
Datum: 10.02.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 22/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0210.6U22.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 147/15

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 21.10.2016 – 6 U 22/16 – wird aufrechterhalten.

Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens, einschließlich der Kosten der Streithelferin, trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil darf nur gegen Leistung der Sicherheit fortgesetzt werden.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

- I. 2
- Die Klägerin ist Herstellerin und Importeurin u.a. von Briefkästen und vertreibt diese an große Handelsketten, zumeist in Form von Aktionsware. Die wirtschaftliche Situation der Klägerin ist für 2012-2014 anhand von Jahresabschlüssen dargetan. 2015 soll laut schriftlicher Bestätigung des Steuerberaters der Klägerin ein Umsatz mit Briefkästen in Höhe von 450.000 € zu erwarten gewesen sein. 3
- Die Beklagten zu 1-4 sind Gesellschafter der I Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG. Bei der I werden für die Gesellschafterbetriebe Waren zentral eingekauft. Jeder Gesellschafter entscheidet selbst, welche Produkte er wann führt. 4

Die Streithelferin stellt die hier streitgegenständlichen Briefkästen und Zeitungsrollen her, welche sie u.a. an Baumärkte wie I vertreibt. Die Modelle „Zeitungsbox“ und „Ferro Star 800 si“ wurden mit der Aussage „umweltfreundlich produziert“ bzw. „umweltfreundlich produziert – lösungsmittelfrei“ beworben; das Modell „CLASSICO“ mit einem Siegel mit der Aussage „Geprüfte Qualität“ jeweils wie im Klageantrag wiedergegeben.	5
Die Klägerin mahnte zuerst die Streithelferin erfolglos ab und beantragte vor dem Landgericht Hagen den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der die Aussagen „umweltfreundlich“ und „geprüfte Qualität“ untersagt werden sollten. Am 10.7.2015 wurde das Urteil zugunsten der Klägerin verkündet. Am 10.8.2015 legte die Streithelferin Berufung ein, welche sie am 21.10.2015 zurücknahm. Am selben Tag gab sie eine Abschlusserklärung ab.	6
Ende Juni/Juli 2015 mahnte die Klägerin 71 Online-Händler wegen der o.g. Werbeaussagen ab.	7
Am 3.8.2015 versandte sie eine Abmahnung an die I Dachgesellschaft. In einem Antwortschreiben der I Dachgesellschaft selbst wurde um Fristverlängerung gebeten und angekündigt, dass für den Fall der Berechtigung der Abmahnung, alle Franchisenehmer aufgefordert werden würden, Unterlassungserklärungen abzugeben. Vor diesem Hintergrund sei „eine weitere Abmahnung der Franchisenehmer nicht vonnöten“. Anschließend meldete sich Rechtsanwalt Dr. Q, und zwar für die I Dachgesellschaft und alle Gesellschafter. Er lehnte die Abgabe von Unterlassungserklärungen ab und schlug vor, das rechtskräftige Ende des Rechtsstreits vor dem Landgericht Hagen bzw. Oberlandesgericht Hamm abzuwarten. Daraufhin mahnte die Klägerin Mitte August 203 I-Märkte ab.	8
Die Beklagten zu 1 und 2 hatten alle drei Briefkasten-Modelle der Streithelferin im Sortiment. Ob die Beklagten zu 3 und 4 nur den Kunststoffbriefkasten CLASSICO geführt haben, ist weiterhin streitig.	9
Mit Urteil des Landgerichts Köln vom 3.2.2016 – 84 O 147/15 -, auf das wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, sind die Beklagten zu 1 und 2 vollumfänglich auf Unterlassung und Zahlung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 984,60 € und die Beklagten zu 3 und 4 nur hinsichtlich der Werbeaussage „Geprüfte Qualität“ zur Unterlassung und zur Zahlung anteiliger außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 502,30 € verurteilt worden. Die weitergehende Klage ist abgewiesen worden.	10
Mit ihren Berufungen wenden sich die Beklagten und die Streithelferin gegen ihre Verurteilung zur Unterlassung und machen weiterhin den Einwand des Rechtsmissbrauchs geltend. Die Klägerin begehrt die antragsgemäße Verurteilung der Beklagten zu 3 und 4.	11
Auf den ersten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist ein Versäumnisurteil ergangen, mit welchem die Klage abgewiesen wurde.	12
Nach Einspruch begehrt die Klägerin die Aufhebung des Versäumnisurteils und beantragt mit ihrer Berufung sinngemäß,	13
1. die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Produkte im Marktsegment Postkästen und Zeitungsrollen in den Verkehr zu bringen	115

