
Datum: 18.08.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 74/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0818.4U74.19.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 4/19

Tenor:

Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das am 03.04.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Essen (42 O 4/19) abgeändert, der Beschluss des Landgerichts Essen vom 12.12.2018 aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 10.12.2018 zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 100.000,00 € festgesetzt.

Gründe:	1
I.	2
Von einer Sachverhaltsdarstellung wird nach §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen.	3
II.	4
Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten hat auch in der Sache Erfolg, so dass das angefochtene Urteil wie geschehen abzuändern war.	5
1.	6
	7

Der Verfügungsklägerin steht gegen die Verfügungsbeklagte ein Anspruch auf die titulierte Unterlassungsverpflichtung nicht zu. Denkbar wäre zunächst ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG; die gesetzlichen Voraussetzungen der genannten Anspruchsgrundlage sind jedoch nicht erfüllt

a) 8

Nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG kann derjenige, der eine unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, von jedem Mitbewerber bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Unzulässig sind unlautere geschäftliche Handlungen. Unlauter handelt nach § 4 Nr. 4 UWG, wer Mitbewerber gezielt behindert. Eine gezielte Behinderung in diesem Sinne ist allerdings nicht feststellbar. 9

b) 10

Mit dem Erfordernis der „gezielten“ Behinderung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers noch nicht ausreicht, um die Unlauterkeit einer Wettbewerbsmaßnahme zu begründen. Denn der Wettbewerb ist darauf angelegt, auf Kosten der Mitbewerber einen Wettbewerbsvorsprung zu erzielen. Es müssen folglich zur Behinderung des Mitbewerbers noch weitere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten (BGH, Urteil vom 15.01.2009 – I ZR 123/06 – Fräsaufschneider = GRUR 2009, 878 Rn. 13; Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 164/12 – wetteronline.de = WRP 2014, 424 Rn. 28; insg. dazu: Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 38. Auflage § 4 Rn. 4.7 m.w.N.). Als „gezielt“ ist eine Behinderung ganz allgemein dann anzusehen, wenn bei objektiver Würdigung aller Umstände eine Maßnahme in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wettbewerbslichen Entfaltung, sondern auf die Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Entfaltung eines Mitbewerbers gerichtet ist (BGH, Urteil vom 11.01.2007 – I ZR 96/14 – Außendienstmitarbeiter = GRUR 2007, 800 Rn. 23; Urteil vom 10.01.2008 – I ZR 38/05 – AKADEMIKS = GRUR 2008, 621 Rn. 32). Es muss also ein Eingriff in die wettbewerbsliche Entfaltung eines Mitbewerbers erfolgen. Dieser Eingriff kann in Gestalt unternehmensbezogener und marktbezogener Handlungen erfolgen (Köhler a.a.O. § 4 Rn. 4.6 m.w.N und Rn. 4.8). 11

Für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit kann offenbleiben, ob das Verlangen einer Vollmachtsvorlage als unternehmensbezogener oder marktbezogener Eingriff in diesem Sinne zu bewerten sein könnte, da die weiteren Voraussetzungen nicht erfüllt sind. 12

aa) 13

Eine „gezielte“ und damit unlautere Behinderung ist stets anzunehmen, wenn die Maßnahme von einer Verdrängungsabsicht getragen ist, der Handelnde also den Zweck verfolgt, einen Mitbewerber an seiner wettbewerbslichen Entfaltung zu hindern und ihn dadurch vom Markt zu verdrängen (BGH, Urteil vom 15.01.2009 – I ZR 123/06 – Fräsaufschneider; Urteil vom 07.10.2009 – I ZR 150/07 – Rufumleitung = GRUR 2010, 346 Rn. 12; Urteil vom 22.06.2011 – I ZR 159/10 – Automobil-Onlinebörse = WRP 2011, 1469 Rn. 65; Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 164/12 – wetteronline.de; Urteil vom 30.04.2014 – I ZR 224/12 – Flugvermittlung im Internet = WRP 2014, 839 Rn. 23, Urteil vom 23.06.2016 – I ZR 137/15 – Fremdcoupon-Einlösung = WRP 2017, 46 Rn. 14; Köhler a.a.O. § 4 Rn. 4.9). Dem steht es gleich, wenn die Absicht dahin geht, den Mitbewerber in seiner Marktstellung zu schwächen. Von einer solchen Absicht ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Maßnahme ihrer Natur oder den Umständen nach keinen anderen Zweck als den der Verdrängung oder Schwächung des 14

Mitbewerbers haben kann (ebenso BGH, Urteil vom 12.03.2015 – I ZR 188/13 – Uhrenankauf im Internet = WRP 2015, 714 Rn. 17, Köhler § 4 Rn. 4.8). Das wiederum ist anzunehmen, wenn die Maßnahme für sich allein nur wirtschaftliche Nachteile bringt und diese Nachteile erst dann ausgeglichen werden können, wenn der Mitbewerber ausgeschaltet ist.

