Oberlandesgericht Hamm, 4 U 1/09

Datum:	30.04.2009
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 U 1/09
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2009:0430.4U1.09.00

Vorinstanz:	Landgericht Essen, 45 O 54/08

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 24. Oktober 2008 verkündete Ur-teil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.135,50 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. November 2007 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der durch die Anrufung des örtlich unzuständigen Landgerichts Duisburg entstandenen Kosten. Diese fallen dem Kläger zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e 1

A. 2

Am 05.05.1997 gab der Beklagte, handelnd unter der Firma J, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, die der Kläger annahm, wonach er sich verpflichtete, es bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Vertragsstrafe in Höhe von 6.000,- DM (= 3.067,75 €) zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für das Mittel "L u.a. wie 3

folgt zu werben:

> "Ein Q10-Defizit kann dazu führen, dass diesen Organen nicht mehr die nötige Energiemenge zur Verfügung steht. Das heißt: Ihre natürlichen Körperfunktionen könnten beeinträchtigt werden." 4

Am 23.03.1998 gab der Beklagte für die Firma J eine weitere Unterwerfungserklärung ab, die der Kläger annahm. Danach bestand die Verpflichtung, es zu unterlassen, u.a. mit folgender Aussage zu werben: 5

> "Sie sorgen dafür, dass die Neubildung der Zellen aktiviert, dass sich deren Widerstandkräfte erhöhen und dass den Körperzellen geholfen wird, fit und gesund bis ins hohe Alter zu bleiben (...)." 6

Für jeden Fall einer zukünftigen Zuwiderhandlung wurde die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen, deren Höhe der Kläger nach billigem Ermessen bestimmen sollte und deren Angemessenheit im Streitfall durch das Landgericht Essen zu überprüfen sein sollte. 7

Im Oktober 2007 fand sich im Internet wiederum eine Werbung für das streitgegenständliche Produkt R. Nach dem Impressum handelte es sich um eine Werbung der J GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war und ist. Diese GmbH existierte in den Jahren 1997 und 1998 noch nicht. In der Internetwerbung heißt es u.a.: 8

> "Wissenschaftliche Studien haben erwiesen, dass Q10 ein wichtiges Glied in der Atmungskette der Zellen ist. Um diese Kette ständig in Gang zu halten, benötigt der Körper täglich wertvolles Q10. Nur so ist gewährleistet, dass die Neubildung der Zellen aktiviert wird, sich deren Widerstandskräfte erhöhen und somit den Körperzellen geholfen wird, fit bis ins hohe Alter zu bleiben!". 9

Nach einer Grafik zum abnehmenden Verlauf der körpereigenen Q10-Produktion heißt es weiter: 10

> "Organe wie Herz, Leber, Nieren, Milz und Bauchspeicheldrüse, welche große Mengen an Energie benötigen, sollten einen hohen Q10-Spiegel haben. Schon bei einem Q10-Mangel von nur 25 % ist es möglich, dass diesen Organen die nötige Energie fehlt und sie dadurch in ihren natürlichen Funktionen beeinträchtigt werden könnten." 11

Mit Schreiben vom 29.10.2007 (Anl. K 8) forderte der Kläger von dem Beklagte die seines Erachtens verwirkte Vertragsstrafe in Höhe von 3.067,75 € aus der Vertragsstrafenvereinbarung vom 05.05.1997. Mit Schreiben vom 29.10.2007 (Anl. K 12) forderte der Kläger von ihm wegen der seines Erachtens verwirkten Vertragsstrafe aus der Vertragsstrafenvereinbarung die Zahlung weiterer 3.067,75 €. Der Beklagte kam dem Zahlungsverlangen des Klägers nicht nach. 12

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger nunmehr die Verwirkung von zwei Vertragsstrafen und damit die Zahlung von insgesamt 6.135,50 € geltend gemacht. Er hat gemeint, der Beklagte sei passivlegitimiert und die geforderten Vertragsstrafen seien der Höhe nach angemessen. 13

