



Dr. Cornelius Renner, Berlin

## **Abmahnung – Blaues Auge oder Beinbruch?**

### ***Die missbräuchliche Verfolgung von Unterlassungsansprüchen***

*Wettbewerbsrechtliche Abmahnungen erfreuen sich großer Beliebtheit. Getragen werden sie bei weitem nicht immer von dem Gedanken, einen fairen Wettbewerb zu fördern. Häufig dienen Abmahnungen dem Erzielen von Anwaltsgebühren. Dem können einerseits schlichte pekuniäre Interesse zugrunde liegen, etwa wenn der Abmahnende selbst an den Kosten seines Anwalts beteiligt ist oder wenn der Anwalt ein Nebengewerbe betreibt, um dann für dieses Mitbewerber im eigenen Namen abmahnen zu können. Andererseits können Abmahnungen auch ein – unsauberes – Mittel des Wettbewerbs sein, indem nämlich der Konkurrent durch möglichst hohe Kosten geschädigt wird.*

*Der Beitrag beschäftigt sich mit derartigen Fällen missbräuchlicher Abmahnungen und deren Folgen. Da die Missbräuchlichkeit sich für einen Abgemahnten häufig nicht erschöpfend darlegen lässt, weil ihm die nötigen Hintergrundinformationen zur Abmahn-tätigkeit des Unterlassungsgläubigers fehlen, geht es vor allem um die Frage, welche Indizien für einen Missbrauch sprechen. Neben der Darstellung der zahlreichen dazu ergangenen Entscheidungen geht der Beitrag der Frage nach, welche Möglichkeiten es gibt, den Abmahnmissbrauch einzudämmen.*

S. 140

- HFR 10/2009 S. 1 -

### **1 I. Einleitung**

Fehlerhafte Angaben im Impressum einer Internetseite, fehlende Pflichtangaben beim Verkauf von Elektrogeräten oder eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung im Internet... All dies sind nachvollziehbare Versäumnisse, wenn ein juristisch nicht versierter Laie einen Internetshop betreibt – wer weiß schon, dass er etwa beim Verkauf einer Waschmaschine den geschätzten Jahresverbrauch eines 4-Personenhaushaltes bei 200 Standardprogrammzyklen im Programm Baumwolle 60° angeben muss?.

- 2 Allerdings ist des einen Leid bei der Erfüllung der zahlreichen Kennzeichnungs- und Informationspflichten des Anwalts Freud. Es gibt zunehmend Rechtsanwälte, die ihr Geld ganz überwiegend oder fast ausschließlich mit dem Einziehen von Gebühren für immer wieder fast gleichlautende Abmahnungen verdienen, in denen vor allem das Fehlen bestimmter Pflichtangaben im Internethandel oder eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung moniert wird. Nicht zufällig hat sich die Rechtsprechung immer häufiger mit der Frage zu befassen, ob eine Abmahnung missbräuchlich ist, weil sie nicht einem fairen Wettbewerb, sondern anderen Zwecken dient. Dabei ist die Versendung von Abmahnungen auch in einer großen Zahl von Fällen nicht per se rechtsmissbräuchlich. Die Rechtsprechung hat aber mittlerweile eine Reihe von Fallgruppen entwickelt, in denen ein Missbrauch vorliegt. Der Beitrag geht der Frage nach, in welchen Fällen sich ein Missbrauch einwenden lässt und der Abgemahnte daher trotz seines grundsätzlich widerrechtlichen Verhaltens mit einem „blauen Auge“ davonkommt.

### **3 II. Ausgangspunkt**

Im gesamten gewerblichen Rechtsschutz und im Urheberrecht kann derjenige, dessen Rechte von einem Dritten verletzt werden, von diesem nicht nur Unterlassung verlangen, sondern nach Versendung einer Abmahnung auch die Erstattung der Abmahnkosten, sofern die Abmahnung berechtigt war. Gläubiger ist bei der Verletzung wettbe-

werbsrechtlicher Vorschriften nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG jeder Mitbewerber, in den Fällen der Verletzung des geistigen Eigentums der Inhaber der Rechte (§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 MarkenG, § 97 UrhG, § 139 Abs. 1 PatG, § 24 Abs. 1 GebrMG, § 42 Abs. 1 GeschmMG). Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten ist im Wettbewerbs- (§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG) und Urheberrecht (§ 97a Abs. 1 S. 2 UrhG) nunmehr ausdrücklich normiert, bei der Verletzung anderer geistiger Eigentumsrechte ist anerkannt, dass er nach wie vor aus den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 677, 670 BGB) folgt.<sup>1</sup>

## S. 141

- HFR 10/2009 S. 2 -

- 4 Im Wettbewerbsrecht ist die Folge einer missbräuchlichen Abmahnung ausdrücklich in § 8 Abs. 4 UWG geregelt. Die Norm lautet:

„Die Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.“

- 5 Auch in den anderen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes sind indes missbräuchliche Abmahnungen denkbar. Hier dürfte man allerdings über § 242 BGB zu identischen Ergebnissen kommen.
- 6 Ausgangspunkt der Betrachtung, ob eine Abmahnung missbräuchlich ist, muss zunächst die Feststellung bleiben, dass massenhafte Rechtsverstöße es auch rechtfertigen, massenhaft dagegen vorzugehen. Dies ist besonders deutlich in Fällen, in denen es um die Verletzung geistigen Eigentums geht, denn der Verletzte hat hier ein legitimes Interesse daran, jede Verletzung seiner Rechte zu unterbinden.<sup>2</sup> Grundsätzlich gilt dies auch im Wettbewerbsrecht. Verstoßen Konkurrenten massenhaft gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften und verschaffen sich damit einen Vorsprung im Wettbewerb, müssen diese Verstöße auch unterbunden werden können. Gibt es keine weiteren Anhaltspunkte für einen Missbrauch, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Unterlassungsanspruch besteht. Das Kammergericht<sup>3</sup> spricht davon, dass „grundsätzlich (...) eine Vermutung gegen ein missbräuchliches Vorgehen“ bestehe.