a) mit einer Formulierung „Umweltfreundlich produziert“, wie aus den Anlage FN 5 und FN 6 ersichtlich geschehen;	
b) mit „geprüfter Qualität“ wie im Schriftsatz vom 4.11.2016 auf S. 2 (Bl. 999 d. A.) abgebildet und wie aus Anlage FN 7 ersichtlich geschehen;	17
2. die Beklagten jeweils zu verurteilen, der Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 984,60 € nebst Rechtshängigkeitszinsen zu zahlen.	18 189
Hilfsweise, für den Fall, dass der Antrag zu 1a bzgl. der Beklagten zu 3 und 4 abgewiesen wird, beantragt sie festzustellen, dass sich der Rechtsstreit gegen die Beklagten zu 3 und 4 insoweit erledigt hat.	20
Die Beklagten und die Streithelferin beantragen sinngemäß,	21
1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,	22 223
2. das Urteil des LG Köln vom 6.1.2016 – 84 O 147/15 – abzuändern und die Klage abzuweisen.	24
Die Klägerin beantragt,	25
die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin zurückzuweisen.	26
Die Klägerin ist der Ansicht, dass die vorgerichtlichen Kosten der Abmahnung der Beklagten zu 3 und 4 vollständig begründet seien. Sie habe erstinstanzlich vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass Mitarbeiter der Baumärkte der Beklagten zu 3 und 4 Auskunft dahingehend erteilt hätten, dass die Zeitungsrollen mit den Aufschriften hinsichtlich der Umweltfreundlichkeit auf Wunsch des Kunden bestellt werden könnten. Ein Mitarbeiter habe weiter gesagt, dass man die Rollen auch sicher schon verkauft habe, weil es sich bei den Produkten um solche aus dem Basissortiment handele und Produkte der Streithelferin die Besten seien.	27
Außerdem – so die Klägerin - habe Rechtsanwalt Dr. Q eine Unterlassungserklärung für alle I-Baumärkte angekündigt, was bedeute, dass alle Baumärkte die streitgegenständlichen Produkte geführt haben. Es habe daher jedenfalls Erstbegehungsgefahr bestanden, so dass Erledigung eingetreten sei und die Klage insoweit nicht hätte abgewiesen werden dürfen.	28
Zu den Berufungen der Beklagten und der Streithelferin ist die Klägerin der Ansicht, dass es widersprüchlich sei, die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen von der Höhe der Kosten abhängig zu machen. Bei Strukturen wie bei der I sei kein Wettbewerber mehr abmahubar.	29
Ein Vorgehen allein gegen die Dachgesellschaft wäre nicht erfolgreich gewesen, weil es eine Rücknahmepflicht nicht gebe. Die Gegenseite rücke stets die Eigenständigkeit der Gesellschafter in den Vordergrund, so dass ein alleiniges Vorgehen gegen die Dachgesellschaft nicht gleichsam effektiv zu einer Marktbereinigung hätte führen können. Noch immer würden die streitgegenständlichen Produkte vertrieben trotz der Vielzahl an Urteilen gegen die Gesellschafter. Ein Unterlassungstitel gegen die Dachgesellschaft hätte	30

ohnehin nur Einfluss auf den Einkauf gehabt, aber nicht auf die bereits ausgelieferte Ware. Eine Umkennzeichnung wäre nicht erfolgt. Im Übrigen wäre nicht die Dachgesellschaft der richtige Schuldner, sondern deren Tochtergesellschaft A. Die innere Struktur sei der Klägerin zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht klar gewesen.

Dass die Streithelferin durch ein Ordnungsmittel zum Rückruf hätte gezwungen werden können, sei weder der Klägerin noch ihrem Prozessbevollmächtigten bekannt gewesen. Außerdem zeige der tatsächliche Verlauf der Dinge, dass auch ein Ordnungsgeld nicht dazu geführt hätte, dass die Streithelferin schneller umkenngezeichnet hätte, weil der Weitervertrieb der inkriminierten Ware für sie lukrativer gewesen sei. 31

Mit dem Vergleichsvorschlag der Streithelferin habe diese nur den bedingungslosen Weitervertrieb ihrer Produkte sichern wollen und die Klägerin hätte nicht gegen Abnehmer vorgehen dürfen, was ihr unzumutbar gewesen sei. Es sei auch nicht Sache der Klägerin, die Streithelferin zur Rücknahme aufzufordern. Hätten die Beklagten die Abmahnungen vermeiden wollen, hätten sie sich ggf. erklären müssen. So habe die Klägerin weiter abmahnen müssen, zumal die Gesellschafter unstreitig nicht von der Zentrale benachrichtigt worden seien. 32

Die Strafanzeigen seien gestellt worden, weil die Beklagten bewusst unwahr vortrügen. 33

Wegen der weiteren Einzelheiten des Klägervorbringens wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 34

Die Beklagten und die Streithelferin begehren mit ihren Berufungen Klageabweisung insgesamt wegen Rechtsmissbrauchs. Das Landgericht habe die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht beachtet, wonach das Missverhältnis zwischen Abmahntätigkeit und gewerblicher Tätigkeit auf Rechtsmissbrauch hindeuteten. Allein die I-Verfahren beliefen sich auf Kosten von 200.000 €. Diese habe der Prozessbevollmächtigte der Klägerin bislang noch nicht in Rechnung gestellt, weil sie – so der unstreitige Klägervortrag in einem Parallelverfahren - diesen Betrag gar nicht zahlen könne. Aus dieser Aussage „Das geht doch gar nicht.“ ergebe sich, dass die Klägerin von den Kosten freigestellt sei bzw. dass sie sie nur bezahlen müsse, wenn sie es könne, nämlich wenn auf die Abmahnungen Zahlungen der Abgemahnten eingingen, was jedenfalls einem Erfolgshonorar nahekomme. 35

Das Landgericht habe Rechtsmissbrauch allein aus dem Grund verneint, dass die Klägerin vermeintlich abgestuft vorgegangen sei. Dabei habe das Gericht nicht beachtet, dass die Abgabe der begehrten Unterlassungserklärung durch alle 327 Baumärkte weder binnen der ursprünglich der Dachgesellschaft gesetzten Frist von fünf Werktagen noch binnen der verlängerten Frist möglich gewesen sei. Obwohl die Dachgesellschaft sowie die Streithelferin Vergleichsvorschläge gemacht hätten, habe die Klägerin anschließend im August 2015 Abmahnungen gegen 203 I-Gesellschaften versendet, statt auf die Angebote mit einem Gegenangebot zu reagieren. Am 10.8.2015, vor Ablauf der verlängerten Frist, habe die Streithelferin einen Vergleichsvorschlag gemacht (Anlage Fn 16). In diesem Schreiben sei u.a. aufgeklärt worden, dass die Produktwerbung mittlerweile umgestellt und die inkriminierten Produkte nicht mehr ausgeliefert würden (S. 3, 3. Abs.). Erstmalig sei die Klägerin hierüber schon in der mündlichen Verhandlung vom 16.7.2015 vor dem LG Essen in Kenntnis gesetzt worden (Anlage NI2), was waber streitig ist. Darauf habe die Klägerin derart reagiert, dass sie die Abnehmer abgemahnt habe (Bl. 549). Auf ein weiteres Schreiben der Streithelferin vom 21.8.2015 (Anlage NI17) habe die Klägerin erklärt, nach Rückkehr ihres Geschäftsführers auf die Sache zurückkommen zu wollen (Anlage NI 18), was aber nie geschehen sei. 36

