch stellt die Anrufung gerade des Landgerichts Essen eine missbräuchliche Gerichtsstandswahl dar. 74

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte nur deshalb in Anspruch genommen wird, um Kosten entstehen zu lassen, ohne dass an der Rechtsverfolgung selbst ein ernsthaftes Interesse besteht, sind nicht ersichtlich. Es ist weder substantiiert zum Umfang der Abmahntätigkeit des Klägers insgesamt vorgetragen worden, noch ergeben sich aus der vorliegenden Rechtsverfolgung anderweitige Umstände, die auf ein bloßes Gebührenerzielungsinteresse schließen lassen. 75

Allein aus der bloßen Gerichtsstandswahl lässt sich in dieser Hinsicht nichts herleiten. Insoweit kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil auf S. 9 verwiesen werden. Ein Kläger kann allein durch die Wahl eines entfernt gelegenen Gerichtsstandes die Kosten, die der Gegner zu erstatten hat, nicht erhöhen. Nach § 91 ZPO sind in jedem Falle nur die notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung zu erstatten. Wählt ein Kläger als Gerichtsstand weder sein eigenes Sitzgericht noch das des Beklagten sind dadurch verursachte Mehrkosten regelmäßig nicht als notwendig anzusehen. 76

Grundsätzlich kann auch zwischen den gegebenen Gerichtsständen frei gewählt werden. Auch die Ausnutzung einer für die klagende Partei günstigen Rechtsprechung stellt für sich genommen noch keinen Rechtsmissbrauch dar. Ein Missbrauch setzt eine zweckwidrige Ausnutzung von formal gegebenen Verfahrenspositionen voraus (Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kap 17, Rn 5 m.w.N.). Es ist aber nicht zweckwidrig, einen Gerichtsstand nach Erfolgsaussichten auszuwählen (Senat 4 U 97/08). 77

Soweit sich die Beklagte auf eine Entscheidung des Senats vom 18.03.2010, Az. 4 U 223/09, beruft, wird ihre Argumentation dadurch nicht gestützt. Der jener Entscheidung zugrunde 78

liegende Fall unterscheidet sich von dem vorliegenden Fall dadurch, dass dort die Ausnutzung des fliegenden Gerichtsstandes in einer erheblichen Vielzahl von Abmahnprozessen stattfand, die mit dem hiesigen Abmahnverhalten nicht vergleichbar ist. Im Übrigen war dort die Nutzung des fliegenden Gerichtsstandes nur eines von zahlreichen Indizien, die dort in einer Gesamtwürdigung zum Rechtsmissbrauch geführt haben.

Auch die beklagtenseits zitierte Entscheidung des KG vom 25.01.2008, Az. 5 W 371/07, passt nicht auf den vorliegenden Fall. Zunächst ist festzustellen, dass auch das KG davon ausgeht, dass es nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, wenn der Kläger das ihm bequemste oder genehmste Gericht auswählt, also beispielsweise sein Heimatgericht oder das Gericht mit der ihm am günstigsten erscheinenden Rechtsprechung. Das Kammergericht ist in dem von ihm zu entscheidenden Fall nur aufgrund des Vorliegens erheblicher Ausnahmeumstände zu der Annahme gekommen, dass der dortige Abmahner darauf abzielte, ein dem jeweiligen Gegner möglichst ortsfernes Gericht auszuwählen, damit dem Gegner hohe Kosten entstehen. Solche Umstände liegen hier nicht vor. Jedenfalls hat die Beklagte solche Umstände nicht beweisen können. 79

IV. 80

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbung gemäß §§ 8, 5 Abs. 1 UWG (Hauptantrag). 81

Die Alterswerbung stellt keinen Verstoß gegen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG dar, wonach unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine solche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben des Unternehmens enthält. 82

1. 83

Es liegt zwar eine geschäftliche Handlung nach § 2 Nr. 1 UWG vor. Geschäftliche Handlung ist hier die Geburtstagswerbung als solche, dabei auch die Benutzung des Werbeslogans "Happy Birthday - 5 Jahre German Nails Depot". Mit der Benutzung dieses Werbeslogans liegt ein Verhalten vor, mit dem die Waren der Beklagten beworben werden sollen und mit dem der Absatz der Waren gefördert werden soll. 84