Feststellbar ist hier aber allein, dass es für die Verfügungsbeklagte allenfalls einen erhöhten organisatorischen Aufwand bedeutet hat, für den Zeitraum von drei Monaten bei über die Marktkommunikation eingehenden Kündigungen eines ihrer Kunden von der Verfügungsklägerin die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht zu verlangen und anderenfalls die Kündigungen zurückzuweisen. Dies dürfte der Verfügungsbeklagten allenfalls geringfügige Nachteile eingebracht haben. Dies reicht unter Beachtung der dargelegten Grundsätze nicht aus, eine Verdrängungsabsicht der Verfügungsbeklagten anzunehmen. 15

Entgegen der zuletzt mit Schriftsatz vom 25.05.2020 geäußerten Auffassung der Verfügungsklägerin kommt es in diesem Zusammenhang zunächst nicht maßgeblich darauf an, ob die Maßnahme (hier: das Verlangen der Vollmachtsvorlage für einen begrenzten Zeitraum) für sich gesehen wettbewerbskonform und durch die in Punkt II. 6 GPKE getroffene Regelung gedeckt ist. 16

Insofern ist der Verfügungsklägerin zuzugeben, dass die Verfügungsbeklagte auch mit der Berufung nicht hinreichend substantiiert vorgetragen haben dürfte, dass ein „begründeter Einzelfall“ im Sinne der vorgenannten Regelung vorliegt. Darlegungs- und beweisbelastet für die Verdrängungsabsicht im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG ist jedoch hier die Verfügungsklägerin. Selbst wenn zu deren Gunsten unterstellt würde, dass das Verlangen der Vollmachtsvorlage objektiv wettbewerbswidrig war, reicht dies allein für die Annahme einer Verdrängungsabsicht nicht. Auch bei einem objektiv nicht von Punkt II. 6 GPKE getragenen Verlangen der Vollmachtsvorlage wäre nicht ohne weiteres anzunehmen, dass die Maßnahme ihrer Natur oder den Umständen nach keinen anderen Zweck als die Verdrängung oder die Schwächung der Verfügungsklägerin haben kann. Aufgrund des Vorbringens der insoweit darlegungsbelasteten Verfügungsklägerin ist nicht feststellbar, dass die Maßnahme für sich allein der Verfügungsbeklagten nur wirtschaftliche Nachteile bringt und diese Nachteile erst dann ausgeglichen werden können, wenn der Mitbewerber ausgeschaltet ist. 17

bb) 18

Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Verdrängungsabsicht keineswegs eine notwendige Voraussetzung der gezielten Behinderung ist (BGH, Urteil vom 11.01.2007 – I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter = GRUR 2007, 800; Urteil vom 19.02.2009 – I ZR 135/06 – ahd.de = GRUR 2009, 685; Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 164/12 – wetteronline.de = WRP 2014, 424). Eine gezielte Behinderung kann (auch ohne feststellbare Verdrängungsabsicht) dann vorliegen, wenn die Maßnahme zwar unmittelbar der Förderung des eigenen Absatzes oder Bezugs dient, aber dieses Ziel durch eine unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Entfaltung des Mitbewerbers erreicht werden soll. Eine solche unangemessene Beeinträchtigung liegt vor, wenn der Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann (ständige Rspr; vgl. BGH, Urteil vom 07.10.2009 - I ZR 150/07 – Rufumleitung = GRUR 2010, 346; Urteil vom 12.11.2009 – I ZR 183/07 – WM-Marken = WRP 2010, 764; Urteil vom 22.06.2011 – I ZR 159/10 – Automobil-Onlinebörse; Urteil vom 23.06.2016 – I ZR 137/15 – Fremdcoupon-Einlösung, vgl. Köhler a.a.O. § 4 Rn. 4.10). 19

Auch eine derartige unangemessene Beeinträchtigung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG kann allerdings nicht angenommen werden. 20