Die Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt auf Basis des Verfügungsurteils gegen die Streithelferin vorgegangen. Zum Zeitpunkt der streitigen Abmahnungen vom 12.-14.8.2015 habe das Urteil des LG Hagen vom 10.7.2015 schon vorgelegen. Dieses Urteil im Verfügungsverfahren sei vollstreckbar gewesen. Die Klägerin habe jedoch nie ein Vollstreckungsverfahren gegen die Streithelferin eingeleitet und sie zu keinem Zeitpunkt aufgefordert, die im Markt befindlichen Waren zurückzurufen.	37
Das Argument, man habe den Markt schnell bereinigen wollen, greife auch deshalb nicht, weil bei 100 Märkten vor der Abmahnung nicht einmal geprüft worden sei, ob die Märkte die inkriminierte Ware überhaupt führten. Die Testbesuche, wenn sie denn stattgefunden hätten, wären ansonsten festgehalten worden. Die Abmahnungen beruhten also auf bloßem Verdacht.	38
Es habe auch keine zeitliche Dringlichkeit bestanden. So habe die Klägerin gegen die Baumärkte keine Verfügungsverfahren eingeleitet und auch nicht einleiten können.	39
Die Rechtsanwälte der Klägerin seien vor oder nach der mündlichen Verhandlung vor dem LG Hagen eigenständig tätig geworden und hätten das Internet nach Händlern abgesucht, die die Produkte mit den streitgegenständlichen Werbeaussagen anboten. Erst am 8.6.2015 (Anlage FN8) seien sie überhaupt dazu beauftragt worden. Mit E-Mail vom 8.6.2015 seien mindestens 50 Internethändler abgemahnt worden wegen Verstößen, die die Anwälte zuvor ermittelt hätten.	40
Die Jahresabschlüsse der Klägerin zeigten für 2012 und 2013 einen Gewinn von ca. 5.500 €. In 2014 habe die Klägerin einen Verlust von 60.000 € gemacht und auch das Eigenkapital sei von 300.000 € auf knapp 200.000 € gesunken (Jahresabschluss 2014, Anlage NI 29). Die Zahlen, die die Klägerin behauptet, werden bestritten.	41
Selbst wenn man Rechtsmissbrauch verneinen wollte, habe das Landgericht jedenfalls die Anträge auf Ersatz von Abmahnkosten abweisen müssen, weil die Abmahnungen der I-Märkte nach der eindeutigen Verweigerung der Abgabe einer Unterlassungserklärung durch die Dachgesellschaft, die für sämtliche I-Märkte galt, diesen gegenüber nicht erforderlich gewesen sei.	42
Die Beklagte zu 1 trägt dazu u.a. noch vor, dass sich aus dem Protokoll vor dem LG Nürnberg-Fürth (Anlage NI 23) ergebe, dass die Kosten aus Vertragsstrafen ausgeglichen würden und es sich um ein Karussell handle, in dem eingehende Vertragsstrafen und Fremdgelder zur Finanzierung der Abmahntätigkeit verwendet würden. Ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Klägerin an der Einleitung von mittlerweile über 70 Klageverfahren ergebe sich nicht. Ein abgestuftes Vorgehen werde ausdrücklich bestritten.	43
Die Beklagten zu 2-4 weisen u.a. weiter darauf hin, dass mit einer Beseitigungsklage die Marktbereinigung erfolgreich gewesen wäre. Auch bestellten die I-Märkte bei der Dachgesellschaft, so dass bei einem erfolgreichen Vorgehen gegen die Dachgesellschaft kein I-Baumarkt noch die Briefkästen/Zeitungsrollen geführt hätte. Einen Weitervertrieb durch die Gesellschafter hätte die Dachgesellschaft im eigenen Interesse verhindert.	44
Auch nur die Inanspruchnahme eines Marktes hätte gereicht, um die Verstöße abzustellen, da die I-Gesellschafter an die Dachgesellschaft und ihre 100%-ige Tochter gebunden gewesen seien. Denn sämtliche Märkte seien Gesellschafter der Dachgesellschaft und Franchisenehmer der Tochtergesellschaft	45
	46

Weiter sei zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, dass von Rechtsanwalt G eine Vielzahl von Strafanzeigen gestellt worden seien. Dabei sei das Motiv gewesen, möglichst viel Druck aufzubauen. Die Klägerin sei auch seit Jahren nicht mehr bei I gelistet, so dass kein Interesse an der Unterlassung ersichtlich sei. Ein Kunde, der im I-Baumarkt einen inkriminierten Briefkasten hätte kaufen wollen, wäre dann – ohne die inkriminierten Aussagen - möglicherweise davon abgehalten worden Burg Wächter Briefkästen zu kaufen, hätte aber dann einen anderen stationären Anbieter ausgewählt, nicht die Klägerin, die dort gar nicht vor Ort gelistet sei.

Der Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten zu 2-4 vom 22.2.2016 (Bl. 466 ff.), dem sich die Beklagte zu 1 mit Schriftsatz vom 1.3.2016 (Bl. 477 d.A.) und die Streithelferin mit Schriftsatz vom 7.3.2016 (Bl. 522 d.A.) angeschlossen haben, ist mit Beschluss vom 4.3.2016 zurückgewiesen worden (Bl. 478 d.A.) 47

II. 48

Das Versäumnisurteil des Senats ist aufrecht zu erhalten, weil es auch in der Sache begründet ist. Die zulässigen Berufungen der Beklagten und der Streithelferin haben in der Sache Erfolg. Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. 49

A. Die Unterlassungsklage ist bereits unzulässig. 50

Ist eine vorgerichtliche Abmahnung rechtsmissbräuchlich im Sinne des [§ 8 Abs. 4 UWG](#) erfolgt, so sind nachfolgende gerichtliche Anträge unzulässig (vgl. BGH, [Urteil vom 15. Dezember 2011 - I ZR 174/10](#), [GRUR 2012, 730 Rn. 47](#) = [WRP 2012, 930](#) - Bauheizgerät, m.w.N.). 51