2. 85

Durch diese Werbung wird aber nicht über das Alter und die sich daraus ergebende Unternehmenstradition der Beklagten irregeführt. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Verbrauchervorstellung in relevanter Weise von den wahren Verhältnissen abweicht. Dies kann aber nicht festgestellt werden. 86

a. 87

Maßgeblich für eine Irreführung ist die Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise. Hier richtet sich die Werbung an die allgemeinen Verbraucherkreise, insbesondere an die sich verstärkt für Fingernagelpflege interessierenden Menschen. Das sind heutzutage, wenn auch statistisch mehrheitlich, so jedoch nicht nur Frauen, sondern auch Männer. Ebenso wird man nicht nur auf jüngere Verbraucher, sondern auch auf geneigte ältere Verbraucher abstellen können. Damit kommt es letztlich auf die Vorstellung eines durchschnittlichen, verständigen Verbrauchers an. 88

Im vorliegenden Fall verbindet der Verbraucher mit der Altersangabe "5 Jahre NailsDepot" die Vorstellung, dass es hier um einen gewerblichen Anbieter geht, der jedenfalls über eine bereits 5-jährige Erfahrung am Markt verfügt und damit auch entsprechende Kenntnisse im Bereich der Fingernagelpflegeprodukte hat. Außerdem verleiht die Altersangabe dem hier in Rede stehenden Unternehmen ein gewisses Maß an Wertschätzung und Zuverlässigkeit, welches mit einem gerade neu auf dem Markt aufgetretenen Unternehmen noch nicht in Verbindung gebracht wird. Altersangaben enthalten – je nach Ausmaß – eine versteckte Qualitätsbehauptung (vgl. BGH GRUR 2003, 628 – Klosterbrauerei; Köhler / Bornkamm, UWG 29. Aufl., 2011, § 5 Rn 5.55; Fezer / Peifer, UWG 2. Aufl., 2010, § 5 Rn 385). Diese Vorstellungen werden allerdings etwas relativiert dadurch, dass es sich bei Fingernagelpflegeprodukten nicht unbedingt um langlebige Wirtschaftsgüter oder Produkte, sondern um häufiger auszuwechselnde Produkte handelt. Dennoch kommt es dem durchschnittlichen Verbraucher darauf an, dass Qualitätsstandards eingehalten werden.

b.

90

Diese Verbrauchervorstellung stimmt auch mit den wirklichen Verhältnissen überein. Die Angabe des Alters eines Unternehmens ist nur wahr, wenn das Unternehmen in dem beworbenen Geschäftszweig als sachliche Einheit kontinuierlich fortbestanden hat. Dazu kommt es nicht auf die gesellschaftsrechtliche Identität über den behaupteten Zeitraum an. Entscheidend für die Wahrheit der Behauptung ist daher nicht die Identität des Unternehmensträgers, wohl aber die Kontinuität des Unternehmens selbst als sachliche Organisationseinheit (Fezer / Peifer a.a.O. Rn 386). An einer solchen Kontinuität fehlt es noch nicht, wenn das Unternehmen den Träger wechselt, wohl aber, wenn ein Unternehmen in seinem Kern nicht bis in das behauptete Gründungsjahr zurückzuverfolgen ist. Bei einer Werbung mit einer Altersangabe, die das Unternehmen für die in Anspruch genommene Zeit ungeachtet etwaiger Änderungen im Laufe der Zeit wirtschaftlich als Einheit erscheinen lässt, ist die Unternehmenskontinuität in diesem Sinne gegeben und der wesentliche Charakter eines Unternehmens in der angegebenen Zeit gewahrt. Haben keine dauerhaften Unterbrechungen diese Kontinuität gestört, kann in der Werbung mit dem Alter eines Unternehmens keine Irreführung gesehen werden.

