

# OBERLANDESGERICHT HAMM

Im Namen des Volkes

## Urteil

§§ 12 I Abs. 2 UWG, 93 ZPO

- 1. Eine Anspruchsgrundlage wie § 12 I 2 UWG, der wegen der Ausgestaltung der Abmahnung als Vorstufe der vorgerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auch analog nicht anwendbar ist, existiert bei einer „Gegenabmahnung“ einer unberechtigten Abmahnung nicht.**
- 2. Der Abgemahnte kann gegen eine unberechtigte Abmahnung im Wege der Feststellungsklage vorgehen. Eine Gegenabmahnung ist auch zur Vermeidung der Kostenfolge des § 93 ZPO grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. Senat, Urt. v. 11.01.2007, Az. 4 33/06; v. 18.01.2007, Az. 4 U 29/06; Köhler, in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10.166).**

OLG Hamm, Urt. v. 03.12.2009, Aktenzeichen: 4 U 149/09

### **Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das am 29. Juli 2009 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **A.**

Der Kläger (vom Beklagten abgemahnt durch Schreiben vom 16.01.2009) verlangt von dem Beklagten die Zahlung von (Gegen-) Abmahnkosten von insgesamt 1.135,90 € (für seine Gegenabmahnung vom 08.04.2009), mit der

Begründung, der Beklagte habe ihn in offenkundig rechtsmissbräuchlicher Weise abgemahnt und ihn, den Kläger, dadurch gezielt behindert und geschädigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat für den geltend gemachten Zahlungsanspruch keine Anspruchsgrundlage gesehen.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes in erster Instanz und der Entscheidungsgründe wird auf den Tatbestand wie auch die Begründung des angefochtenen Urteils Bezug genommen (vgl. Bl. 98 ff d.A.).

Der Kläger verfolgt seine Klageansprüche mit der von ihm eingelegten Berufung weiter und beantragt,

das Urteil des Landgerichts Bochum vom 29. Juli 2009 (AZ I-13 O 82/09) aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.005,40 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 % seit dem 28. April 2009 zu zahlen, sowie den Kläger von außergerichtlichen Anwaltsgebühren in Höhe von 130,50 Euro freizustellen.

Der Beklagte beantragt unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der beiderseitigen Vorträge wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## **B.**

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Er kann von dem Beklagten für die Gegenabmahnung vom 08.04.2009 nicht Erstattung der Anwaltskosten von 1.005,40 € sowie Freistellung von den weiteren Anwaltsgebühren von 130,50 € verlangen.

Hinsichtlich der geltend gemachten Kosten für die Gegenabmahnung ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass eine Erstattung selbst bei einer unberechtigten Abmahnung nicht verlangt werden kann.

Eine Anspruchsgrundlage wie § 12 I 2 UWG, der wegen der Ausgestaltung der Abmahnung als Vorstufe der vorgerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auch analog nicht anwendbar ist, existiert in diesem Zusammenhang nicht. Der Abgemahnte kann gegen eine unberechtigte Abmahnung im Wege der Feststellungsklage vorgehen. Eine Gegenabmahnung ist auch zur Vermeidung der Kostenfolge des § 93 ZPO grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. Senat, Urt. v. 11.01.2007, Az. 4 33/06;