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat seine Passivlegitimation in Abrede gestellt, da es sich bei der Internetwerbung um die Werbung einer juristischen Person handele. Abgesehen davon seien Verstöße gegen die Unterwerfungserklärungen nicht zu erkennen. Keinesfalls könne von einer zweifachen Verwirkung der Vertragsstrafe 14

ausgegangen werden, da die vom Kläger gerügten Werbeaussagen auf einer Internetseite stünden. Die Verfolgung der Vertragsstrafen sei zudem rechtsmissbräuchlich, denn unter Berücksichtigung der sog. Health-Claim-Verordnung seien die getätigten Werbeaussage nicht als irreführend anzusehen. Letztlich hat sich der Beklagte auch gegen die Höhe der verlangten Vertragsstrafen gewandt und dazu u.a. vorgetragen, der Kläger habe gegen ihn ein Ordnungsmittel festsetzen lassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die damaligen Unterlassungserklärungen seien durch den Beklagten für das Einzelhandelsunternehmen J abgegeben worden. Der Beklagte habe diese nicht persönlich, sondern als Gewerbetreibender für die Werbung seiner Einzelhandelsfirma abgegeben. Die nunmehr beanstandete Werbung der GmbH sei keine Werbung der damals mit den Unterlassungserklärungen verpflichteten Einzelhandelsfirma, sondern einer eigenständigen separaten juristischen Person. Die Fa. J GmbH sei selbst nicht durch die damaligen Unterlassungserklärungen verpflichtet worden, was auch nicht möglich gewesen wäre, da die GmbH zum Zeitpunkt der Abgabe der Unterlassungserklärungen noch nicht bestanden habe. Soweit die J GmbH mit der beanstandeten Werbung gegen die Vorschriften des UWG verstoßen habe, sei sie nicht Vertragspartnerin der damals abgegebenen Unterlassungsverträge geworden und würde deshalb nicht haften. Die Werbung der GmbH sei dem Beklagten in Bezug auf die Unterlassungserklärungen persönlich auch nicht zuzurechnen. 15

Der Kläger greift das Urteil mit seiner Berufung an, mit der er geltend macht, das Landgericht verneine zu Unrecht die persönliche Verantwortlichkeit des Beklagten für die beiden Verstöße. Der Einzelkaufmann könne in haftungsrechtlicher Hinsicht nicht den Mantel seiner Firma ablegen, um sich dann den Mantel einer GmbH überzustreifen, um seiner als Einzelkaufmann eingegangenen Verpflichtungen ledig zu sein. Dieser bleibe vielmehr persönlich für alle Verpflichtungen verantwortlich, die er als Einzelhandelskaufmann eingegangen sei. Bei den beiden Unterlassungserklärungen, die der Beklagte abgegeben habe, handele es sich um persönliche Verpflichtungen. Den eingegangenen Verpflichtungen sei er nicht enthoben, weil er nunmehr Geschäftsführer einer GmbH sei, möge er auch für diese handeln. Der Beklagte habe aufgrund seiner Stellung als Geschäftsführer die Möglichkeit und die Pflicht gehabt, die wettbewerbswidrige Werbung des Unternehmens zu unterbinden. 16

Der Kläger beantragt, 17

> das landgerichtliche Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an ihn 6.135,50 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. November 2007 zu zahlen. 18

Der Beklagte beantragt, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen und meint, das Landgericht gehe zutreffend davon aus, dass kein Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Vertragsstrafe bestehe. Die von dem Kläger beanstandete Werbung aus dem Jahre 2007 sei von der J GmbH geschaltet worden. Die Unterlassungserklärungen aus den Jahren 1997 und 1998 seien demgegenüber von dem Beklagten als Einzelkaufmann für das damalige Einzelhandelsunternehmen J abgegeben worden. Die GmbH habe hierdurch nicht verpflichtet werden können. Eine für ein Einzelhandelsunternehmen abgegebene Unterlassungserklärung beinhalte keine persönliche 21

Verpflichtung des Inhabers des Unternehmens. Die Unterlassungserklärungen seien ausschließlich für das Einzelhandelsunternehmen Fa. J abgegeben worden, nicht aber für ihn persönlich.