## S. 142

- HFR 10/2009 S. 3 -

- 7 In vielen Fällen liegt ohnehin bei wettbewerbsrechtlichen Verstößen, die massenhaft geahndet werden, die häufig vernachlässigte Frage nahe, ob überhaupt ein Wettbewerbsverstoß nach § 3 UWG vorliegt, ob der Rechtsverstoß nämlich geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern im Sinne des § 3 UWG „spürbar“ zu beeinträchtigen. Die Rechtsprechung hat von dieser Hürde schon unter der Regelung des § 3 UWG in der bis Ende 2008 geltenden Fassung kaum Gebrauch gemacht, die noch eine „nicht nur unerhebliche“ Beeinflussung des Wettbewerbs voraussetzte. In Fällen indes, in denen im Impressum etwa nur der Vorname des Geschäftsführers<sup>4</sup> fehlt oder nur die Umsatzsteueridentifikationsnummer, liegt es nahe, einen Wettbewerbsverstoß zu verneinen, weil es hier an einer spürbaren Auswirkung auf den Wettbewerb mangelt.<sup>5</sup> Unter der alten Rechtslage wäre der Rückgriff auf die Bagatellschwelle in derartigen Fällen ohne weiteres möglich gewesen. Bei unvollständigen Informationen gegenüber Verbrauchern kann nunmehr allerdings auch § 5a Abs. 2

<sup>1</sup> Vgl. nur BGH WRP 2001, 542, 546 – Franzbranntwein-Gel

<sup>2</sup> Ein Missbrauch ist aber auch hier nicht ausgeschlossen, etwa bei einer Mehrfachverfolgung durch mehrere Rechtsinhaber, die miteinander verbunden sind, vgl. dazu unter 1.

<sup>3</sup> Beschl. v. 25. Januar 2008 – 5 W 371/07.

<sup>4</sup> Hier hat das Kammergericht (Beschl. v. 11. April 2008 – 5 W 41/08) zu Recht einen Wettbewerbsverstoß verneint.

<sup>5</sup> Vgl. auch LG Bielefeld MMR 2006, 561, 652, das im Falle der fehlenden Angabe, dass Endpreise gegenüber dem Verbraucher die Mehrwertsteuer enthalten, dazu tendiert, den Unterlassungsanspruch an der Bagatellschwelle des § 3 UWG scheitern zu lassen. Das Gericht hat dies aber letztlich dahinstehen lassen, weil es das Geltendmachen des Anspruchs jedenfalls als rechtsmissbräuchlich ansah.

UWG einschlägig sein. Danach handelt unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist. § 5a Abs. 3 UWG nennt dann ausdrücklich Informationen, die in diesem Sinne als wesentlich gelten, etwa die Identität und Anschrift des handelnden Unternehmens. Ob hier dann zusätzlich noch Raum für ein wertendes Merkmal wie die Spürbarkeit ist, wird zu klären sein. Bornkamm<sup>6</sup> weist allerdings zutreffend darauf hin, dass zumindest die Prüfung einer geschäftlichen Relevanz, die bei § 5a Abs. 2 UWG erforderlich ist, auch in den Fällen des § 5a Abs. 3 UWG nicht entbehrlich ist.<sup>7</sup> Hier bleibt also eine „Stellschraube“, um den Missbrauch einzudämmen. Der häufigere Rückgriff auf die Bagatellschwelle wäre vor allem deshalb wünschenswert, weil sich der Missbrauch häufig nicht nachweisen lassen wird.

### 8 III. Missbrauchstatbestände

Ist die Bagatellschwelle überschritten, stellt sich die Frage, wann ein Missbrauch vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung ist dies dann der Fall, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind.<sup>8</sup> Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein; es genügt, dass die sachfremden Ziele überwiegen.<sup>9</sup>

S. 143

- HFR 10/2009 S. 4 -

<sup>9</sup> Allein die Tatsache, dass Abmahnungen gegen zahlreiche Wettbewerber ausgesprochen wurden, rechtfertigt noch nicht die Annahme, es handele sich um eine missbräuchliche Massenabmahnung, das Vorliegen eines Missbrauchs ist vielmehr jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen.<sup>10</sup> Zu berücksichtigen sind nach Auffassung des BGH insbesondere:

- <sup>10</sup>
- Art und Umfang des Wettbewerbsverstoßes
  - Das Verhalten des Verletzers nach dem Verstoß
  - Das Verhalten des Klageberechtigten bei der Verfolgung dieses und anderer Verstöße
  - Das Verhalten sonstiger Klagebefugter
  - Betroffene Interessen der Allgemeinheit

Folgende Fallgruppen lassen sich unterscheiden:

#### 11 1. Mehrfachverfolgung

a) Der BGH<sup>11</sup> hatte über die viel diskutierten Massenabmahnungen mehrerer Unternehmen der Saturn/Media Markt-Gruppe<sup>12</sup> zu entscheiden. Die Berliner Filiale einer anderen Elektromarkt-Kette war von der Berliner Tochtergesellschaft der Saturn/Media Markt-Gruppe sowie von einem weiteren Konzernunternehmen abgemahnt worden,

<sup>6</sup> In: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Auflage 2009, § 5a UWG Rn. 32.