91

Nach diesen Kriterien ist hier von einer Unternehmenskontinuität auszugehen. Zwar hat die Beklagte das Unternehmen erst im März 2010 von dem Zeugen N (vgl. Vereinbarung zwischen dem Zeugen N und der Beklagten vom 16.03.2010) übernommen. Jedoch hat sie im Wesentlichen die gleiche Produktpalette beibehalten wie der Zeuge N. Das ergibt sich daraus, dass die Beklagte mit der Vereinbarung vom 16.03.2010 auch den Warenbestand vom Zeugen N übernommen hat. Auch ist sie mit ihrem Geschäft in dem gleichen Ladenlokal geblieben, in dem zuvor der Zeuge N sein Geschäft betrieben hat. Aus der schriftlichen Aussage der Zeugin G ergibt sich, dass der Zeuge N sich seit Mai 2005 mit seinem Geschäft unter der Anschrift M- Str. 2, O2 befunden hat. Auch die Beklagte betreibt ihr Geschäft gemäß dem Rubrum der Klageschrift und dem angefochtenen Urteil unter dieser Anschrift. Das gewichtigste Argument für eine Unternehmenskontinuität liegt wohl darin, dass die Beklagte (mindestens teilweise) mit denselben Arbeitnehmern ihr Geschäft geführt hat. Das ergibt sich aus der Aussage der Zeugin G in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Saarbrücken, Az. 7 KFH O 130/10, wenn sie dort ausgeführt hat, dass sie die Arbeitnehmer abgemeldet und über Frau C (= Beklagte dieses Rechtsstreits) wieder angemeldet habe.

92

Da sowohl nach den schriftlichen als auch mündlichen Aussagen der Zeugen G und N feststeht, dass das hier in Rede stehende Unternehmen jedenfalls mindestens seit dem Frühjahr 2005 in dem neuen Geschäftslokal geführt wird, ist eine jedenfalls fünfjährige

93

Unternehmenskontinuität als gegeben anzusehen.

Eine Irreführung ist damit zu verneinen. Ein Unterlassungsanspruch im Sinne des Hauptantrags des Klägers ist damit nicht gegeben. 94

c. 95

Diesem Ergebnis steht auch in diesem speziellen Fall die Verbrauchervorstellung nicht entgegen. Auch die hier angesprochenen Verbraucher haben keinen Anlass, das Unternehmen German NailsDepot personenbezogen auf den jeweiligen Inhaber zu sehen. Der Wechsel des Inhabers hat für sie im Hinblick auf die Unternehmenskontinuität, an die die Vorstellung von Zuverlässigkeit und Qualität anknüpft, bei im Wesentlichen gleichbleibenden Warenbestand und Personal ebenso wie der Wechsel eines Geschäftsführers oder Gesellschafters eines Unternehmens keine entscheidende Bedeutung. Mangels anderer Anzeichen oder Erkenntnisse gehen sie in einem solchen Fall davon aus, dass der neue Inhaber in gleichem Sinne weitermacht wie der alte. Dauerkunden, die über Jahre bei dem Unternehmen bestellt haben, werden nicht allein deshalb wechseln, weil der Inhaber gewechselt hat. 96

V. 97

Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbung gemäß §§ 8, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG unter dem Gesichtspunkt, dass das Unternehmen der Beklagten zum Zeitpunkt der Werbung tatsächlich nicht nur 5 Jahre, sondern bereits ca. 7 Jahre bestanden hat (verdeckter Hilfsantrag). 98

1. 99

Der Antrag wäre in Bezug auf ein solches Verbot schon unpassend und unbestimmt. Der Eindruck, die Beklagte betreibe das Unternehmen seit fünf Jahren, passt bei diesem Klagegrund noch viel weniger. Es geht ja darum, dass das Unternehmen "German NailsDepot" kontinuierlich nicht nur fünf Jahre am Markt tätig ist, sondern schon länger. Die für den Handel positive Alterswerbung wird aber als unrichtig verstanden, wenn das Unternehmen tatsächlich noch nicht so lange besteht. "Wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist" wird also so verstanden, dass das Verbot gelten soll, solange das Unternehmen noch nicht fünf Jahre besteht. Um dieses Missverständnis zu vermeiden, hätte der Antrag klarer gefasst werden müssen. Es hätte auf die genaue Fehlvorstellung eingegangen werden müssen. Dem entspricht es auch, dass die beiden unterschiedlichen Klagegründe unter Beachtung des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wohl überhaupt nicht unter einen einheitlichen Antrag passen. 100

