

# Oberlandesgericht Hamm

## Urteil

- 1. Eine Abmahnung ist rechtsmissbräuchlich gem. § 8 IV UWG, wenn der Anspruchsberechtigte zuvor vergeblich versucht hat, sich den Anspruch abkaufen zu lassen.**
- 2. Ein Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn eine Vereinbarung dahin getroffen werden sollte, dass die dortige Gegnerin wiederum nicht mehr gegen die Klägerin und ihre Partner vorgeht. Ein „In-Ruhe-lassen“ ist mit den wettbewerblichen Interessen, die den Mitbewerbern die Klagebefugnis geben, nicht mehr zu vereinbaren und somit missbräuchlich.**

OLG Hamm, Urteil vom 20.01.2011; Az.: I-4 U 175/10

Vorinstanz: Landgericht Bochum, I-13 O 84/10

### **Tenor:**

Auf die Berufung und die Anschlussberufung wird das am 11. August 2010 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert und die Beschlussverfügung vom 02. Juni 2010 teilweise bestätigend wie folgt neu gefasst:

Der Antragsgegnerin wird bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ersatzordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten untersagt,

über einen Internetauftritt den kostenpflichtigen Versand von Kaffee, Schokolade, Kakao, Sirup oder Gebäck anzubieten und dabei

die Ausübung des Widerrufsrechtes durch bloße Rücksendung der Ware von der vorherigen Kontaktaufnahme abhängig zu machen;

gegenüber Verbrauchern die nachfolgenden Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Nutzungsbedingungen zu verwenden:

„Die Y GmbH ist zu Teillieferungen berechtigt, soweit dies für die Kunden zumutbar ist.“

Die weitergehende Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

Der Antragsteller trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Entscheidungsgründe**

A.

Die Parteien handeln im Internet mit Kaffee, Schokolade, Gebäck u.a. Mit anwaltlichem Schreiben vom 30.04.2010 (Anl. AG 3) mahnte die Antragsgegnerin den Antragsteller wegen Verstoßes gegen die Preisangabenverordnung ab. Der Antragsteller reagierte mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2010 (Anl. AG 2), mit dem er auf das Abmahnschreiben der Antragsgegnerin im Kern nicht einging, sondern seinerseits auf verschiedene vermeintliche Wettbewerbsverstöße auf Seiten der Antragsgegnerin hinwies, ohne die Antragsgegnerin zur Abgabe einer Unterlassungserklärung aufzufordern. Vielmehr forderte der Antragsteller eine gütliche Einigung wie folgt:

"Ich habe Sie im Namen und Auftrag meines Mandanten aufzufordern, die Abmahnung vom 30.04.2010 bis spätestens Mittwoch, den 12.05.2010, 12.00 Uhr zurückzunehmen. Die Streitigkeiten zwischen den Parteien wären dann von unserer Seite aus erledigt, insbesondere wären keine strafbewehrten Unterlassungserklärungen abzugeben oder/und Rechtsanwaltskosten zu tragen. Sollte eine Rücknahme der Abmahnung Ihrer Mandantin vom 30.04.2010 bis dahin nicht erfolgt sein, dann werde ich meinen Auftrag ausführen und von Seiten des Herrn W die Y GmbH u.a. wegen der angeführten Wettbewerbsverstöße abmahnen".

Die Antragsgegnerin ließ sich hierauf nicht ein. Durch Schreiben vom 17.05.2010 mahnte der Antragsteller die Antragsgegnerin wegen sieben seiner Ansicht nach bestehenden Verstößen nach einem Gegenstandswert von 70.000,- € ab. Die Antragsgegnerin erwirkte am 18.05.2010 gegen den Antragsteller vor dem Landgericht Hamburg in dem Verfahren 315 O 172/10 eine einstweilige Verfügung.

Im vorliegenden Verfahren hat der Antragsteller gegen die Antragsgegnerin im Beschlussweg eine einstweilige Verfügung vom 02.06.2010 erwirkt, mit der es der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wird,

über einen Internetauftritt den kostenpflichtigen Versand von Kaffee, Schokolade, Kakao, Sirup, Kaffee oder Gebäck anzubieten und dabei

1. mit Verbrauchern Fernabsatzverträge zu schließen, ohne zutreffend über die Dauer des zu Gunsten von Verbrauchern nach den §§ 312 c, 355 BGB i.V.m. § 1 BGB-InfoV bestehenden Widerrufsrechts, die

Kostentragungspflicht des Unternehmers für die Hinsendung der Ware zum Verbraucher und die Modalitäten zur Kostentragung für die Rücksendung der Ware an den Unternehmer im Fall des Widerrufs zu belehren,

2. (...)