<sup>7</sup> Bornkamm, a.a.O. weist zutreffend auf die der Regelung zugrunde liegende Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken hin und führt aus: „Denn aus der zur richtlinienkonformen Auslegung heranzuziehenden Bestimmung des Art 7 I und II der UGP-Richtlinie ergibt sich, dass die Richtlinie das Vorenthalten einer Information nur dann als unlautere Geschäftspraxis ansieht, wenn es sich (1) um eine wesentliche Information handelt und (2) und dies den Durchschnittsverbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte. Da die Richtlinie somit die geschäftliche Relevanz auch in Fällen voraussetzt, in denen eine wesentliche Information vorenthalten worden ist, ist auch im Rahmen des § 5 a III das ungeschriebene Merkmal der geschäftlichen Relevanz zu prüfen.“

<sup>8</sup> BGH GRUR 2006, 243, 244 – MEGA SALE; GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung.

<sup>9</sup> BGH GRUR 2006, 243, 244 – MEGA SALE; GRUR 2001, 84 – Neu in Bielefeld II.

<sup>10</sup> BGH GRUR 2001, 354, 355 – Verbandsklage gegen Vielfachabmahner.

<sup>11</sup> GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung.

<sup>12</sup> Damals noch vertreten durch ihren prominenten Anwalt Joachim Steinhöfel. Näheres unter [http://de.wikipedia.org/wiki/Joachim\\_Steinhöfel](http://de.wikipedia.org/wiki/Joachim_Steinhöfel).

beide vertreten von derselben Kanzlei. Der BGH hatte zuvor schon entschieden, dass die *Klageerhebung* durch verschiedene Konzernunternehmen rechtsmissbräuchlich sein könne.<sup>13</sup> In der genannten Entscheidung dehnt er diese Grundsätze auch auf Fälle von Abmahnungen mehrerer Konzernunternehmen aus. Das Gericht führt aus, die mehrfache Abmahnung sei unnötig belastend für den Abgemahnten und diene nur dem Kosteninteresse. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, mehrere Abmahnungen zu versenden, weil die Wiederholungsgefahr bereits durch Abgabe einer Unterlassungserklärung gegenüber einem Konzernunternehmen ausgeräumt werde.

- 12 Insbesondere lässt der BGH das Argument nicht gelten, dass mit der bundesweiten Vollstreckung eines Unterlassungstitels durch eine selbst nur regional tätige Konzerngesellschaft erhebliche administrative Mehrbelastungen verbunden seien, von deren Übernahmebereitschaft im Interesse der anderen Konzerngesellschaften nicht ohne weiteres ausgegangen werden könne. Denn, so der BGH<sup>14</sup>, selbst wenn man dies berücksichtige und ein Vorgehen jeder Gesellschaft für erforderlich halte, so hätten die Konzerngesellschaften die Kosten zumindest dadurch reduzieren müssen, dass sie als Streitgenossen in einem einheitlichen Verfahren hätten vorgehen können. Diese Argumentation betrifft freilich in erster Linie die prozessuale Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, sie dürfte sich aber auch für die Abmahnung nutzbar machen lassen. Denn mehrere von derselben Kanzlei vertretene Konzerngesellschaften können auch außerprozessual ihre Unterlassungsansprüche gemeinsam geltend machen. Dann erhöht sich zwar der Streitwert, weil die Unterlassungsansprüche der einzelnen Gläubiger zusammenzurechnen sind. Durch die Gebührendegression sind die Gebühren aber gleichwohl günstiger als beim gesonderten Geltendmachen der Ansprüche.

## S. 144

- HFR 10/2009 S. 5 -

- 13 b) Allerdings gelten diese Grundsätze nicht schrankenlos. So sind durchaus sachliche Gründe für eine Abmahntätigkeit oder Klageerhebung mehrerer Konzernunternehmen denkbar. Zunächst gilt das Dargelegte nur bei Verfolgung eines identischen Wettbewerbsverstoßes durch mehrere Unternehmen, nicht bei nur gleich gelagerten oder ähnlichen Verstößen.<sup>15</sup> Missbräuchlich ist ein paralleles Vorgehen aber auch dann nicht, wenn es etwa für eine vermeintlich irreführende Werbung über den Warenvorrat auf die tatsächlichen Verhältnisse in den jeweiligen Filialen der Beklagten ankommt. Da dieselbe überregional verbreitete Werbeanzeige hinsichtlich bestimmter Filialen zutreffend sein kann und hinsichtlich anderer irreführend im Sinne des § 5 UWG, bejaht der BGH in derartigen Fällen für die einzelnen Konzernunternehmen ein berechtigtes Interesse, den Wettbewerber jeweils an dem Ort, an dem dieser eine Filiale mit unzureichendem Warenvorrat betrieb, in Anspruch zu nehmen.<sup>16</sup>
- 14 Der BGH hält es auch nicht für erforderlich, die Verfahren zu bündeln. Das Gericht führt aus:

„Deshalb sind derartige Fälle für ein gebündeltes Vorgehen – etwa am Gerichtsstand der beklagten Partei – in aller Regel nicht geeignet, weil für alle Klagen bedeutsame Tatsachenfeststellungen nur hinsichtlich der einheitlich zugrunde liegenden Werbung, nicht aber hinsichtlich der Verhältnisse in den einzelnen Filialen getroffen werden können. In Fällen dieser Art würde, wenn der Prozess nicht am Ort der jeweiligen Filiale geführt würde, die Aufklärung des Sachverhalts unter Umständen dadurch erschwert, dass Zeugen oder Wissensvertreter (§ 141 III 2 ZPO) anreisen müssten.“

- 15 Das letzte Argument ist indes etwas zweifelhaft. Lässt man die Auswahl des Gerichts, das so genannte Forum Shopping, grundsätzlich zu und es hier auch nicht als Argument für eine missbräuchliche Erschwerung der Rechtsverteidigung genügen, wenn ein

<sup>13</sup> BGH NJW-RR 2000, 1710 – Neu in Bielefeld; GRUR 2001, 78 – Vielfachabmahner.

<sup>14</sup> BGH GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung.

<sup>15</sup> BGH GRUR 2004, 71 – Preisbrecher.

<sup>16</sup> BGH a.a.O.

Unterlassungsschuldner fernab seines Sitzes in Anspruch genommen wird, kann es umgekehrt nicht als unnötige Erschwerung der Rechtsdurchsetzung gelten, wenn Zeugen anreisen müssen.

S. 145

- HFR 10/2009 S. 6 -

- 16 c) Unter die Fallgruppe der Mehrfachverfolgung lässt sich auch das gleichzeitige Einleiten eines Verfügungsverfahrens und Erheben der Hauptsacheklage fassen. Auch wenn sich derartige Umstände erst nach dem Versenden der Abmahnung herausstellen, können sie ein Indiz sein, dass bereits die Abmahnung missbräuchlich war.
- 17 Leitet ein Unterlassungsgläubiger neben dem Verfügungs- auch ein Hauptsacheverfahren ein, ohne dass dafür eine sachliche Notwendigkeit besteht und ohne abzuwarten, ob eine inhaltsgleiche Verfügung ergeht und als endgültige Regelung anerkannt wird, kann die Erhebung der Hauptsacheklage missbräuchlich sein.<sup>17</sup> Ob die gleichzeitige Einleitung beider Verfahren für sich genommen genügt, ist allerdings nicht geklärt. In dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt hatte die Saturn/Media Markt-Gruppe nämlich gleichzeitig 14 (!) Verfügungs- und 14 Hauptsacheverfahren eingeleitet, so dass der Missbrauch auf der Hand lag.
- 18 Indes kann das sofortige Einleiten von Verfügungs- und Hauptsacheverfahren ohne sachlichen Grund auch für sich genommen missbräuchlich sein. Nicht umsonst fordert die Rechtsprechung nach dem Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass der Antragsteller den Antragsgegner zur Abgabe einer Abschlusserklärung auffordern muss, mit der dieser die einstweilige Verfügung als abschließende Regelung anerkennt.<sup>18</sup> Allerdings kann dies nur dann gelten, wenn die Verfahren tatsächlich gleichzeitig oder kurz hintereinander eingeleitet werden. Wird die einstweilige Verfügung zügig erlassen, hat der Antragsteller drei Wochen abzuwarten und den Antragsgegner dann zur Abgabe einer Abschlusserklärung aufzufordern.<sup>19</sup> Kommt dieser dem nicht nach, ist die Erhebung einer parallelen Hauptsacheklage auch dann nicht missbräuchlich, wenn der Antragsgegner Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung einlegt und das Verfügungsverfahren demnach noch nicht abgeschlossen ist. Das Widerspruchsverfahren muss der Antragsteller nicht abwarten. Im Übrigen sind legitime Interessen denkbar, die einen Missbrauch auch in Fällen der gleichzeitigen Verfahrenseinleitung ausschließen.
- 19 d) Missbräuchlich ist es schließlich, wenn drei Unterlassungsschuldner, die einen einheitlichen Gerichtsstand haben und sich von demselben Rechtsanwalt vertreten lassen, wegen einer gemeinsamen Werbeanzeige in drei getrennten Verfügungsverfahren in Anspruch genommen werden.<sup>20</sup>

S. 146

- HFR 10/2009 S. 7 -

## 20 2. Anzahl der Abmahnungen gegenüber verschiedenen Wettbewerbern

Auch wenn der Umstand, dass zahlreiche Abmahnungen gegenüber verschiedenen Wettbewerbern verschickt werden, grundsätzlich nicht ausreicht, um einen Missbrauch zu begründen,<sup>21</sup> so ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahme. Das Landgericht Braunschweig führt in seiner Entscheidung „Massenabmahner“<sup>22</sup> aus, dass auch eine Vielzahl von Abmahnungen eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 4 UWG indizieren könne. Dem Gericht waren bundesweit über 200 Verfahren der Klägerin und ihrer Muttergesellschaft bekannt, es waren offenbar gezielt verschiedene Gerichte angerufen worden, um dies zu verschleiern, und in den

<sup>17</sup> BGH NJW 2000, 3568 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; GRUR 2001, 78, 79 – Falsche Herstellerpreisempfehlung.