Von einem Missbrauch im Sinne von [§ 8 Abs. 4 UWG](#) ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde, für sich genommen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele sind (vgl. BGH, [Urteil vom 6. April 2000 - I ZR 76/98](#), [BGHZ 144, 165, 170](#) - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung). Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Es reicht aus, dass die sachfremden Ziele überwiegen (BGH, [Urteil vom 6. April 2000 - I ZR 114/98](#), [WRP 2000, 1266, 1267](#) - Neu in Bielefeld II; Urteil vom 17. November 2005 - [I ZR 300/02](#), [GRUR 2006, 243 Rn. 16](#) = [WRP 2006, 354](#) - MEGA SALE). Die Annahme eines derartigen Rechtsmissbrauchs erfordert eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände (vgl. BGH, [GRUR 2012, 730 Rn. 15](#) - Bauheizgerät). Ein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung kann sich daraus ergeben, dass die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht, der Anspruchsberechtigte die Belastung des Gegners mit möglichst hohen Prozesskosten bezweckt oder der Abmahnende systematisch überhöhte Abmahngebühren oder Vertragsstrafen verlangt (vgl. [BGHZ 144, 165, 170](#) - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, [Urteil vom 5. Oktober 2000 - I ZR 237/98](#), [GRUR 2001, 260, 261](#) = [WRP 2001, 148](#) - Vielfachabmahner; Urteil vom 6. Oktober 2011 - [I ZR 42/10](#), [GRUR 2012, 286 Rn. 13](#) = [WRP 2012, 464](#) - Falsche Suchrubrik, jeweils mwN). (BGH, Urteil vom 03. März 2016 – [I ZR 110/15](#) –, juris, Rn.15). Ein Indiz für einen Missbrauch ist es auch, wenn dem Anspruchsberechtigten schonendere Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung zu Gebote stehen, er sie aber nicht nutzt (KG WRP 2008, 511, 512). 52

Vorliegend geht der Senat unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles von Rechtsmissbrauch aus. 53

1. Es ist erst in der Berufungsinstanz unter Beweis gestellt worden, in welchem Umfang die Klägerin zur Zeit der Abmahnung im Bereich des Handels mit Briefkästen tätig war. Die Zahlen, die die Klägerin vorlegt, belegen zwar möglicherweise eine frühere rege Tätigkeit. In 2012 und 2013 hat sie jedoch nur wenig Gewinn erzielt und in 2014 Verluste zu verzeichnen gehabt. Allein aus der Frachtrechnung vom 22.4.2015 (FN 1) lässt sich ein Indiz für eine Tätigkeit in größerem Umfang entnehmen, weil danach 426 Kartons Solar Briefkästen an die Klägerin verschifft worden sind, was ein Volumen von 28.930 CBM ausmacht. Weiter liegen vor eine Bescheinigung des Steuerberaters und des Geschäftsführers, dass in nicht unbedeutendem Umfang Briefkästen in 2015 verkauft worden seien. Zeugenbeweis ist insoweit nicht angetreten worden, obwohl die Beklagten die Zahlen bestritten haben. Für 2016 sind ebenfalls Angaben gemacht und erst in der Berufungsinstanz unter Beweis gestellt worden.
2. Selbst wenn man jedoch zu Gunsten der Klägerin unterstellt, dass sie in relevantem Umfang Briefkästen vertrieben hat, noch vertreibt und derart in Wettbewerb zu den Beklagten steht, dass die Durchsetzung ihrer Ansprüche dem Grunde nach nachvollziehbar ist, so sind Art und Umfang der Durchsetzung ihrer im Grundsatz bestehenden Ansprüche nicht mehr vertretbar. Es darf sich – womit sich die Klägerin u.a. verteidigt - auch ein kleiner Händler gegen große Unternehmen und komplexe Vertriebsstrukturen zur Wehr setzen. Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass aufgrund der Art des Vorgehens der Klägerin der Eindruck entsteht, dass es der Klägerin von vornherein überwiegend auf die Inanspruchnahme einer Vielzahl von Händlern ankam. 55
- a. So ist die Klägerin zwar zunächst gegen den Hersteller selbst vorgegangen und hat, als dieser auf die Abmahnung nicht reagiert hat, ein einstweiliges Verfügungsverfahren gegen ihn eingeleitet und ein für sie günstiges Urteil des Landgerichts Hagen erstritten. Es ist nachvollziehbar und wirtschaftlich sinnvoll, den Hersteller, und damit die Quelle der Störung, anzugehen. Der Sinn und Zweck eines erstrittenen Urteils liegt jedoch darin, bei Nichteinhaltung des Urteils daraus zu vollstrecken und seine Ansprüche gegen den Hersteller im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. 56
- Aber obwohl die Klägerin behauptet hat, festgestellt zu haben, dass trotz ihrer Verurteilung die Streithelferin ihre Briefkastenkennzeichnung zunächst nicht umgestellt hatte und weiter Briefkästen mit den untersagten Werbeaussagen im Handel zu finden waren, hat sie darauf verzichtet, gegen die Streithelferin aus dem Urteil zu vollstrecken. Obwohl sie erst sehr spät von der Umkennzeichnung durch die Streithelferin erfahren haben will, hat sie nicht – was naheliegend gewesen wäre - aus dem erstrittenen Urteil vollstreckt und nicht versucht, den Hersteller mithilfe des erstrittenen vorläufig vollstreckbaren Urteils zeitnah zur Umstellung zu zwingen. Dass sie davon ausgegangen wäre, dass die Herstellerin sich dem Druck des Urteils von selbst beugen würde, ist vor dem Hintergrund der Art des Auftretens der Streithelferin nicht glaubhaft. Die Klägerin hat im Ergebnis ein ihr günstiges Urteil erstritten, die Möglichkeit, die ihr das Urteil eröffnete, aber ungenutzt gelassen. 57
- b. Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, ist mangels abweichender Anhaltspunkte auch regelmäßig dahin auszulegen, dass sie nicht nur die Unterlassung derartiger Handlungen, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst (BGH, WRP 2016, 854-858 mit Verweis auf BGH, [GRUR 1977, 614, 616](#) - Gebäudefassade; vgl. BGH, [GRUR 2015, 258](#) Rn. 63 f. = [WRP 2015, 356](#) - CT Paradies; Urteil vom 30. Juli 2015 - [I ZR 250/12](#), [WRP 2016, 331](#) Rn. 28 f. - Piadina-Rückruf). Mit der Verurteilung zur Unterlassung war die Streithelferin daher nicht nur 58