3. Auslandsversand anzubieten, ohne die im Zusammenhang mit Lieferungen in Drittländer außerhalb der Europäischen Union zusätzlich anfallenden Liefer- und Versandkosten der Höhe nach oder – soweit die vorherige Angabe dieser Kosten nicht möglich ist – die näheren Einzelheiten der Berechnung anzugeben, auf Grund derer der Verbraucher die Höhe errechnen kann

4. (...).

Die Antragsgegnerin hat hiergegen einen Teilwiderrspruch eingelegt, der sich nur auf die Ziffern 1) und 3) bezieht.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die einstweilige Verfügung aufgehoben, soweit sie sich auf den Verkauf von Kakao und Sirup bezieht und soweit der Antragsgegnerin in Ziff. 1) untersagt worden ist, mit Verbrauchern Fernabsatzverträge zu schließen, ohne über die Kostentragungspflicht des Unternehmers für die Hinsendung der Ware zu belehren. Im Übrigen hat es die Beschlussverfügung bestätigt.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Parteien seien Wettbewerber nur hinsichtlich der Produkte Kaffee, Schokolade und Gebäck. Dass der Antragsteller auch mit Kakao und Sirup handele, habe dieser nicht glaubhaft gemacht.

Soweit die Antragsgegnerin hinsichtlich des Antrags zu 1) Rechtsmissbrauch einwende, lägen insoweit ausreichende Anhaltspunkte nicht vor. Der Umstand, dass der Antragsteller mit Telefax vom 31.05.2010 die am 02.06.2010 ergangene einstweilige Verfügung beantragt habe und am 11.06.2010 eine neue gesetzliche Regelung hinsichtlich der Musterbelehrung der Widerrufsfrist in Kraft getreten sei, rechtfertige einen solchen nicht, ebenso wenig, dass der Antragsteller sich mit seiner Abmahnung gegen eine zuvor erfolgte Abmahnung der Antragsgegnerin zur Wehr gesetzt habe.

Zur Übertragung der Rücksendekosten auf den Käufer nach § 357 BGB bedürfe es einer vorherigen vertraglichen Vereinbarung. Eine solche könne nicht im Rahmen der Belehrung über die Widerrufsfolgen erfolgen. Auch die von der Antragsgegnerin in Ziff. 3 VI der ABG verwendete Klausel, die in die Form einer Belehrung bezüglich des Widerrufsrechts gekleidet sei, sei insoweit nicht ausreichend. Ferner sei auch der Hinweis auf die Versandkosten für Auslandsversand nicht ausreichend. Eine Belehrung über die Kostentragungspflicht des Unternehmers für die Hinsendung der Ware sei nicht erforderlich, weil es sich hierbei nicht um Widerrufsfolgen im eigentlichen Sinne handele.

Die Antragsgegnerin wehrt sich gegen den die Verfügung bestätigenden Teil mit ihrer Berufung. Der Antragsteller greift das Urteil hinsichtlich der zurückweisenden Teile mit seiner Anschlussberufung an.

Die Antragsgegnerin hält die Abmahnung sowie den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich des Antrags zu Ziff. 1) für rechtsmissbräuchlich. Sie meint, die Abmahnung des Antragstellers habe nach den Gesamtumständen ausschließlich dazu gedient, einen Aufwendungsersatzanspruch und eine Kostenerstattungspflicht gegen sie und hierdurch bezüglich der wechselseitig geltend gemachten Unterlassungsansprüche eine Aufrechnungslage zu schaffen, ohne dass ein Interesse daran bestanden habe, dass die Antragsgegnerin vermeintliche unlautere geschäftliche Handlungen einstelle. Dabei hätten die Abmahnung bzw. der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vor der gesetzlichen Änderung auch keinen Sinn mehr gemacht. Ferner habe der Antragsteller seinen vermeintlichen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus einem überhöhten Gegenstandswert von 70.000,- € (10.000,- € je Klausel) geltend gemacht.

Zutreffend habe sie, die Antragsgegnerin, in der Widerrufsbelehrung wie auch insbesondere in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Verteilung der Kosten der Rücksendung im Fall des Widerrufs hingewiesen, wenn der Wert der Ware 40,00 € nicht übersteige. Sie habe über den in der Widerrufsbelehrung enthaltenen Hinweis hinaus in Ziff. 3 VI ihrer AGB ausdrücklich und in einer gesonderten Klausel eine gesonderte vertragliche Regelung über die Kostentragung des Käufers bei einem Warenwert von bis zu 40,00 € aufgenommen. So liege nicht nur ein Hinweis im Rahmen des Belehrungstextes vor, sondern auch die insoweit nötige Vereinbarung.