<sup>18</sup> Vgl. BGH GRUR 1973, 884 ff. – Goldene Armbänder.

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 1744, 1745.

<sup>20</sup> BGH GRUR 2006, 243, 244 – MEGA SALE.

<sup>21</sup> KG, Beschl. v. 25. Januar 2008 - 5 W 317/07; OLG München GRUR-RR 2007, 55.

<sup>22</sup> GRUR-RR 2008, 214.

Abmahnungen und Verfahren waren Textbausteine verwendet worden. Das LG Bielefeld<sup>23</sup> lässt 100 Abmahnungen für einen Missbrauch genügen, wenn hinzukommt, dass die Abmahnungen eine noch ungeklärte Rechtsfrage betreffen; in derartigen Fällen entspreche es „normalem wettbewerbsrechtlichem Verhalten“ einige Fälle exemplarisch herauszugreifen und einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen.

21 Die meisten Gerichte lassen indes die bloße Anzahl der Abmahnungen nicht für die Annahme eines Missbrauchs genügen, so das LG Hamburg<sup>24</sup> bei 50 Abmahnungen in drei Jahren oder das OLG Frankfurt<sup>25</sup> sogar im Fall von 200 Abmahnungen wegen fehlerhafter Widerrufsbelehrungen in nicht einmal einem Jahr. Das OLG Frankfurt führt aus:

22 „Wenn daher ein – auch wirtschaftlich unbedeutendes – Unternehmen, das die gesetzlichen Vorgaben beachtet, seine Mitbewerber ebenfalls zur Einhaltung dieser Bestimmungen zwingen möchte, ist dies an sich ohne weiteres nachvollziehbar und nicht zu missbilligen. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass die Beachtung der Belehrungspflichten insbesondere über das Widerrufsrecht wegen der damit erfahrungsgemäß oft verbundenen Ausübung dieses Rechts zu betriebswirtschaftlichen Kosten führt, die sich der Konkurrent, der diese Vorgaben missachtet, erspart. Dann erscheint es im Hinblick auf die regional nicht begrenzte Wettbewerbssituation im Fernabsatzhandel auch konsequent, nicht nur gegen einige wenige, sondern gegen alle Mitbewerber und deren – im Internet unschwer auffindbaren – Wettbewerbsverstöße vorzugehen.“

S. 147

- HFR 10/2009 S. 8 -

23 So sehr es richtig ist, dass die Zahl der Abmahnungen allein einen Missbrauch nicht rechtfertigen kann, so sehr wäre es andererseits wünschenswert, wenn die Gerichte die Anforderungen an die Darlegung eines Missbrauchs nicht überspannten. Denn in diesem Fall kam hinzu, dass der Antragsteller in diesem Verfahren auch noch stets einen Gegenstandswert von 25.000,00 EUR angegeben hatte. Das OLG meint, dieser Wert sei zwar deutlich überhöht, bewege sich aber noch im gewöhnlichen Rahmen bei durchschnittlichen Wettbewerbsverstößen. Letzteres mag richtig sein, eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung ist aber kein durchschnittlicher Verstoß – nicht umsonst nimmt das OLG Düsseldorf<sup>26</sup> in derartigen Fällen einen Gegenstandswert von 900,00 EUR an. Es kommt hinzu, dass die Ausführungen des OLG ein wenig lebensfremd erscheinen; denn die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind – mögen sie auch vorhanden sein – nur gering. Schließlich führt das OLG aus, der Antragsteller und sein Anwalt hätten in der mündlichen Verhandlung glaubhaft versichert, dass der Antragsteller das Kostenrisiko bei einem Fehlschlagen der Abmahnungen selbst trage. Die Glaubhaftigkeit dieser Äußerung ist zumindest zweifelhaft, denn bei dem offenbar stets angegebenen Gegenstandswert von 25.000,00 EUR liegen die Netto-Anwaltskosten nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz je Abmahnung bei 911,80 EUR. Das Kostenrisiko liegt damit bereits ohne Berücksichtigung späterer Prozesskosten bei ca. 180.000,00 EUR. Dass ein kleineres Unternehmen dies selbst schultert, kann bezweifelt werden.

24 Eine Vielzahl von Klagen gegen Mitbewerber, die sich auf Umstände des Einzelfalls stützen und nicht auf unproblematische Fälle beschränkt sind, ist allerdings kein Indiz für eine Missbräuchlichkeit.<sup>27</sup>

### 25 3. Gebührenerzielungsinteresse/Belastung mit Kosten

In den unter 2. dargestellten Fällen werden die Abmahnungen zumindest auch dem Gebühreninteresse gedient haben. Gibt es außer der Anzahl der Abmahnungen oder Kla-

<sup>23</sup> MMR 2006, 561, 562.

<sup>24</sup> Urt. v. 29.11.2007 – 315 O 347/07. Hier war die Anzahl der Abmahnungen zwar deutlich geringer, das Landgericht sah sich deshalb aber auch zu der deutlichen Stellungnahme genötigt, damit sei die Schwelle für einen Missbrauch „bei weitem“ nicht erreicht.

<sup>25</sup> GRUR-RR 2007, 56, 57 – sprechender Link.

<sup>26</sup> Beschl. v. 05.07.2007 - I-20 W 15/07.