Eine Vertragsstrafe sei auch deshalb nicht verwirkt, weil die von der J GmbH verwendeten Aussagen nicht identisch seien mit den Aussagen, für die von der Fa. J in den Jahren 1997 und 1998 Unterlassungserklärungen abgegeben worden seien. Diese seien in ihrem charakteristischen Kern nicht identisch. Erneut sei auch darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich der beiden beanstandeten Aussagen eine Handlungseinheit vorliege, weil beide Aussagen in einem Internetauftritt veröffentlicht worden seien, so dass allenfalls eine Vertragsstrafe verwirkt sei. Im Übrigen wäre eine Vertragsstrafe von 3.067,75 € zu hoch bemessen. 22

Hinsichtlich beider Aussagen sei zu beachten, dass sie so nicht mehr als Verstoß gegen Irreführungsverbote angesehen werden könnten, denn der wissenschaftliche Stand sei inzwischen so weit fortgeschritten, dass die Aussagen nicht mehr als irreführend zu betrachten seien. Die getroffenen Aussagen wären in dieser Form im Rahmen der Health-Claims Verordnung ((EG) Nr. 1924/2006) zulässig. Die beanstandeten Aussagen seien durch die Liste der FSA gedeckt und damit wissenschaftlich nachgewiesen. Die fraglichen Aussagen, für die der Beklagte vor 10 Jahren Unterlassungserklärungen abgegeben habe, seien heute nicht mehr zu beanstanden. Insoweit werde angeregt, das Verfahren nach § 148 ZPO auszusetzen, bis eine endgültige Veröffentlichung der Anhangsliste zu Art. 13 der Health-Claims-Verordnung am 31.01.2010 erfolge. Die Geltendmachung der Vertragsstrafe sei insofern auch rechtsmissbräuchlich, weil nämlich das streitgegenständliche Verhalten nicht mehr wettbewerbswidrig sei und er, der Beklagte, den Unterwerfungsvertrag hätte kündigen können. 23

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 24

B. 25

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Er kann von dem Beklagten aus § 339 S. 2 BGB in Verbindung mit den beiden Vertragsstrafevereinbarungen vom 05.05.1997 und vom 23.03.1998 die Zahlung der geltend gemachten Vertragsstrafen von zusammen 6.135,50 € verlangen. 26

I. 27

Es liegen wirksam zustande gekommene Vertragsstrafevereinbarungen zwischen den Parteien vor. Eine Beendigung der Vereinbarungen hat vor den geltend gemachten Zuwiderhandlungen nicht stattgefunden. Soweit mit dem Ablehnungsschreiben vom 09.11.2007 auch eine Kündigung ausgesprochen worden ist, so ist diese jedenfalls erst im Anschluss an die erneute Veröffentlichung erfolgt. 28

II. 29

Der Beklagte selbst ist, anders als vom Landgericht angenommen, Verpflichteter aus diesen Vereinbarungen. Der Beklagte war Inhaber der Einzelhandelsfirma J. Er hat die Unterlassungserklärungen nicht etwa nicht für sich und nur für die Firma abgegeben, weil er nämlich selbst die Einzelhandelsfirma war. Einzelhandelsunternehmung und Inhaber sind insoweit nicht trennbar, § 17 I HGB. Die Firma ist ihrerseits nicht eigenständig eine rechtsfähige Person. Der Beklagte selbst ist hieraus verpflichtet und insofern auch 30