Die von ihr vorgenommenen Angaben der Auslandsversandkosten könnten nur so verstanden werden, dass nur in diejenigen Länder geliefert werde, zu denen auch die Auslandsversandkosten angegeben seien. Es werde in den aufgeführten Rubriken ausdrücklich darauf hingewiesen, in welche Länder sie zu welchen Konditionen die Produkte versende.

Die Antragsgegnerin verteidigt die vom Landgericht vorgenommene Einschränkung der Beschlussverfügung im Hinblick auf Kakao-Produkte und Sirup. Nach dem erstinstanzlich vorgelegten Screenshot sei ein Handel des Antragstellers mit den genannten Waren nicht feststellbar und keineswegs offensichtlich, zumal auch eine Recherche des Prozessbevollmächtigten unmittelbar vor dem Kammertermin keine Resultate für einen Handel mit Kakao und Sirup ergeben habe.

Im Hinblick auf die Belehrung über die Kosten der Hinsendung nimmt die Antragsgegnerin auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug. Sie meint, der deutsche Gesetzgeber habe eine Informationspflicht bei der Umsetzung des Art. 6 I 2 der Fernabsatzrichtlinie gerade nicht statuiert.

Mit näheren Ausführungen verwahrt sich die Antragsgegnerin ihrerseits gegen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs. Insbesondere mahne sie nicht

über ihre finanziellen Verhältnisse hinaus massenhaft ab. Vorsorglich teilt die Antragsgegnerin von ihr erzielte Umsatzerlöse mit. Zu Abmahnungen sei es gekommen, nachdem sie von dem Verein gegen das Unwesen in Handel und Gewerbe L e.V. abgemahnt worden sei und nachdem sie habe feststellen müssen, dass der Verein ihre Mitbewerber nicht abgemahnt habe.

Mit weiteren Ausführungen legt die Antragsgegnerin dar, warum sich der Antragsteller rechtsmissbräuchlich verhalten habe. Diesem sei es offensichtlich nicht auf die Geltendmachung und Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen angekommen. Außerdem habe der Antragsteller ein Verhalten, nämlich die Belehrung über die Dauer des Widerrufsrechts, gerügt, das wenige Tage später infolge einer Gesetzesänderung nicht mehr als wettbewerbswidrig gegolten habe. Infolge der Gesetzesänderung sei die Wiederholungsgefahr weggefallen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die mit dem landgerichtlichen Urteil bestätigte einstweilige Verfügung unter Zurückweisung der Anträge bezüglich der Ziffern 1. und 3. aufzuheben.

Der Antragsteller beantragt,

die Berufung der Antragsgegnerin zurückzuweisen,

im Wege der Anschlussberufung der Antragsgegnerin auch für Kakao- und Sirupprodukte die streitgegenständlichen Handlungen einschließlich des Abschlusses von Fernabsatzgeschäften ohne die Belehrung über die Kosten der Hinsendung zu untersagen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Der Antragsteller verteidigt das Urteil, soweit es die Verfügung bestätigt. Er meint, der Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit sei nach den gesamten Umständen des Falles nicht gerechtfertigt. Dieser ergebe sich weder aus der Gegenabmahnung noch daraus, dass vermeintlich eine Aufrechnungslage habe geschaffen werden sollen, zumal er, der Antragsteller, im Parallelverfahren die Kosten der Abmahnung als auch die Kosten des Verfügungsverfahrens bereits erstattet habe. Eine gegenseitige Unterwerfung sei für ihn von vornherein nicht in Betracht gekommen, weil bereits nach kurzer Recherche im Internet offensichtlich gewesen sei, dass die Antragsgegnerin über ihre finanziellen Verhältnisse hinaus massenhaft abmahne. Auch sei der zunächst von seinem Prozessbevollmächtigten in Ansatz gebrachte Gegenstandswert von 10.000,- € pro Wettbewerbsverstoß nicht zu beanstanden. Die Abmahnung sei auch nicht mit Blick auf die am 11.06.2010 eingetretene Gesetzesänderung missbräuchlich gewesen, zumal die Mehrzahl der abgemahnten Wettbewerbsverstöße durch die

Gesetzesänderung gar nicht berührt worden sei und ebenfalls unter der neuen Gesetzesfassung zu monieren gewesen wäre.