v. 18.01.2007, Az. 4 U 29/06; Köhler, in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10.166). Es besteht insoweit ein "verfahrensrechtliches Privileg". Der Gegner muss die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter hinnehmen, weil er sich gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme in dem Rechtspflegeverfahren selbst hinreichend verteidigen kann. Nichts anderes gilt im Streitfall. Ebenso wenig kann in diesem Zusammenhang ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angenommen werden (BGH GRUR 1969, 479 – Colle de Cologne; GRUR 1985, 571 – Feststellungsinteresse; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 4.10 Rn. 10/33; Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.72 m.w.N.; anders unter bestimmten Voraussetzungen bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung, vgl. BGH GS GRUR 2005, 882). Der objektiv unbegründeten Abmahnung steht dabei die lediglich unbefugte Abmahnung gleich, wenn also ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, dem Abmahner aber die Abmahnbefugnis fehlt, etwa mangels Anspruchsberechtigung (§ 8 III UWG) oder – wie hier – wegen Missbrauchs (§ 8 IV UWG) fehlt (BGH GRUR 2001, 354 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner; Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 10.166). Es lag auch keineswegs der (Ausnahme-) Fall vor (s. dazu BGH GRUR 2004, 790 – Gegenabmahnung), dass die Abmahnung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf offensichtlich unzutreffenden Annahmen beruhte, bei deren Richtigstellung mit einer Änderung der Auffassung des vermeintlich Verletzten gerechnet werden konnte. Eher das Gegenteil war der Fall, weil der Beklagte selbst noch in der mündlichen Verhandlung vom 07.04.2009 in Kenntnis aller maßgeblichen Umstände an seiner Rechtsverfolgung festhielt.

Denkbar sind ausnahmsweise Ansprüche aus §§ 3, 4 Nr. 10, 9 UWG, wenn der Abmahrende den Gegner seinerseits durch die Abmahnung gezielt behindert hätte, oder aus § 826 BGB oder § 678 BGB. Als eine "gezielte" Behinderung im Sinne der zuerst genannten Vorschriften stellt sich eine unberechtigte Abmahnung aber allenfalls dar, wenn der Abmahner von der fehlenden Berechtigung der Abmahnung Kenntnis hatte oder – was dem gleichsteht – sich der Kenntnis bewusst verschließt (Köhler, a.a.O., Rn. 10.167 m.w.N). Mitunter wird in der unbegründeten Abmahnung auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Willen des Geschäftsherrn gesehen, die bei wiederum bei Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens nach § 678 BGB einen Schadensersatzanspruch auslösen könnte (vgl. OLG Hamburg NJW-RR 2003, 857; Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.73 m.w.N.).

Die Abmahnung des Beklagten ist vorliegend indes keineswegs in Kenntnis der Nichtberechtigung oder bei eindeutiger Erkennbarkeit erfolgt. Auch die Annahme eines Rechtsmissbrauchs auf Seiten des Beklagten durch das Landgericht Bochum wegen eines angenommenen wirtschaftlichen

Missverhältnisses zwischen seinen Einnahmen und dem durch den Ausspruch der Abmahnungen eingegangenen Kostenrisiko führt nicht automatisch oder "denknotwendig", wie die Klägerin meint, zu einer entsprechend unlauteren Schädigung, die eine Kostenerstattung für die Gegenabmahnung nach sich zieht. Dies gilt erst recht, wenn die Wettbewerbsverstöße des Abgemahnten tatsächlich vorliegen. Liegt tatsächlich ein Wettbewerbsverstoß vor und erfolgt die Abmahnung "ledig" unbefugt, z.B. weil die Anspruchsberechtigung nach § 8 III UWG fehlt oder gegen § 8 IV UWG verstoßen wird, kann die Abmahntätigkeit nicht schon aus diesem Grund nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG untersagt werden (BGH GRUR 2001, 354 – Verbandsklage gegen Vielfachabmahner, zu § 13 V a.F.).

Solche der Sache nach berechtigten Abmahnungen können grundsätzlich nicht als wettbewerbswidrige Behinderung der Mitbewerber angesehen werden. Eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung ist dann, wenn das beanstandete Verhalten rechtmäßig ist, nur ausnahmsweise wettbewerbswidrig. Daran ändert sich grundsätzlich auch nichts, wenn der Abmahnende nicht klagebefugt ist oder anzunehmen ist, dass die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist. Ein Verlangen, ein rechtswidriges Verhalten zu unterlassen, kann nicht als wettbewerbswidrige Behinderung des abgemahnten Wettbewerbers behandelt werden, weil dieser das beanstandete Verhalten ohnehin nicht wiederholen dürfte. Auch soweit die Abmahnung eines dazu nicht Berechtigten bereits als solche eine Beeinträchtigung des laufenden Geschäftsbetriebs darstellen kann, muss eine solche unbefugte Rechtsverfolgung – wenn ein Wettbewerbsverstoß tatsächlich vorliegt - grundsätzlich ebenso hingenommen werden wie auch sonst eine unbegründete Anspruchsverfolgung durch Mitbewerber (BGH a.a.O.).