verpflichtet, es zu unterlassen, die verbotenen Produkte in den Verkehr zu bringen, sondern sie war auch verpflichtet, soweit es ihr möglich und zumutbar war, Produkte, die noch bei den Zwischenhändlern lagerten, zurückzurufen. Ein Rückruf bei den Endabnehmern war ihr möglicherweise nicht zumutbar, aber bei den Zwischenhändlern, zu denen sie dauerhafte Geschäftsbeziehungen pflegt, war es ihr – wie es sich letztlich gezeigt hat – durchaus möglich. In der Entscheidung BGH, WRP 2016, 854-858 war der Klägerin durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 verboten worden, ihre Wärmepantoffeln anzubieten, zu bewerben, zu importieren und/oder in den Verkehr zu bringen. In Befolgung dieses Verbots – so der BGH - war die Klägerin nicht nur verpflichtet, den weiteren Vertrieb ihrer noch nicht verkauften Wärmepantoffeln einzustellen. Es oblag ihr auch, bereits an den Groß- und Einzelhandel verkaufte Wärmepantoffeln zurückzurufen.

Wenn die Streithelferin aus dem Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren verpflichtet war, ihre Produkte auch von Groß- und Einzelhändlern zurückzurufen, hätte die Marktbereinigung, die die Klägerin mit ihren umfangreichen Abmahnungen zu erreichen versuchte, gleichermaßen - jedoch einfacher und schonender - durch die Vollstreckung des Urteils gegen die Streithelferin erreicht werden können. Hätte sie aus dem Urteil vollstreckt, hätten der Klägerin Ordnungsmittel zur Verfügung gestanden, um die Streithelferin zum Rückruf zu zwingen unabhängig davon, ob sich die Streithelferin bereit gezeigt hatte, das Urteil des LG Hagen anzuerkennen oder nicht. Für die sofortige vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils war die innere Einstellung der Streithelferin unerheblich. 59

c. Die Klägerin hat im Termin vom 21.10.2016 zwar vortragen lassen, dass sie, und auch ihr Prozessbevollmächtigter, nicht gewusst hätten, dass die Herstellerin aufgrund des Urteils auch zum Rückruf verpflichtet gewesen sei, deshalb könne ihr die Nichtkenntnis einer prozessualen Möglichkeit aus dem Urteil nicht im Rahmen eines Rechtsmissbrauchs angelastet werden. 60

Dagegen spricht jedoch bereits das eigene vorgerichtliche Verhalten der Klägerin. Im Schreiben an die I vom 7.8.2015 (FN 17) hat ihr Prozessbevollmächtigter geschrieben, dass seine Mandantin eigentlich angenommen habe, „dass Burg Wächter die entsprechende Verpflichtung von sich aus umsetzen würde“, stattdessen habe man zur Kenntnis nehmen müssen, dass Burg Wächter ernstlich fordere, dass seine Mandantin gegen die Baumarktketten vorgeht. Es sei ein völliges Novum für den Unterzeichner, dass ein Hersteller einerseits gerichtliche Urteile bei seinen Kunden meint, nicht umsetzen zu müssen, andererseits aber versuche, die Ansprüche dadurch abzuwehren, in dem er gerichtlich argumentiere, dass es dem Wettbewerber nicht ernst sei und dieser unzulässig vorgehe, weil er seine großen Abnehmer nicht abmahne. 61

Hieraus lässt sich ersehen, dass die Klägerin, jedenfalls der sie beratende Anwalt, durchaus wusste, dass es die Pflicht des Herstellers ist, die Verpflichtung aus dem Urteil „bei seinen Kunden“ umzusetzen. Weil die Streithelferin dies nicht getan hatte, sei es – so die Klägerin - dann erforderlich geworden, die Kunden abzumahnern. Die Marktbereinigung im Wege der Urteilsvollstreckung durchzusetzen, hat die Klägerin, obwohl sie selbst davon ausgegangen war, dass die Herstellerin das Urteil „bei ihren Kunden“ umzusetzen hatte, unversucht gelassen. 62

d. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Klägerseite von einer Rückrufpflicht und ihrer Durchsetzung durch Ordnungsmittel keine Kenntnis gehabt haben sollte, hat die Klägerin behauptet, erst sehr spät von der Umstellung der Streithelferin Kenntnis erlangt zu haben. Die Umkennzeichnung war jedoch die Pflicht der Streithelferin unabhängig von der Möglichkeit des Rückrufs, zu der sie in jedem Fall durch das Urteil titulierte verpflichtet war. 63