In der Sache habe das Landgericht, soweit es dem Antrag stattgegeben habe, die Verbote zu Recht ausgesprochen.

Im Hinblick auf die Anschlussberufung meint der Antragsteller, die Antragsgegnerin habe verspätet erst die Rüge erhoben, er handele gar nicht mit Sirup und Kakao. Er habe zudem glaubhaft gemacht, er biete Bio-Feinkostmittel aller Art einschließlich Kakao und Sirup an. Überdies legt der Antragsteller eine eidesstattliche Versicherung von ihm auch in Bezug auf den diesbezüglichen Handel vor (Anl. 007).

Die Pflicht zur Tragung der Kosten der Hinsendung sei ebenfalls Widerrufsfolge. Nach BGH Urt. v. 07.07.2010, Az. VIII ZR 26//07, sei § 346 I BGB i.V.m. §§ 312 d, 357 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass dem Verbraucher nach dem Widerruf eines Fernabsatzvertrages ein Anspruch auf Rückgewähr geleisteter Hinsendekosten zustehe. In der Konsequenz sei der Unternehmer auch verpflichtet, hierüber zu belehren.

B.

Die Berufung der Antragsgegnerin ist begründet und führt zur Aufhebung der Verbote zu 1) und 3). Der Antragsteller kann von ihr wegen rechtsmissbräuchlicher Anspruchsverfolgung insoweit nicht die begehrten Unterlassungen in Bezug auf die Widerrufsbelehrung und -folgen sowie in Bezug auf die Angabe der Auslandsversandkosten verlangen.

Die Anschlussberufung des Antragstellers ist demgegenüber in Bezug auf die Verbote zu 2) und 4) nur insoweit begründet, als wiederum eine Erweiterung dieser Verbote auch auf den Handel mit Sirup und Kakao begehrt wird. Im Übrigen ist sie unbegründet.

Zur Klarstellung der fortbestehenden Verbote in Bezug auf die Anträge zu 2) und 4) hat der Senat den Tenor insoweit teilweise abändernd neu gefasst.

I.

In Bezug auf die Verbote zu 2) und 4) hat das Landgericht diese gegenständlich bezogen auf den Verkauf von Kakao und Sirup schon deshalb zu Unrecht eingeschränkt, als insoweit von der Antragsgegnerin überhaupt kein Widerspruch eingelegt war. Der Teilwiderspruch vom 09.07.2010 bezog sich ausschließlich auf die Ziffern zu 1) und 3). Die Beschlussverfügung hinsichtlich der Ziffern 2) und 4) war nicht angegriffen und hat insofern vollumfänglich Bestand. Dementsprechend konnte und durfte das Landgericht diese Verbote auch nicht mehr übergreifend in Bezug auf sämtliche Verbote, nämlich hinsichtlich der Produktgruppen Kakao und Sirup, einschränken. Insofern hat die Anschlussberufung des Antragstellers Erfolg. Diese Produktgruppen waren bei den Verboten, gegen die kein Widerspruch eingelegt worden ist, wieder zu ergänzen.

## II.

Im Übrigen, also insgesamt bezogen auf die Anträge zu 1) und 3), ist der Verfügungsantrag des Antragstellers nicht gerechtfertigt. Dieser ist nach § 8 IV UWG infolge rechtsmissbräuchlicher Anspruchsverfolgung unzulässig. Auf die Verbotswidrigkeit der angegriffenen Belehrungen und der Angaben zum Auslandsversand kommt es in der Sache nicht mehr an.

### 1.

Voraussetzung für einen Missbrauch im Sinne des § 8 IV UWG ist es, dass das beherrschende Motiv des Mitbewerbers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind. Als typischen Beispielsfall eines sachfremden Motivs umschreibt das Gesetz das Gebührenerzielungsinteresse. Damit wird die Art der unzulässigen Geltendmachung eines solchen Anspruchs näher charakterisiert, aber der Weg zu anderen Missbrauchsformen durch die Rechtsverfolgung offen gelassen. Das beschriebene Vorgehen selbst oder jedenfalls die Art des Vorgehens muss rechtsmissbräuchlich sein. Der Anspruchsberechtigte muss mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen verfolgen, und diese müssen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen. Das ist beispielsweise auch der Fall, wenn der Anspruchsberechtigte zuvor vergeblich versucht hat, sich den Anspruch abkaufen zu lassen (vgl. Senat, GRUR-RR 2005, 141, 142; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, 29. Aufl., § 8 Rn. 4.23; Harte/ Henning/Bergmann, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 316). So hat der Senat etwa in der Sache 4 U 35/10, Urt. v. 19.08.2010, eine Rechtsmissbräuchlichkeit aus dem Grunde angenommen, dass dort ebenfalls eine Vereinbarung dahin getroffen werden sollte, dass die dortige Gegnerin wiederum nicht mehr gegen die Klägerin und ihre Partner vorgeht. Es war insofern in Aussicht gestellt, dass diese dann in Ruhe gelassen würde. Ein solches Junktim ist mit den wettbewerblichen Interessen, die den Mitbewerbern die Klagebefugnis geben, nicht mehr zu vereinbaren und missbraucht sie somit.