Überdies liegt in einem solchen Fall in der Regel eine noch nicht relevante Fahrlässigkeit vor (vgl. Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 10.167).

Besondere Umstände, die im Streitfall eine andere Beurteilung rechtfertigen und eine maßgebliche vorherige, zumindest nicht zu übersehende Erkennbarkeit der Nichtberechtigung des Beklagten begründen, sind nicht feststellbar.

Festzuhalten ist zunächst, dass die Abmahnung des Beklagten vom 16.01.2009 in der Sache grundsätzlich berechtigt war. Der Kläger, der mit Tierbedarf handelt, hatte im Rahmen seiner Auktion mit der Artikelnummer ### am 14.01.2009 diverse Wettbewerbsverstöße – nämlich eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung in seinen AGB, die Nennung seiner Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung, die Nichtannahme unfreier Rücksendung, die

Nichtangabe der Versandkosten ins Ausland und die Angabe einer Gewährleistungsfrist von 6 Monaten – begangen. Diese stehen auch nicht im Streit.

Die Abmahnung des Beklagten wurde vom Kläger (gemäß Klageerwiderung vom 03.04.2009) und dem folgend vom Landgericht (gemäß Urteil vom 07.04.2009) indes als rechtsmissbräuchlich i.S.v. § 8 IV UWG angesehen, weil - so das Landgericht - sachfremde Motive überwogen. Es läge ein ausgesprochen krasses Missverhältnis zwischen den Einnahmen des (hiesigen) Beklagten und dem durch den Ausspruch der Abmahnungen eingegangenen Kostenrisiko vor. Auf die diesbezüglichen Entscheidungsgründe (S. 4 des Urteils vom 07.04.2009) wird verwiesen.

Unter Berücksichtigung der oben aufgezeigten Grundsätze war insofern die Abmahnung des Beklagten, auch wenn sie rechtsmissbräuchlich war, grundsätzlich vom Kläger hinzunehmen, ohne dass sie berechtigterweise eine auch wiederum kostenbelastende Gegenabmahnung rechtfertigte (die dann im Wege einer Spirale wiederum zur Gegengegenabmahnung und zur ggfs. erneuten Aufrechnung durch den Gegenabgemahnten führen könnte). Die Kosten hierfür können jedenfalls vom Kläger nicht erstattet verlangt werden.

Eine andere Beurteilung wäre im Streitfall auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Beklagte von seiner Nichtberechtigung infolge Rechtsmissbrauchs gewusst haben oder sich dem krass verschlossen haben könnte. Dies war noch nicht der Fall. Auch wenn das Handeln des Beklagten später als rechtsmissbräuchlich angesehen wurde, ging er subjektiv erkennbar zunächst davon aus, dass er berechtigterweise abmahnen würde. Auch wenn er als Kleinunternehmer in 2008 bis zur damaligen Abmahnung nur 2.430,36 € umgesetzt hatte, hatte er doch fast 100 Verkäufe getätigt und meinte in diesem Zusammenhang (gemäß Schriftsatz vom 06.04.2009), dass nicht nur Gewerbetreibende mit einem bestimmten Mindestumsatz erst abmahnen dürften. Dabei legte er im Vorverfahren zum Beleg hierfür sogar sämtliche seine Rechnungen aus dem Jahr 2008 vor. Das zeigt, dass er sich insoweit durchaus noch im Recht wähnte. Die feststellbare Anzahl von 10 Abmahnungen vom Beklagten stellt sich, auch wenn ein deutliches Missverhältnis zwischen Geschäftstätigkeit und Abmahnrisiken bestanden haben mag, auch noch nicht als derart gravierend dar, dass die Annahme des Rechtsmissbrauchs zweifelsohne eindeutig war und sich der Beklagte dieser Einsicht zum Zeitpunkt der Abmahnung in eklatanter Weise verschloss. Mehr als eine "normale" Fahrlässigkeit lässt sich insoweit nicht feststellen. Eine gerichtliche Entscheidung gegen den Beklagten lag insoweit noch nicht vor. Aufgrund zunächst bestehender rechtlicher Zweifel musste der Beklagte von seiner Abmahnung noch nicht absehen. Die Berechtigung