2. 101

Wie oben dargestellt, kann die Alterswerbung deshalb zur Irreführung des Verbrauchers führen, weil mit einem gewissen Alter ein gewisses Maß an Wertschätzung und Zuverlässigkeit verbunden wird, welches mit einem gerade neu auf dem Markt aufgetretenen Unternehmen noch nicht in Verbindung gebracht wird, und Altersangaben je nach Ausmaß – eine versteckte Qualitätsbehauptung enthalten. Demzufolge ist es unter dem Aspekt der Alterswerbung unbeachtlich, wenn eine Werbung ein geringeres als das tatsächliche Alter, hier 5 Jahre statt 7 Jahre, zum Ausdruck bringt. 102

3. 103

Unabhängig davon lässt sich die Werbeaussage mit dem Alter von 5 Jahren durchaus unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, dass das Unternehmen mit dem Namen "German Nails Depot" im Frühjahr 2005 in das neue Ladenlokal eingezogen ist. In der Beweisaufnahme hat sich der Vortrag des Klägers gerade nicht bestätigt. Vielmehr ergibt sich sowohl aus den schriftlichen Aussagen der Zeugen G und N als auch deren mündlichen Aussagen, dass der Zeuge N vor dem Umzug in das neue Ladenlokal das Unternehmen unter dem Namen "Perfect Nails" geführt hat.

4. 105

In jedem Fall scheitert ein Unterlassungsanspruch an der fehlenden Relevanz. Bei einer Irreführung über Merkmale, die erfahrungsgemäß für die Marktentscheidung eine unwesentliche Bedeutung haben (vgl. BGH GRUR 2007, 34 – Regenwald-projekt; Köhler/Bornkamm, UWG 30. Aufl., § 5 Rn 2.181, 2.182), gilt der Grundsatz, dass die Relevanz zu vermuten ist, nicht mehr. Selbst wenn man insoweit von einer unwahren Werbeangabe über die Eigenschaften des Unternehmers im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 UWG ausgehen würde, handelte es sich jedenfalls nicht um eine unwahre Werbeangabe in Form einer dreisten Lüge, die für eine irgendwie geartete Relevanz streitet und unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt hinzunehmen ist. Selbst wenn zum Zeitpunkt der Werbung tatsächlich kein fünfter Geburtstag zu feiern war, spricht nichts dafür, dass man sich ein solches Jubiläum bewusst ausgedacht hat, um sich Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Die Beklagte handelte erkennbar nicht wider besseres Wissen. Es wird über das Unternehmen, das sich tatsächlich im sechsten Lebensjahr befunden hat, kein solcher falscher Eindruck vermittelt, dass dieser auf die Kaufentscheidung des Publikums in irgendeiner Weise einen Einfluss haben könnte. Das Unternehmen ist jedenfalls mindestens fünf Jahre auf dem Markt. Außerdem hat es unlängst seinen fünfjährigen Geburtstag gefeiert. Deshalb würde selbst dann, wenn man die Fehlvorstellung, das Unternehmen sei gerade am 31.5.2010 fünf Jahre minus allenfalls sechs Wochen alt und feiere jetzt einen entsprechenden Geburtstag, jedenfalls die Relevanz der Fehlvorstellung, wenn das Unternehmen tatsächlich schon fünfeinhalb Jahre alt wäre, zu verneinen sein. Nicht jede Fehlvorstellung des Verkehrs führt zu einer relevanten Irreführung. Bei dem größeren Alter und dem etwas früheren Geburtstag handelt es sich um keinen wesentlichen Umstand für den Verbraucher und dieser vermag auch keine Nachfrageströme durch die damit verbundene Täuschung zu lenken (Köhler / Bornkamm a.a.O. Rn 2.190). Dies gilt umso mehr, als mit der Werbung in Bezug auf den Geburtstag nach dem hiesigen Streitstand nicht gleichzeitig im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 UWG ein Preisvorteil versprochen wird, der tatsächlich nicht besteht.

VI. 107

Über den Streitgegenstand des Jubiläumsrabatts ist nach den Ausführungen zu I. nicht zu entscheiden. 108

VII. 109

Aus den vorgenannten Ausführungen ergibt sich, dass dem Kläger ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG nicht zusteht. 110

Es bestand hier auch keine Antwortpflicht der Beklagten mit Blick auf die Berechtigungsanfrage des Klägers, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch begründen könnte. 111

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. 112