<sup>27</sup> BGH GRUR 2005, 433, 434 – Telekanzlei.

gen andere Indizien, die darauf hindeuten, dass die Abmahntätigkeit in erster Linie auf das Erzielen von Gebühren oder die Belastung des Gegners mit Kosten gerichtet ist, kann sich auch daraus die Missbräuchlichkeit ergeben.

S. 148

- HFR 10/2009 S. 9 -

- 26 a) Ein Missbrauch ist dann anzunehmen, wenn die Abmahntätigkeit sich verselbständigt, d.h. in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit steht und bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse außer einem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann.<sup>28</sup> Die Erzielung von Einnahmen muss also im Vordergrund stehen, und die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs darf nur ein Vorwand sein.<sup>29</sup>
- 27 Dies ist im Einzelfall zwar schwer nachzuweisen. Die Rechtsprechung hat gleichwohl bereits mehrfach aus den genannten Gründen die Missbräuchlichkeit der Abmahnung bejaht, etwa im Fall eines Anwalts, der ein Nebengewerbe betrieb und dies zum Anlass einer eigenen umfangreichen Abmahntätigkeit nahm.<sup>30</sup> Das OLG Stuttgart<sup>31</sup> hielt die Abmahnung eines kleinen Kosmetikunternehmens für missbräuchlich, das im Jahr 2002 einen Umsatz von 200.000,00 EUR erzielte und gleichzeitig zwischen Mitte 2001 und April 2002 149 Abmahnungen versandt hatte. Das Gericht rechnete hoch, dass der Umsatz vermutlich im Wesentlichen mit den Abmahnungen erzielt worden sei. Zudem vertrieb das Unternehmen Kosmetikprodukte vor allem an Bestandskunden in einer bestimmten Region. Das OLG schloss daraus, dass die Abmahnung von zahlreichen Einzelhändlern im gesamten Bundesgebiet nur wegen des Interesses, Gebühren zu erzielen, überhaupt Sinn ergebe.
- 28 Das OLG Köln<sup>32</sup> hat einen Missbrauch in einem Fall angenommen, in dem ein Unternehmen 95 Abmahnungen versandt hatte. Es hatte in dem Verfahren beim OLG Köln sowie in anderen Verfahren eingeräumt, dass er ein bis zweimal pro Woche seinen Anwalt aufsuche, um die Abmahntätigkeit zu besprechen und dass sein Anwalt einen „Fonds“ gebildet habe, innerhalb dessen die Kosten verrechnet würden, wenn er die Verfahren verliere. Zudem habe der Antragsteller vorgetragen, er habe eigens einen Mitarbeiter zum Aufspüren von Wettbewerbsverstößen beschäftigt. Der Antragsteller nutze die Abmahnungen daher vorwiegend als Einnahmequelle für sich und seinen Anwalt.
- 29 Ein weiteres Indiz kann es sein, wenn der „Massenabmahner“ in keinem Fall den Anspruch gerichtlich durchzusetzen versucht<sup>33</sup> oder schon bei geringem Widerstand des Schuldners eine große Vergleichsbereitschaft zeigt.<sup>34</sup> Auch die Annahme eines deutlich überhöhten Streitwerts kann ein Indiz sein.<sup>35</sup>

S. 149

- HFR 10/2009 S. 10 -

- 30 b) Sehr nah an der Fallgruppe des Gebührenerzielungsinteresses ist es, wenn Motiv der Abmahnung das Verursachen möglichst hoher Kosten für den Abgemahnten ist.<sup>36</sup> Beide Fallgruppen greifen ineinander, und im Einzelfall wird sich schwer feststellen lassen, ob es dem Abmahnenden in erster Linie um eigene Einkünfte – über eine Beteiligung an

<sup>28</sup> BGH GRUR 2001, 260, 261 – Vielfachabmahner.

<sup>29</sup> BGH GRUR 1990, 282, 284 – Wettbewerbsverein); OLG Stuttgart, Urt. v. 17.10.2002 – 2 U 100/02.

<sup>30</sup> KG GRUR-RR 2004, 335.

<sup>31</sup> A.a.O.

<sup>32</sup> GRUR 1993, 571 ff. – Missbrauch der Antragsbefugnis. In der Entscheidung verneint der BGH allerdings einen Missbrauch. Da Kläger des Verfahrens ein Wettbewerbsverband war, war der Maßstab vermutlich ohnehin aber ein anderer als bei der Klage eines Wettbewerbers.

<sup>33</sup> BGH GRUR 1999, 1116, 1118 – Wir dürfen nicht feiern; AG Schleiden, Urt. v. 1. 12. 2008 – 9 C 158/08, BeckRS 2008 25274. Das AG Schleiden hatte sich hier mit der interessanten Erklärung des Unterlassungsgläubigers auseinandersetzen, die Computeranlage seines Prozessbevollmächtigten sei gestohlen worden, daher habe er die Ansprüche nicht weiterverfolgen können.

<sup>34</sup> AG Schleiden a.a.O.

<sup>35</sup> Vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 56, 57 – sprechender Link. Im konkreten Fall hat das OLG einen überhöhten Streitwert indes nicht angenommen (vgl. oben unter 2.).

<sup>36</sup> BGH GRUR 2001, 78, 79 – Falsche Herstellerpreisempfehlung.

den Anwaltsgebühren – geht oder die Schwächung des Mitbewerbers durch das Verursachen hoher Kosten.