konnte in den üblichen Verfahren geklärt werden, ohne dass es der Gegenabmahnung des Klägers bedurfte.

Sodann bestand auch, anders als der Kläger meint, kein "offenkundiges Rechtsschutzbedürfnis" für die Gegenabmahnung, weil der Beklagte trotz Hinweise des Vorsitzenden im Vorverfahren in der Sitzung vom 07.04.2009 an seiner Rechtsauffassung festhielt. Dann war erst recht keine Gegenabmahnung des Klägers (bereits am 08.04.2009) mehr geboten, weil nämlich nicht anzunehmen war, dass der Beklagte nunmehr einlenken und seinen vermeintlichen Unterlassungsanspruch fallen lassen würde. Ebenso wenig war die Gegenabmahnung des Klägers vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass es nahe gelegen habe, dass sich der Beklagte nunmehr einen anderen Gerichtsstand für ein Hauptsacheverfahren suchen würde, oder dass es für den Kläger vermeintlich geboten gewesen sei, direkt gegen die missbräuchliche Abmahnung vorzugehen, um den Beklagten zu einer schnellen Entscheidung zu zwingen und ihn von einer Hauptsacheklage abzuhalten. Zum einen wäre eine solche Gegenabmahnung verfrüht und von daher auch nicht erforderlich, denn zumindest sind doch die Entscheidungsgründe abzuwarten, damit auch der Beklagte sein diesbezügliches Vorgehen abwägen und aufgrund der Entscheidungsgründe gegebenenfalls seine nach Auffassung des Gerichts missbräuchliche Abmahntätigkeit abstellen kann. Sodann würde mit der befürchteten Hauptsacheklage wie im Übrigen auch mit einer Berufung gegen das landgerichtliche Urteil doch gerade wiederum eine endgültige gerichtliche Klärung der Missbrauchsfrage erfolgen, so dass das angebliche Bedürfnis des Klägers an einem erneuten Abmahnvorgang überhaupt nicht bestand. Eine "sofortige" Gegenabmahnung nach gerichtlicher Feststellung der Nichtberechtigung einer Abmahnung im Verfügungsverfahren ist geradezu sinnwidrig. Wenn es dem Kläger darum ging, eine Erledigung in der Hauptsache zu suchen, so hätte er ohne Weiteres das übliche Procedere, nötigenfalls über eine negative Feststellungsklage, wählen können. Die Gegenabmahnung vom 08.04.2009 – rund 4 Monate nach der Abmahnung des Beklagten vom 16.01.2009 und dann plötzlich einen Tag nach der gerichtlichen Klärung im Verfügungsverfahren – war mitnichten geboten. Sie lag auch – im Hinblick auf etwaige Ansprüche aus GoA – keineswegs noch im Interesse des Beklagten, um ihm sein verbotswidriges Tun erneut mitzuteilen.

Daran ändern auch die Abmahnvorgänge in einem Parallelfall nichts, die der Kläger zur weiteren Untermauerung eines rechtsmissbräuchlichen Handelns des Beklagten anführt. Ebenso wenig war und ist eine unzulässige Gebührenabsprache des Beklagten mit seinem Anwalt feststellbar.

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

ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 ZPO.