- Zur Feststellung der Unangemessenheit der Beeinträchtigung ist eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls erforderlich, bei der die sich gegenüberstehenden Interessen der beteiligten Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen sind (BGH Urteil vom 12.11.2009 – I ZR 183/07 – WM-Marken; Urteil vom 22.06.2011 – I ZR 159/10 – Automobil-Onlinebörse; Urteil vom 12.03.2015 – I ZR 188/13 – Uhrenankauf im Internet; Urteil vom 19.04.2018 – I ZR 154/16 – Werbeblocker II, Köhler a.a.O. § 4 Rn. 4.10f). 21
- Bewertungsmaßstab sind die gesetzlichen Wertungen, insbes. auch der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit und der in § 1 S. 2 verankerte Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Die Schwelle zur gezielten Behinderung ist überschritten, wenn die Maßnahme bei objektiver Würdigung der Umstände auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers und nicht in erster Linie auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet ist (BGH, Urteil vom 26.06.2008 – I ZR 190/05 – EROS; Urteil vom 12.03.2015 – I ZR 188/13 – Uhrenankauf im Internet, Köhler a.a.O. § 4 Rn. 4.10f). 22
- Unlauter ist eine Maßnahme aber auch dann, wenn sie sich zwar (auch) als Entfaltung eigenen Wettbewerbs darstellt, aber das Eigeninteresse des Handelnden unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit weniger schutzwürdig ist als die Interessen der übrigen Beteiligten und der Allgemeinheit (ebenso BGH, Urteil vom 19.02.2009 – I ZR 135/06 – ahd.de; Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 164/12 – wetteronline.de). Entscheidend ist, ob die Auswirkungen der Handlung auf das Wettbewerbsgeschehen bei objektiver Betrachtung so erheblich sind, dass sie unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Gesetzes von den Marktteilnehmern nicht hingenommen werden müssen (BGH Urteil vom 11.01.2007 – I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter). Dabei ist die Marktmacht des handelnden Unternehmens im Verhältnis zum behinderten Mitbewerber zu berücksichtigen (vgl. auch § 19 II Nr. 1 GWB, § 20 III GWB). Bei der Bewertung kann ferner eine Rolle spielen, ob der Handelnde seine Ziele mit weniger einschneidenden Wirkungen erreichen könnte (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit), sofern andernfalls schutzwürdige Interessen der behinderten Mitbewerber unverhältnismäßig beeinträchtigt würden. Schließlich sind auch im Hinblick auf die Ausstrahlung der Grundrechte (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte) die kollidierenden Grundrechte der Beteiligten zu berücksichtigen Köhler a.a.O. (§ 4 Rn. 4.10). 23
- Zu berücksichtigen ist auch in diesem Zusammenhang, dass die Verfügungsklägerin insoweit darlegungs- und beweisbelastet ist. Folglich kann sich die Verfügungsklägerin auch insoweit nicht allein darauf berufen, dass die Verfügungsbeklagte die Voraussetzungen der in Punkt II. 6 GPKE getroffenen Regelung nicht dargelegt hat. 24
- Die Verfügungsklägerin hat zwar mit umfangreichen Ausführungen dargelegt, dass die Voraussetzungen für das Verlangen der Vollmachtsvorlage nicht erfüllt seien, allerdings hat die Verfügungsbeklagte demgegenüber behauptet, dass es aufgrund zahlreicher Unregelmäßigkeiten auch zum Schutz der Kunden angezeigt und verhältnismäßig gewesen sei, auf diese Weise vorzugehen. Auf Grundlage des Parteivorbringens ist daher bei objektiver Würdigung der Umstände nicht feststellbar, dass das Verlangen der Vollmachtsvorlage für die Dauer von drei Monaten auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers und nicht in erster Linie auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet war. 25
- Auch sind die Auswirkungen der Handlung auf das Wettbewerbsgeschehen bei objektiver Betrachtung nicht so erheblich, dass sie unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Gesetzes von den Marktteilnehmern nicht hingenommen werden müssen. Dies gilt, obwohl 26

durch das Verlangen der Vollmachtsvorlage für die Dauer von drei Monaten nur geringfügig auf die geschäftliche Entscheidung der potentiellen Kunden der Verfügungsbeklagten eingewirkt wird. Die Fertigung einer schriftlichen Vollmacht stellt zwar für den potentiellen Kunden eine Erschwernis dar, im Hinblick auf die durch die Maßnahme zu sichernden Interessen (auch der Verbraucher) ist diese vorübergehende Maßnahme jedoch hinnehmbar.

2. 27

Auch ein Anspruch nach §§ 8, 7 Abs. 1 S. 1 UWG kommt nicht in Betracht. Aus den vorgenannten Erwägungen ergibt sich, dass die insoweit erforderliche unzumutbare Belästigung der Verfügungsbeklagten nicht feststellbar ist. 28

3. 29

Da somit schon aus materiell-rechtlichen Gründen eine Abänderung des angefochtenen Urteils, die Aufhebung des Beschlusses vom 12.12.2018 und die Zurückweisung des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung zu erfolgen hatte, war eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob (und in welchem Umfang) bereits vor Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung Erledigung eingetreten ist und welche Konsequenzen daraus zu ziehen wären, entbehrlich (vgl. zu der vorgenannten Problematik: vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.2003 – I ZB 45/02 – Euro-Einführungsrabatt; BGH Beschluss vom 20.01.2016 – I ZB 102/14 – Erledigterklärung nach Gesetzesänderung; Althammer in: Zöller, 33. Auflage, § 91a Rn. 53). 30

III. 31

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. 32