31 Nur um die Belastung des Konkurrenten mit Kosten geht es indes, wenn der Gläubiger des Unterlassungsanspruchs sich stets ein ortsfernes Gericht aussucht, um den Schuldner in Anspruch zu nehmen. Zwar ist es grundsätzlich legitim, wenn sich der Gläubiger ein für ihn günstig gelegenes Gericht an seinem Heimatort auswählt<sup>37</sup> oder ein Gericht mit einer für ihn günstigen Rechtsprechung.<sup>38</sup> Sind derartige sachliche Motive aber nicht ersichtlich, und wählt der Gläubiger insbesondere stets ein Gericht aus, das vom Sitz des Schuldners möglichst weit entfernt ist, indiziert dies einen Missbrauch. Das Kammergericht führt in einem Beschluss vom 25. Januar 2008<sup>39</sup> aus:

32 „Würde es der Antragstellerin um die Ausnutzung einer für sie günstigen Rechtsprechungslage gehen, hätte es seinerzeit nahegelegenen, ausschließlich oder zumindest vorzugsweise Hamburger und Berliner Gerichte anzurufen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Vielmehr wurden und werden die Verletzer deutschlandweit in Anspruch genommen, und zwar möglichst weit von ihrem Wohn- und Geschäftssitz entfernt, und zwar auch dann, wenn das Sitz- oder das nächstgelegene Gericht zum Kreis der ansonsten vom Gläubiger Präferierten zählt. Als besonders krass empfindet es der Senat insoweit, dass vor dem Landgericht Köln ein Antragsgegner aus Hamburg (ferner auch aus Bautzen und Pirmasens) in Anspruch genommen wird, wohingegen vor dem Landgericht Hamburg Antragsgegner aus Bonn und aus der Nähe von Düsseldorf in Anspruch genommen werden, und dass ein Gegner aus der Nähe von Würzburg in Berlin, ein Gegner aus Göppingen demgegenüber in Würzburg in Anspruch genommen wird. Des Weiteren werden etwa Gegner aus Bremen oder Umgebung in Braunschweig oder Berlin und Gegner aus Kaiserslautern oder Pforzheim in Magdeburg in Anspruch genommen.“

S. 150

- HFR 10/2009 S. 11 -

#### 33 4. Behinderung

Missbräuchlich ist es schließlich, wenn die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen dazu dient, den Wettbewerber gezielt zu behindern, etwa, indem mehrere durch dieselbe Handlung verursachte Wettbewerbsverstöße nacheinander angegriffen werden. Nun wird in derartigen Fällen die Grenze zu den Fällen des Gebührenerzielungsinteresses häufig verschwimmen, weil die Versendung mehrerer Abmahnungen und die Erhebung mehrerer Klagen zwangsläufig zu höheren Kosten führen. Im Einzelfall mag allerdings die gezielte Behinderung leichter zu durchschauen und zu beweisen sein als das Gebührenerzielungsinteresse. Dies zeigt ein Fall, über den das OLG Hamburg<sup>40</sup> zu entscheiden hatte:

34 Ein Pharmaunternehmen mahnte ein Konkurrenzunternehmen ab, das Medikamente mit einem Beipackzettel vertrieb, dessen Angaben gegen das Heilmittelwerbegesetz verstießen. Da die Unterlassungsschuldnerin sich nicht unterwarf, erwirkte die Gläubigerin eine einstweilige Verfügung. Die Schuldnerin musste daraufhin neue Zettel drucken lassen und das Medikament zeitweise aus dem Verkehr ziehen. Mehrere Monate später mahnte die Gläubigerin die Schuldnerin erneut ab, weil der Beipackzettel zudem irreführende Werbeaussagen enthielt, die er allerdings auch in der ursprünglichen Version enthalten hatte, was der Gläubigerin auch bekannt gewesen war. Das OLG führt aus, dass eine derartige „Salamitaktik“ nur das Ziel gehabt haben könne, den Wettbewerber zu schädigen. Ob daneben ein Gebührenerzielungsinteresse bestehe, sei unerheblich. Es genüge, dass der Schuldnerin durch das mehrfache Ändern des Beipackzettels erhebliche Kosten entstanden waren. Da die Beteiligten ein identisches Präparat vertrieben (die Gläubigerin im Original, die Schuldnerin als Parallelimport) war sogar

<sup>37</sup> LG Hamburg, Beschl. v. 22. Januar 2009 – 408 O 218/07.

<sup>38</sup> KG, Beschl. v. 25. Januar 2008 – 5 W 371/07.

<sup>39</sup> A.a.O.

<sup>40</sup> NJWE-WettbR 1996, 183 f.



davon auszugehen, dass der Gläubigerin Umsatzauffälle bei der Schuldnerin während der Umstellung der Beilage unmittelbar zugute gekommen waren. Ähnlich sah es das OLG München<sup>41</sup> in einem Fall, in dem der zu Beginn erwähnte Elektromarktkonzern mit mehreren Unternehmen einen Konkurrenten zunächst wegen einer falschen Angabe in einer Werbeanzeige in Anspruch nahm und später erneut wegen eines weiteren Wettbewerbsverstößes in derselben Anzeige.

S. 151

- HFR 10/2009 S. 12 -

### 35 5. „Verkauf“ des Anspruchs

Missbräuchlich ist es schließlich, wenn der Unterlassungsgläubiger versucht, sich seinen Anspruch „abkaufen“ zu lassen. So hielt das OLG Hamm<sup>42</sup> eine Klage auf Unterlassung für unzulässig, nachdem der Gläubiger versucht hatte, sich vom Schuldner 580.000,00 EUR dafür zahlen zu lassen, dass dieser von weiteren Abmahnungen und Klagen Abstand nahm.