verantwortlich für die Verstöße, die nunmehr durch die J GmbH, deren Geschäftsführer er ist, erfolgt sind. Er bleibt, wie vom Kläger gerügt, in Persona auch im Rahmen seiner Funktion als Geschäftsführer der (neuen) GmbH aus den Unterlassungsverträgen verpflichtet, und kann nunmehr nicht auf eine neue und andere Organisationseinheit verweisen. Der persönlich verpflichtete Unterlassungsschuldner handelt verantwortlich und schuldhaft, wenn er sich nunmehr eines Dritten bedient oder als Organ oder Geschäftsführer eines Dritten (juristische Person, Gesellschaft) (zuwider-) handelt oder, wenn er dies könnte, den Verstoß nicht verhindert (vgl. Senat GRUR 1979, 873 und 1979, 807; Ahrens-Spätgens, Kap. 64. Rn. 70; Teplitzky, Kap. 57 Rn. 26; jew. m.w.N.). Dabei ist auch mangels anderweitigen Vortrags davon auszugehen, dass der Beklagte in seiner Funktion als Geschäftsführer der GmbH vorliegend den Verstoß selbst veranlasst oder jedenfalls trotz entsprechender Möglichkeit nicht verhindert hat.

III. 31

Die geltend gemachten Zuwiderhandlungen gegen die beiden in Rede stehenden Vertragsstrafevereinbarungen sind zu bejahen. 32

Die Frage, ob das Handeln eine Zuwiderhandlung darstellt, bestimmt sich nach der durch Auslegung zu ermittelnden Reichweite des Unterlassungstitels, wobei nach allgemeiner Auffassung nicht nur identische, sondern auch abgewandelte, aber denselben Kern und damit das Charakteristische enthaltende Handlungsformen erfasst werden. 33

Was die Unterlassungserklärung vom 05.05.1997 angeht, so ist das Charakteristische in der neuen (Internet-) Werbung aus 2007 wiederum, und zwar insofern kerngleich mit dem in Rede stehenden Verbot dahin, dass bei einem Defizit oder nunmehr einem Mangel "von nur 25 %" des in Rede stehenden Q 10 den betreffenden Organen die nötige Energie fehlt und so ihre natürlichen Funktionen beeinträchtigt werden können. 34

In Bezug auf die Unterlassungserklärung vom 23.03.1998 ist in dem neuen Internetauftritt wiederum geäußert, dass das Coenzym Q 10 die Neubildung der Zellen aktiviere, die Widerstandskräfte erhöhe und den Körperzellen geholfen werde, fit bis ins hohe Alter zu bleiben. Die Inhalte sind im Kern gleich. 35

Das erforderliche Verschulden zumindest in Form der Fahrlässigkeit ist zu bejahen. 36

IV. 37

Die Zuwiderhandlungen sind auch nicht deshalb irrelevant, weil die Aussagen – so die Auffassung der Beklagten – nunmehr nicht mehr als Verstoß gegen Irreführungsverbote angesehen werden müssten, weil der wissenschaftliche Stand in diesem Zusammenhang fortgeschritten sei und weil die Aussagen nunmehr nach der Health-Claims-Verordnung ((EG) Nr. 1924/2006) zulässig seien. 38

Dies gilt zum einen schon deshalb, weil eine entsprechende Liste bis dato überhaupt nicht veröffentlicht ist. Zum anderen beinhaltet diese Liste nicht die konkreten hier fraglichen Aussagen. 39

Abgesehen davon wäre zu berücksichtigen, dass das Unterlassungsverhältnis, etwa bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder etwa bei einer Gesetzesänderung, durch eine Kündigung, unter den entsprechenden Voraussetzungen grundsätzlich nur für die Zukunft beseitigt werden kann (vgl. Ahrens-Achilles, 6. Aufl. 2009, Kap. 7 Rn. 39 f.). Eine vorherige 40