- Das OLG München hat in seinen Urteilen vom 27.10.2016 zwar ausgeführt, dass es keine Pflicht des Gläubigers gebe, zuerst gegen den Hersteller zu vollstrecken. Die Klägerin habe damit rechnen müssen, im Ordnungsmittelverfahren einen schuldhaften Verstoß der Herstellerin nicht darlegen zu können, weil ihr nicht bekannt gewesen sei, welchen Einfluss die Herstellerin auf die Händler hat. Es habe der Klägerin freigestanden, den Abverkauf der Ware dadurch zu verhindern, dass sie die ihr zustehenden Unterlassungsansprüche auch gegen die Händler geltend macht (vgl. etwa OLG München, Urteil vom 27.10.2016, 29 U 1152/16, S. 21, FN 313). Es steht einem Gläubiger selbstverständlich frei, aus einem erstrittenen Urteil vorzugehen oder darauf zu verzichten. Wenn jedoch das, was mit dem Urteil durchgesetzt werden kann, dem Schuldner des Titels gegenüber nicht durchgesetzt wird, aber im Wege der Abmahnung und Verfahrenseinleitung gegenüber einer Vielzahl von Händlern durchzusetzen versucht wird, stellt sich die Frage, weshalb überhaupt ein Urteil gegen den Hersteller erstritten wurde, wenn dieses letztlich nicht genutzt wird. Die Klägerin hat im Verfahren nicht nur behauptet, dass noch Ware bei Händlern vorhanden gewesen sei, sondern auch, dass die Herstellerin selbst nicht zeitnah auf das Urteil des Landgericht Hagen mit Umkennzeichnung reagiert, sondern ihre Verstöße fortgesetzt habe. Eine Erklärung, warum diese Verstöße auf Herstellerseite, die unabhängig sind von der Kenntnis der Möglichkeit eines Rückrufs bestanden und für die die Streithelferin in jedem Fall verantwortlich war, trotz vollstreckbaren Urteils geduldet wurden, gibt die Klägerin nicht. 64
3. Ein weiterer Umstand, der die Motivation der Klägerin nicht schutzwürdig erscheinen lässt, liegt darin, dass die Klägerin, der es nach ihren Angaben stets um Marktbereinigung ging, zunächst 71 Online-Händler abgemahnt hat, obwohl sie wusste, dass die Waren der Streithelferin in den großen Baumärkten platziert waren. Die Baumärkte wurden erst abgemahnt, nachdem die Klägerin von der Gegenseite darauf hingewiesen wurde, dass es rechtmisbräuchlich erscheine, nur gegen Online-Händler vorzugehen und die großen Märkte außen vor zu lassen. Wenn man um eine effektive Marktbereinigung bemüht ist, hätte es nahegelegen in erster Linie gegen große Baumärkte vorzugehen. Dass der Nachweis der Rechtsverletzung bei Online-Händlern aufgrund der Produktbilder leichter sei, erscheint nicht überzeugend, weil die Klägerin selbst behauptet hat, schon im Frühsommer von der Platzierung der inkriminierten Ware in den Baumärkten gewusst zu haben. 65
4. Weiter spricht für einen Rechtsmissbrauch, dass selbst wenn man mit dem OLG München (s.o.) davon ausgeht, dass die Klägerin – trotz des vorläufig vollstreckbaren Urteils gegen die Herstellerin - grundsätzlich nicht gehindert war, ihren gegenüber den Händlern bestehenden Unterlassungsanspruch auch diesen gegenüber geltend zu machen, die weiteren Abmahnungen gegenüber den einzelnen I-Gesellschaften sich jedenfalls als sinnlos darstellen. 66
- a. Zutreffend ist zwar, dass mit der Abmahnung der I-Dachgesellschaft noch keine förmliche Abmahnung unmittelbar gegenüber den einzelnen Gesellschaften vorlag. Davon gehen das OLG München und das OLG Düsseldorf (vgl. etwa Urteil vom 17.5.2016 – I-20 U 161/15) aus. Sie meinen, dass die Klägerin die einzelnen Gesellschafter nicht über die I-Zentrale habe abmahnen können. Dies wäre nur dann möglich gewesen, wenn die Zentrale das Schreiben weitergeleitet hätte, worauf die Klägerin keinen Einfluss gehabt habe. Dem Lösungsvorschlag der Klägerin sei die Zentrale aber gerade nicht näher getreten, so dass die Klägerin wie angekündigt, die Abmahnschreiben einzeln an die Gesellschafter habe richten müssen. 67
- b. Dieser Begründung schließt sich der erkennende Senat nicht an. Die Abmahnung an die I-Dachgesellschaft sollte – so die erkennbare Absicht der Klägerin auch aus Sicht der 68

Oberlandesgerichte München und Düsseldorf - von dieser an ihre Gesellschaften weitergeleitet werden und es sollte von allen Unterlassungserklärungen abgegeben werden. Da die Weiterleitung der Abmahnung nicht mehr in der Hand der Klägerin lag, sondern von der Dachgesellschaft abhing, wird man mit den Oberlandesgerichten Düsseldorf und München davon ausgehen müssen, dass damit noch keine formale Abmahnung der einzelnen Gesellschafter der I erfolgt war.

Eine Abmahnung hat jedoch den Zweck, Streitigkeiten über Unterlassungspflichten nach Verletzungshandlungen ohne Inanspruchnahme der Gerichte zu regeln (vgl. Köhler/Bornkamm-Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 12 Rn. 1.4). Das Abmahnverfahren dient dem Gläubiger, weil er rasch ein dem gerichtlichen Unterlassungstitel nachgebildetes Instrument an die Hand bekommt. Es liegt aber auch im Interesse des Schuldners, der auf diese Weise dem an sich bestehenden Unterlassungsanspruch die Grundlage entziehen und den Gläubiger klaglos stellen kann, ohne dass Kosten eines Gerichtsverfahrens anfallen (Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.3, m.w.N.). Neben diesem auf Kostenvermeidung gerichteten Zweck, hat die Abmahnung auch den Sinn, den Schuldner, der sich möglicherweise des Rechtsverstoßes nicht bewusst ist, zu warnen (Köhler/Bornkamm, a.a.O.). Diese Zwecke konnten mit den Abmahnungen gegen die weiteren I-Gesellschaften aus Sicht der Klägerin nicht mehr erreicht werden. Die Klägerin – auch wenn sie die Struktur der I-Gesellschaften nicht gekannt haben mag – ist damals ersichtlich davon ausgegangen, dass die I Dachgesellschaft für alle Gesellschaften entscheiden konnte. Sie hat die Abmahnung zentral verschickt und gebeten, diese an alle weiterzuleiten, weil eine Unterlassungserklärung nur der Dachgesellschaft nicht ausreiche. Die Klägerin ging danach davon aus, dass die Dachgesellschaft die Abgabe der Unterlassungserklärung aller Gesellschaften zentral steuern konnte. Folgerichtig musste sie dann auch davon ausgegangen sein, dass auch eine abschlägige Antwort zentral gesteuert werden konnte.

69

c. Diese Annahme der Klägerin wurde bestätigt und verstärkt durch die auf die Abmahnung hin erfolgte Reaktion der I Dachgesellschaft sowie des Rechtsanwalts Dr. Q. Die I Dachgesellschaft hat am 7.8.2015 geschrieben, dass man ggfls „die Franchisenehmer entsprechend auffordern werde, welche sodann ggfls. die geforderten Erklärungen abgeben würden“. Des Weiteren wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass vor diesem Hintergrund weitere Abmahnschreiben „an unsere FN nicht vonnöten“ seien. Anschließend hat Rechtsanwalt Dr. Q unter dem 12.8.2015 (FN15) geantwortet und als „Vorgang“ bezeichnet: „Abmahnung der „I“ und sämtliche ihrer Gesellschafter ...“. Rechtsanwalt Dr. Q hat sich dann als ständiger Vertreter der I Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG sowie – soweit vonnöten – ihrer Gesellschafter“ bestellt. Weiter schreibt er stets von „den von ihm Vertretenen“ und zwar im Plural, so dass - auch aus Sicht der Klägerin - erkennbar nicht nur für die Dachgesellschaft, sondern auch für die anderen Gesellschaften geantwortet werden sollte.

70

d. Dass die Klägerin die Antwortschreiben der I Dachgesellschaft und des Rechtsanwalts Dr. Q auch als Antwort namens der weiteren Gesellschaften verstanden hatte, hat die Klägerin in der Klageschrift selbst eingeräumt. Sie hat auf. S 9 vorgetragen, dass die Rechtsanwälte T – „ohne tatsächlich die Mandate zu haben“ – „namens aller Ifranchiser“ aufgetreten seien. Daraus folgt, dass die Klägerin bis zum späteren Erhalt der Reaktionen der einzelnen Gesellschaften davon ausgegangen ist, dass die Rechtsanwälte T auch im Namen der einzelnen I Gesellschaften aufgetreten sind. Weiter nahm die Klägerin an, dass die I Dachgesellschaft die Abmahnung an die weiteren Gesellschaften weitergeleitet hatte, dass diese also bereits über die Dachgesellschaft von den Verstößen wussten, wie es die Klägerin mit ihrer zentralen Abmahnung auch beabsichtigt hatte. Dies ergibt sich auch aus einer E-

71

Mail-Korrespondenz mit einer Gesellschaft vom 13.8.2015 (FN 20), in der es heißt: „anbei sind die besprochenen Anlagen. Wie Sie ersehen können, hätten Sie schon informiert sein sollen (und müssen). Ärgerlich, dass die Zentrale hiervon absah.“ Wissend dass ein für alle Gesellschaften bestellter Rechtsanwalt die Unterwerfung abgelehnt hat und in der Annahme, dass die Gesellschaften bereits über die Dachgesellschaft von der Abmahnung in Kenntnis gesetzt worden sind, kann eine weitere Abmahnung von 203 Gesellschaften nicht mehr als überwiegend von sachlichen Gründen getragen angesehen werden.

e. Die Dachgesellschaft hat nicht - wie von der Klägerin vorgegeben - dafür gesorgt, dass für alle Franchisenehmer einheitlich Unterlassungserklärungen abgegeben werden, sondern hat für alle einheitlich die Abgabe einer solchen Unterlassungserklärung verweigert. Soweit die Klägerin – unabhängig davon, inwieweit sie Kenntnis von den tatsächlichen Strukturen bei I hatte - erkennbar davon ausgegangen war, dass die Dachgesellschaft die Entscheidung über die Unterwerfung einheitlich regeln konnte, musste sie folglich auch damit rechnen, dass eine etwaige Verweigerung einheitlich von der Dachgesellschaft erklärt werden könnte und würde. Weshalb die Unterwerfung einheitlich organisiert, die Verweigerung aber von jeder einzelnen Gesellschaft hätte erklärt werden müssen, ist nicht ersichtlich. 72

f. Für den Fall, dass eine Abmahnung von einem zum selben Konzern gehörenden Unternehmen ausgesprochen wurde und erfolglos war, hat der BGH entschieden, dass es dann abzusehen sei, dass eine zweite Abmahnung ebenso wenig Erfolg haben werde wie die erste (vgl. BGH WRP 2002, 320, 322, Ziff.. I 2 b) bb) mit Verweis auf OLG Saarbrücken, WRP 1990 548 ff.). Entsprechendes muss im vorliegenden Fall gelten, in dem die Dachgesellschaft abgemahnt wird in der Erwartung, eine einheitliche Unterwerfung erreichen zu können. In solch einem Fall muss bei einer – erkennbar für alle - erklärten Ablehnung davon ausgegangen werden, dass die Abmahnung der weiteren Gesellschaften ebenso wenig Erfolg haben wird wie die erste Abmahnung gegenüber der Dachgesellschaft. Die Klägerin hat demnach mit dem Wissen, dass die Dachgesellschaft, die aus Sicht der Klägerin diejenige war, die die Dinge bei der I steuerte, eine Unterwerfung für sich und ihre Gesellschafter ablehnte, 203 I Gesellschaften abgemahnt, ohne ernsthafte Aussicht darauf, dass von diesen Unterlassungserklärungen abweichend zur Entscheidung der Dachgesellschaft abgegeben werden würden. Die Klägerin musste gemäß ihren eigenen Annahmen davon ausgehen, dass die I Gesellschaften der Entscheidung ihrer Dachgesellschaft folgen würden, so dass mit den weiteren Abmahnungen weder der Zweck der Kostengünstigkeit noch der der Warnfunktion erreicht werden konnte. 73

g. Auch mit der Argumentation, dass bei einem unmittelbaren gerichtlichen Vorgehen gegen die einzelnen Gesellschaften der Klägerin der Einwand des § 93 ZPO entgegengehalten worden wäre, kann die Klägerin nicht durchdringen. Denn auch wenn eine Abmahnung grundsätzlich nicht als missbräuchlich angesehen werden kann, soweit sie für eine zu erhebende Klage erforderlich ist, um im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses (§ 93 ZPO) Kostennachteile zu vermeiden (vgl. BGH Urteil vom 17.1.2002, I ZR 241/99, WRP 2002, 320, 322 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung), drohen im vorliegenden Fall keine Nachteile für die Klägerin. Der BGH hat in der oben zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1990 ausgeführt, dass zwar in der erfolglosen Abmahnung eines Dritten nicht notwendig ein Grund gesehen wird, eine weitere Abmahnung für entbehrlich zu halten. Eine Abmahnung sei aber jedenfalls dann nicht geboten, wenn abzusehen sei, dass eine zweite Abmahnung ebenso wenig Erfolg haben werde wie die erste (vgl. BGH, a.a.O. mit Verweis auf OLG Saarbrücken, WRP 1990, 548,549). Wenn die Klägerin im vorliegenden Fall unmittelbar nach der Ablehnung durch die I-Zentrale unmittelbar alle anderen Gesellschaften verklagt hätte, hätte ihr nicht der Einwand des § 93 ZPO entgegengehalten werden können, weil mit der Ablehnung durch die Zentrale – 74