36 Zur Begründung verweist das OLG Hamm pauschal darauf, dass dem Vorgehen ein Makel anhafte, der es rechtsmissbräuchlich erscheinen lasse. Hinter der Entscheidung stecke auch der Gedanke, dass bereits den Anfängen zu wehren sei. Ungeachtet dieser etwas zweifelhaften Begründung über einen Präventionsgedanken, ist das gefundene Ergebnis richtig. Denn die Voraussetzungen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung für einen Missbrauch verlangt, liegen ohne weiteres vor. Es ist ein eindeutig sachfremdes Motiv der Inanspruchnahme, wenn es dem Gläubiger nicht auf das Abstellen des beanstandeten Wettbewerbsverstößes, sondern das Erzielen eines hohen Geldbetrages ankommt.

### 37 IV. Rechtsfolgen

Folge der Missbräuchlichkeit ist zunächst nach § 8 Abs. 4 UWG, dass die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs „unzulässig“ wird. Auch eine nachfolgend erhobene Klage ist dann tatsächlich auch im prozessualen Sinne unzulässig.<sup>43</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die Klage ihrerseits missbräuchlich ist oder nicht.<sup>44</sup> Dass der Abmahner daneben keinen Kostenersatz nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG verlangen kann, liegt auf der Hand.

38 Ergibt sich die Missbräuchlichkeit aus einer Mehrfachverfolgung gegenüber demselben Schuldner, führt der Missbrauch nicht nur dazu, dass die zweite Abmahnung oder Klage keinen Erfolg mehr hat; vielmehr sind sämtliche Abmahnungen von Konzernunternehmen unwirksam und sämtliche Klagen auf Unterlassung unzulässig.<sup>45</sup> Anders ist es, wenn zwei vom selben Rechtsanwalt vertretene Konzernunternehmen einen Mitbewerber wegen desselben Wettbewerbsverstößes zeitlich versetzt beim selben Gericht in Anspruch nehmen. Auch dies ist zwar missbräuchlich, wenn sich der Kläger im zweiten Verfahren dem ersten Verfahren noch hätte anschließen können; hier wird aber die zweite Klage unzulässig, an der Zulässigkeit der ersten ändert sich nichts.<sup>46</sup> Dies ist auch folgerichtig, weil es eben nicht unzulässig gewesen wäre, diese Klage sogar durch Begründung einer Streitgenossenschaft auf der Klägerseite zu erweitern.

---

<sup>41</sup> NJWE-WettbR 1998, 211 f.

<sup>42</sup> GRUR-RR 2005, 141 ff. – Sortenreinheit.

<sup>43</sup> GRUR 2002, 357, 359 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; BGH GRUR 2002, 715, 717 – Scanner-Werbung; a.A. Bornkamm, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 4.7.

<sup>44</sup> BGH a.a.O. – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung.

<sup>45</sup> BGH NJW 1999, 1332 – Vorratslücken.

<sup>46</sup> BGH GRUR 2002, 713, 715 – Zeitlich versetzte Mehrfachverfolgung.

- 39 Dem missbräuchlich Abgemahnten kann im Übrigen ein Anspruch aus § 826 BGB auf Ersatz der durch die Verteidigung gegen die Abmahnung entstandenen Abmahnkosten zustehen.<sup>47</sup>

S. 152

- HFR 10/2009 S. 13 -

40 **V. Fazit**

Die Rechtsprechung hat teilweise praktikable Lösungen gefunden, dem Abmahnmissbrauch beizukommen. Allerdings werden die Umstände, die die Darlegung eines Missbrauchs ermöglichen, nur in den seltensten Fällen auf der Hand liegen. Hier kann zwar der Abgemahnte den Unterlassungsgläubiger in manchen Fällen mit dessen eigenen Waffen schlagen, indem auch er das Internet nutzt, um herauszubekommen, in welchem Ausmaß der Gläubiger gegenüber anderen Wettbewerbern tätig geworden ist. Da aber viele Fälle bleiben werden, in denen sich der Missbrauch nicht nachweisen lässt – so wird sich etwa nur bei einem sehr ungeschickten Verhalten des Gläubigers dessen Beteiligung an den Anwaltsgebühren offenlegen lassen –, wäre es gleichwohl wünschenswert, wenn die Rechtsprechung die Bagatellschwelle des § 3 UWG und nunmehr auch das Erfordernis einer geschäftlichen Relevanz etwas ernster nähme und zudem mit dem Ansetzen niedriger Streitwerte bei Bagatellfällen, die knapp über der Schwelle liegen, der Wirtschaftlichkeit des Abmahnmissbrauchs einen Riegel vorschöbe.

*Zitierempfehlung:* Cornelius Renner, HFR 2009, S. 140 ff.

---

<sup>47</sup> AG Schleiden, Urt. v. 1. 12. 2008 – 9 C 158/08, BeckRS 2008 25274. Das AG Schleiden gesteht dem Abgemahnten sogar den Ersatz einer 2,5 Geschäftsgebühr zu, und zwar wegen der aufwändigen Ermittlung der Umstände, die die Missbräuchlichkeit der Abmahnung begründeten.