### 2.

Dies ist auch vorliegend der Fall. Evident ging es dem Antragsteller nicht mehr um den lautereren Wettbewerb. Seine Rechtsverfolgung diente gemäß Schreiben vom 06.05.2010 allein dazu, die vorherige Abmahnung der Antragsgegnerin aus der Welt zu schaffen und höhere Gegenforderungen zu begründen. Der Antragsteller wollte letztlich weiter unlauter handeln, und er wollte vor allem auch nicht das beanstandete Verhalten der Antragsgegnerin abgestellt wissen. Die Streitigkeit sollte "erledigt" werden, ohne dass gerade auch das Abstellen der beanstandeten Verstöße gesichert wurde. Die diesbezügliche Gegenabmahnung wurde allein deshalb "in die Welt gesetzt", um ein Instrument gegen die Antragsgegnerin zu haben, damit keine Gebühren bezahlt werden mussten. Das Argument der Zahlung der Kosten, die im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Landgericht Hamburg

angefallen sind, sticht insoweit nicht. Erst nachdem sich der Antragsteller mit seinem nicht auf die Erzielung eines lautereren Wettbewerbs gerichteten Vorschlag nicht durchgesetzt hatte, kam es zu diesen Kosten und danach zur Zahlung.

Weiter streitet für einen Rechtsmissbrauch das Abmahnen eines auch bereits nach wenigen Tagen nicht mehr wettbewerbswidrigen Verhaltens der Antragsgegnerin. Die Abmahnung ist erfolgt unmittelbar vor der Gesetzesänderung zum 11.06.2010. Die Antragsgegnerin hatte diese in ihren Angeboten bereits berücksichtigt. Die Abmahnung jedenfalls in Bezug auf die Dauer der Widerrufsfrist konnte so für die Zukunft nichts mehr bringen und machte überhaupt keinen Sinn mehr. Hieran kann kein vernünftiger Wettbewerber ein Interesse haben, soweit man von dem Kostenbelastungsinteresse des Antragstellers im Streitfall absieht. Mit dem Kostenbelastungsinteresse deckt sich der enorm hohe Streitwert von 70.000,- € (10.000,- € pro Klausel), den dieser angesetzt hatte, der in dieser Höhe zweifelsohne nicht gerechtfertigt war und auch mit einer unterschiedlichen Bemessung durch verschiedene Gerichte nicht erklärt werden kann. Diesen Wert hält der Antragsteller bezeichnenderweise auch im gerichtlichen Verfahren nicht mehr aufrecht.

3.

Aus diesen Gründen war das gesamte Abmahnverhalten des Antragstellers rechtsmissbräuchlich, auch wenn die Antragsgegnerin eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme zunächst nur bezogen auf den Antrag zu 1) gerügt hatte. Die einen Rechtsmissbrauch ergebenden Umstände ergaben sich aus dem Akteninhalt. Ein Rechtsmissbrauch – hier geht es um ein Unterlassungsbegehren nach § 8 I UWG - ist dabei von Amts wegen auch ohne gesonderten Einwand (vgl. Senat, Urt. vom 17.08.2010, Az. 62/10) zu berücksichtigen. Überdies ist unmaßgeblich, wenn die Antragsgegnerin mit ihrer Abmahnung vom 30.04.2010 ihrerseits rechtsmissbräuchlich gehandelt haben sollte, abgesehen auch davon, dass der Antragsteller sich mit seinem Verteidigungsschreiben vom 06.05.2010 noch gar nicht gegen eine aus seiner Sicht unzulässige Massenabmahnung der Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt eines Missbrauchs gewehrt hatte.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 I, 97 I, 708 Nr. 10 ZPO.