und zwar ausdrücklich auch für ihre Gesellschafter - auch Letztere gegenüber der Klägerin hinreichend Anlass zur Klage gegeben hätten. Da die Klägerin die Dachgesellschaft abgemahnt hatte mit der Maßgabe, Unterlassungserklärungen von allen Gesellschaftern herbeizubringen, hätte ihr im Fall der unmittelbaren gerichtlichen Geltendmachung eine fehlende Veranlassung zur Klage nicht vorgeworfen werden können.

5. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin der I Dachgesellschaft eine nur sehr kurze Frist von 41/2 Werktagen gesetzt hat, auch wenn diese bis zum 12.8.2015 verlängert wurde. Auch wenn Rechtsanwalt Dr. Qs bereits von der Problematik gewusst haben und daher von der Abmahnung der Dachgesellschaft nicht überrascht worden sein sollte, war diese Frist zu kurz, um – wie von der Klägerin erwartet – von allen Gesellschaften Unterlassungserklärungen einholen zu können. Die kurze Fristsetzung war auch durch nichts begründet. Da ein Vorgehen gegen die einzelnen I Gesellschafter im Wege der einstweiligen Verfügung im August 2015 wegen fehlender Dringlichkeit – die Klägerin wusste von den Waren bei I seit Mai 2015 - nicht mehr möglich war, ist die als Begründung für die kurze Fristsetzung angeführte Eilbedürftigkeit nicht nachvollziehbar und unterstützt vielmehr die Vermutung, dass es der Klägerin nicht ernsthaft darum ging, die weiteren 203 Abmahnungen zu vermeiden. 75

6. Weiter ist zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, dass die Abmahntätigkeit nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zu ihrer gewerblichen Tätigkeit steht. Unabhängig von den Umsatzzahlen hat die Klägerin unbestritten vorgetragen, dass der Geschäftsführer die Gesellschaft bei den Rechtsverfolgungskosten unterstütze und generell erhebliche Mittel aus dem eigenen Vermögen beisteuere. Damit ist unstreitig, dass die Klägerin ohne Drittmittel nicht in der Lage wäre, die Kosten der Rechtsverfolgung aufzubringen. 76

7. Soweit bei der Frage des Vorliegens von Rechtsmissbrauch auch das Verhalten des Schuldners nach der Abmahnung zu berücksichtigen ist, ist der Klägerin zuzugeben, dass die Streithelferin sowie die durch sie beratene I Dachgesellschaft und deren Gesellschafter sich nach der Abmahnung zunächst wenig einsichtig oder deeskalierend gezeigt und zum Teil auch falsche Angaben gemacht haben mögen, die eine Vielzahl von Strafanzeigen zur Folge hatte. Dies sind jedoch alles Umstände, die nach dem Zeitpunkt der Abmahnung der I Gesellschaften liegen, wobei diese Abmahnungen bereits zum damaligen Zeitpunkt rechtsmissbräuchlich waren. Erweist sich eine vorgerichtliche Abmahnung als rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG, so fehlt es für ein gerichtliches Vorgehen an der Prozessführungsbefugnis und sind nachfolgende gerichtliche Anträge unzulässig (st. Rspr.: vgl. nur BGHZ 144, 165, 170 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, Urteil vom 17.1.2002 I UR 241/99, BGHZ 149, 371, 379 f. – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; BGH GRUR 2012, 730, Rn. 47 – Bauheizgerät, m.w.N.). Erfüllt hingegen die vorgerichtliche Abmahnung nicht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG, so bleibt es dabei, dass die Frage, ob die nachfolgende gerichtliche Anspruchsdurchsetzung als rechtsmissbräuchlich zu bewerten ist, unter Berücksichtigung sämtlicher, auch im Verfahrensverlauf auftretender Umstände zu beurteilen ist (BGH, Urteil vom 3.3.2016 – I ZR 110/15, Rn. 18 – Herstellerpreisempfehlung bei Amazon). Da die Abmahnung bereits zum Zeitpunkt ihrer Erklärung rechtsmissbräuchlich war, kommt es auf das Verhalten der Beteiligten im weiteren Verlauf nicht an. Eine einmal rechtsmissbräuchliche Abmahnung wird nicht durch ein nachfolgendes fehlerhaftes oder negatives Verhalten der Gegenseite nicht wieder zulässig. 77

8. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

9. Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der bloße Umstand, dass mehrere Prozesse über vergleichbare Ansprüche der Klägerin geführt werden und andere Oberlandesgerichte die Klage nicht wegen Rechtsmissbrauchs abgewiesen und damit einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen haben (z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.5.2016 – I-20 U 161/15, OLG Stuttgart, Urteil vom 1.9.2016, 2 U 24/16, OLG München, Urteil vom 27.10.2016, 29 U 1152/16), begründet noch keine Divergenz i.S. des [§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO](#). Von einer Divergenz in diesem Sinne ist vielmehr nur dann auszugehen, wenn den Entscheidungen sich widersprechende abstrakte Rechtssätze zugrunde liegen ([BGHZ 151, 42, 45](#); [152, 182, 186](#); BGH, [Urt. v. 16. September 2003 - XI ZR 238/02](#), [WM 2003, 2278](#)). Hier dagegen beruhen die gegenteiligen Urteile auf der Würdigung des jeweils vorgetragenen Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht. Ob der Tatrichter auf dieser Grundlage etwa ein sittenwidriges Verhalten einer Partei annimmt, obliegt grundsätzlich seiner abschließenden Beurteilung und ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1676, Rn. 2). Entsprechendes muss bei der Prüfung gelten, ob rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt.

79

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 80.000 EUR festgesetzt.

80

81