Kündigung war hier indes schon rein formal nicht erfolgt. Allenfalls könnte der Geltendmachung eines eindeutig vernichtungsreifen Vertragsstrafenanspruchs trotz versäumter Kündigung in Ausnahmefällen einmal der Rechtsmissbrauchseinwand entgegengehalten werden, wenn ohne jeden Zweifel für jedermann erkennbar feststeht, dass der hinter der vertraglichen Absicherung stehende gesetzliche Unterlassungsanspruch erloschen ist und es deshalb der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit schaffenden Kündigungserklärung nicht mehr zwingend bedarf (a.a.O. Rn. 40 m.w.N.; Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.164). Ein solcher Fall liegt ersichtlich nicht vor.

Insofern ist die Geltendmachung der Vertragsstrafen auch nicht rechtsmissbräuchlich. Es ist keineswegs ohne weiteres feststellbar, dass das streitgegenständliche Verhalten nunmehr nicht mehr wettbewerbswidrig ist und dass der Beklagte dementsprechend die Vereinbarung hätte kündigen können. 41

Im Hinblick hierauf bedarf es auch keiner Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO. 42

Ebenso wenig ist maßgeblich der Einwand des Beklagten, dass der Kläger bereits in dem Verfahren 44 O 65/98 LG Essen = 4 W 39/08 OLG Hamm gegen ihn ein Ordnungsgeld hat verhängen lassen, da sich dieses auf eine andere Werbeaussage in dem Internetauftritt bezog. 43

V. 44

Vorliegend ist von zwei selbständigen Zuwiderhandlungen auszugehen und nicht von einer sog. natürlichen Handlungseinheit. Letztere zeichnet sich durch einen engen Zusammenhang der Einzelakte und durch die auch für Dritte äußerlich erkennbare Zugehörigkeit zu einer Einheit aus (BGHZ 146, 318; Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.149). Dafür kann auch sprechen, dass zum Beispiel mehrere Verstöße in einer Anzeigenserie (vgl. Fezer-Büscher, UWG, § 8 Rn. 160) oder in einem Internetauftritt veröffentlicht werden. Vorliegend handelte es sich zwar verklammernd um einen einheitlichen Internetauftritt. Es besteht jedoch die Besonderheit, dass zwei gesonderte Verbote bestanden und entsprechend auch gegen zwei Verbote verstoßen worden ist. Überdies handelte es sich um zwei verschiedene Aussageinhalte und insofern um zweierlei Entschlüsse, die jeweils gegen die Verbote verstießen, einerseits in Bezug auf die dargestellte Beeinträchtigung der Organe in ihren natürlichen Funktionen durch einen Q10-Mangel und andererseits im Hinblick auf die Wirkungsaussage, dass das Mittel den Körperzellen helfe, ihre Widerstandsfähigkeit erhöhe und sie fit, gesund etc. mache. 45

VI. 46

Die Höhe der ersten Vertragsstrafe (aus 1997) von 6.000,- DM = 3.067,75 € ergibt sich aus der Vereinbarung selbst. 47

Die zweite Vertragsstrafe (aus 1998) ist nicht beziffert. Vielmehr soll der Kläger die Höhe nach billigem Ermessen bestimmen und deren Angemessenheit im Streitfall durch das Gericht überprüft werden. Die nunmehr vom Kläger vorgenommene Bestimmung ist nicht zu beanstanden. Zum einen war die Höhe von 6.000,- DM auch Gegenstand der ersten Vereinbarung. Zum anderen bewegt sich diese im Rahmen des Üblichen für solche Unterlassungserklärungen. 48

Eine Reduzierung ist weder aus dem Grunde vorzunehmen, dass die Unterwerfungsverpflichtung bereits rd. 10 Jahre bestand, noch deshalb, weil sich der wissenschaftliche Stand insoweit vermeintlich verändert habe. 49

VII. 50

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 I, 708 Nr. 10 ZPO. 51

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 ZPO. 52

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE