

Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 8 Abs. 4 UWG

- 1. Ob die Anspruchsverfolgung überwiegend von sachfremden Erwägungen bestimmt ist, ist im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände zu bestimmen. Um sich ein Bild von den Motiven des Anspruchstellers zu machen, muss auf wahrnehmbare Tatsachen abgestellt werden, die den Schluss auf die Motivation als innere Tatsache zulassen.**
- 2. Anhaltspunkte hierfür sind insoweit die Art und Schwere der Zuwiderhandlung wie auch das Verhalten des Anspruchstellers bei der Rechtsverfolgung etwa in früheren und späteren Fällen.**
- 3. Auch eine umfangreichere Abmahntätigkeit kann für sich allein noch keinen Rechtsmissbrauch begründen, wenn und soweit entsprechend auch umfangreiche Verletzungen in Betracht kommen.**

OLG Hamm, Urteil vom 28.07.2011, Az.: I-4 U 55/11

Die Berufung des Klägers gegen das am 17.02.2011 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

I.

Der Kläger verkauft unter der Internetadresse www.xxx1.de Badeenten. Unter www.xxx2.de bot die Beklagte unter einer Bestellnummer das Produkt "xx" mit Foto und nebenstehender Preisangabe "14,99 Euro" an. Auf Umsatzsteuer und Versandkosten wird am unteren, erst durch Bildschirmscrollen erreichbaren Rand

der Internetseite durch die Formulierung "Preisangaben inkl. gesetzl. MwSt und zzgl. Service- & Versandkosten" hingewiesen. Die Angabe "Service- & Versandkosten" wird mit einem Hyperlink unterlegt, der bei Anklicken die Versandoptionen und -kosten für den Artikel zeigt. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten findet sich eine Widerrufsbelehrung und eine Information über die Möglichkeit zur Rückgabe von Waren mit dem aus dem Klageantrag ersichtlichen Wortlaut.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 31.08.2009 mahnte der Kläger die Beklagte wegen dieses Internetauftritts ab und verlangte erfolglos die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung mit einem Vertragsstrafversprechen in Höhe von 5.100 Euro für jeden Verstoß und "unter Ausschluss der Einrede des Fortsetzungszusammenhanges" bis zum 8.9.2009 sowie Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnkosten in Höhe von 1.379,80 Euro bis zum 15.9.2009. Der Kläger beantragte in der Folge eine einstweilige Verfügung, deren Erlass durch das LG Bochum mit Urteil vom 07.10.2009 unter dem Aktenzeichen 17 O 114/09 zunächst abgelehnt, auf die Berufung durch den Senat mit Urteil vom 02. März 2010 unter dem Az. 4 U 208/09 aber gewährt wurde. Auf Verlangen des Klägers gab die Beklagte keine Abschlusserklärung ab, so dass der Kläger seinen Unterlassungsanspruch nunmehr im Hauptsacheverfahren verfolgt.

Der Kläger hat gemeint, der Auftritt der Beklagten sei unlauter und sein Vorgehen dagegen nicht rechtsmissbräuchlich. Die durch den Beklagten vorgetragene(n) Tatsachen aus den Verfahren LG Bochum 12 O 114/10 und 12 O 101/10 hätten nicht berücksichtigt werden dürfen, weil der diesbezügliche Vortrag verspätet gewesen sei und das Landgericht die zugrundeliegenden Fakten rechtsfehlerhaft selbstständig ermittelt habe.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es (bei Meidung von Ordnungsmitteln) zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren an Verbraucher im Fernabsatz im Internet Badeenten anzubieten,

1. ohne zugeordnet zu den Warenangeboten nur am unteren Rand der Internetseite darauf hinzuweisen, ob und ggfs. in welcher Höhe Versandkosten anfallen, wenn dieser Hinweis erst durch Scrollen der Seite eingesehen werden kann und/oder

2. ohne zugeordnet zu den Warenangeboten nur am unteren Ende der Internetseite darauf hinzuweisen, dass die genannten Preise die Mehrwertsteuer enthalten und/oder

3. im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die folgende Klausel zu verwenden: "Bei P kaufen Sie auf Probe, d.h. Sie können die gelieferten Waren ohne Angabe von Gründen innerhalb von 14 Tagen zurückgeben. Der Kaufvertrag/Kreditkaufvertrag wird nach Erhalt der Ware durch ihre Billigung bindend, spätestens jedoch nach Ablauf dieser 14tägigen Rückgabefrist";

wenn gleichzeitig in einer Belehrung über das Widerrufs- und Rückgaberecht die folgende Formulierung verwendet wird:

"Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von 2 Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder - wenn Ihnen die Ware vor Fristablauf überlassen wird - durch Rücksendung der Ware widerrufen. Die Frist beginnt nach Erhalt dieser Belehrung in Textform, jedoch nicht vor Eingang der Ware beim Empfänger und nicht vor der Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß §

312c Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 Abs. 1, 2 und 4 BGB-InfoV und § 312e Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 3 BGB-InfoV und auch nicht bevor der Kaufvertrag durch Ihre Billigung des gekauften Gegenstandes für Sie bindend geworden ist,

wenn dies wie in Anlage K 1 und K 2 ersichtlich geschieht;

4. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von der Forderung der Rechtsanwälte M in Höhe von 1.379,80 EUR durch Zahlung an die Rechtsanwälte M freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat mit Hinweis auf die Entscheidungen des Landgerichts Bochum zu 12 O 114/10 und 12 O 101/10 ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers gerügt, im Übrigen ihren Wettbewerbsauftritt für rechtskonform gehalten. Insbesondere wisse der Nutzer, dass bei Bestellungen im Internet Versandkosten anfallen. Er könne den zugehörigen Hyperlink am Boden der Angebotsseite auch finden. Anhand der Formulierung der Widerrufsbelehrung erkenne er, dass die Beklagte einen Kauf auf Probe, daneben aber zusätzlich die 14tägige gesetzliche Widerrufsfrist gewähre.

Das Landgericht hat das Vorgehen des Klägers für rechtsmissbräuchlich gehalten und die Klage abgewiesen. Es hat sich für befugt gehalten, die im Rahmen der sonstigen beim Landgericht Bochum anhängigen Verfahren des Klägers bekannt gewordenen Tatsachen, die für ein missbräuchliches Verhalten sprechen, zu berücksichtigen. Das Landgericht hat als Indizien für ein missbräuchliches Vorgehen angesehen die Anzahl der aus anderen Verfahren bekannt gewordenen Abmahnungen, das angesichts der Vielzahl von Abmahnungen eingegangene Kostenrisiko, dem ein verhältnismäßig niedriger operativer Umsatz in Höhe von 200.000,- Euro jährlich gegenüberstehe, der hohe Streitwert im Verfahren LG Bochum 13 O 164/08, der erst durch das Gericht von 60.000,- auf 20.000,- Euro herabgesetzt worden ist, die Nahezu-Gleichsetzung der Fristen für die Zahlung von Abmahnkosten mit dem Termin zur Abgabe der Unterwerfungserklärung, das Verlangen einer aus Sicht des Landgerichts am oberen Rand liegenden Vertragsstrafe in Höhe von 5.100,- Euro für jeden Verstoß, die Verkoppelung der Vertragsstrafe mit dem Ausschluss der Einrede des Fortsetzungszusammenhangs, das systematische Verlangen uneingeschränkter Verzichtsklauseln und die Verweigerung der Übersendung einer Originalvollmacht im Verfahren LG Bochum 12 O 114/10, obgleich diese ohne nennenswerten Aufwand möglich gewesen wäre. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er ist der Ansicht, das Landgericht hätte Tatsachen aus Verfahren, die vor einer Nachbarkammer anhängig waren, nicht selbst ermitteln dürfen. Insbesondere seien Tatsachen aus solchen Verfahren auch nicht offenkundig, wenn sich der Richter über ihr Vorliegen erst durch Vorlegung von Akten informieren muss. Zum Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens meint der Kläger, die Gerichte zeigten eine bedenkliche Tendenz, mittlerweile jedem Wettbewerbsprozess eine Rechtsmissbrauchsprüfung vorangehen zu lassen. Der Kläger hält sich demgegenüber für berechtigt, mit den von ihm gewählten Mitteln gegen die Beklagte vorzugehen. Im hiesigen Fall sei nur eine einzige Abmahnung ausgesprochen und sodann im Verfügungs- und Hauptsacheverfahren durchgesetzt worden. Die Erkenntnisse aus anderen Verfahren betreffen Vorgänge aus dem Jahr 2009. Das Verfahren berge für den Kläger keine besonderen Kostenrisiken angesichts des Umstandes, dass der in einem beschränkten Markt tätige Kläger ein gesteigertes

Interesse daran habe, die Tätigkeit seiner Mitbewerber zu beobachten und gegen unlauteres Verhalten vorzugehen. Der Kläger behauptet, 490.000,- Euro Umsatz zu erzielen, die Kostenrisiken der von ihm geführten Verfahren würden sich über einen längeren Zeitraum strecken. Die von ihm jeweils zugrunde gelegten Streitwerte seien nur in einem Fall vom Landgericht als überhöht korrigiert worden. Kurze Fristen für die Zahlung von Kostenerstattungsansprüchen seien unschädlich, da die Gerichte unangemessene Fristen korrigieren würden. Die vom Kläger geforderten Vertragsstrafen und Formulierungen in den Unterwerfungserklärungen entsprächen den in den üblichen Formularbüchern gegebenen Empfehlungen. Die Übersendung einer Originalvollmacht hätte in dem konkreten Verfahren 12 O 114/10 LG Bochum das zu entscheidende Rechtsproblem nicht beseitigt, weil der Schuldner im dortigen Fall die Unterwerfungserklärung unter die Bedingung gestellt habe, dass ihm die Originalvollmacht vorgelegt werde. Doch sei die geforderte Erklärung bedingungsfeindlich und daher inakzeptabel.

Der Kläger beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bochum vom 17.2.2011 - 14 O 110/10, die Beklagte gemäß den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil. Sie meint, das Landgericht habe das Prozessrecht einwandfrei angewandt und zu Recht einen Fall des Rechtsmissbrauchs angenommen. Darüber hinaus fehle es an einem Wettbewerbsverstoß. Das Landgericht habe insbesondere nicht gegen den Beibringungssatz verstoßen, denn als Erkenntnisquelle dürften auch gerichtsbekannte Tatsachen genutzt und vom Gericht selbst in den Prozess eingebracht werden. Im Gegensatz zum Kläger ist die Beklagte der Auffassung, dass die Novellierung des UWG und das Erfordernis eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses keinen Anlass gäben, den Missbrauchseinwand strenger und damit restriktiver zu handhaben. Im Zusammenhang mit der von ihr erhobenen negativen Feststellungsklage weist die Beklagte den Vorwurf des Klägers zurück, sie werfe ihre finanzielle Überlegenheit in die Waagschale.

Die Beklagte legt des Weiteren dar, dass ihrer Meinung nach die Anzahl der vom Kläger ausgesprochenen Abmahnungen - nach ihrem Kenntnisstand mindestens 37 in drei Jahren - in keinem vernünftigen Verhältnis zur Geschäftstätigkeit stehe. Hinsichtlich der Abmahnungen legt die Beklagte Gegnerlisten vor. Sie veranschlagt die Kosten für das Verfügungs- und das vorliegende Hauptsacheverfahren auf 40.000, €. Das mache schon 20 % des vom Landgericht zugrunde gelegten Jahresumsatzes der Klägerin aus. Dass der Umsatz im Jahr 2009 bei 490.000 € gelegen habe, bestreitet die Beklagte. Ihrer Ansicht nach muss der Kläger den von ihm behaupteten Umsatz nachweisen. Angesichts der sehr geringen Eingriffsintensität der vom Kläger monierten Wettbewerbsverstöße widerspreche es jeder wirtschaftlichen Vernunft, wenn der Kläger ein derart hohes Kostenrisiko für die Durchsetzung von Ansprüchen in Kauf nehme, deren wirtschaftlicher Wert für ihn kaum messbar sei. Motiv seiner Abmahntätigkeit könne daher einzig und allein sein, dass es ihm darauf ankomme, Kostenerstattungsansprüche zu begründen.

Die Beklagte trägt des Weiteren vor, dass es bei den Geschäftsbereichen der Parteien nur minimale Überschneidungen gebe. Deshalb bestehe kein nachvollziehbares Interesse des Klägers an der Rechtsverfolgung.

Die Akten 17 O 114/09 LG Bochum = I-4 U 208/09 OLG Hamm lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und zulässige Berufung ist unbegründet.

Der Kläger kann von der Beklagten nicht Unterlassung und Freistellung von den Kosten der vorgerichtlichen Abmahnung verlangen. Die Klage ist unzulässig, da der Kläger mit seiner Rechtsverfolgung rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG gehandelt hat. Auf die Beurteilung der geltend gemachten Unterlassungsansprüche in der Sache kommt es nicht mehr an.

1.

a)

Ob das Landgericht einen Rechtsfehler begangen hat, indem es Kenntnisse aus den Verfahren LG Bochum 12 O 114/10 und 12 O 101/10 beigezogen hat, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben. Denn die Frage, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG vorliegt, ist nicht nur im erstinstanzlichen, sondern auch im Berufungsverfahren von Amts wegen zu prüfen. Das folgt bereits daraus, dass jedenfalls im Wettbewerbsverfahren § 8 Abs. 4 UWG auch eine Sachurteilsvoraussetzung begründet (vgl. nur BGHZ 149, 371, 372 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; BGH GRUR 2006, 243 Tz. 15 - MEGA SALE; Büscher in: Fezer, UWG, 2. Aufl. 2010, § 8 Rn. 283). Da es um eine Voraussetzung geht, die das Gericht überhaupt erst in die Lage versetzt, sachlich über das Klagebegehren zu verhandeln, ist sie in jeder Lage des Verfahrens noch bis zum Revisionsverfahren zu überprüfen (Greger in Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2009, Vor § 253 Rn 9). Die Verspätungsrüge kann daher bei solchen Voraussetzungen jedenfalls im Berufungsverfahren nicht mehr erfolgreich sein.

Daraus ergibt sich, dass das Berufungsgericht alle ihm vorliegenden und zugänglichen Tatsachen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat. Das betrifft nicht nur die unstreitigen, sondern auch sonstige gerichtsbekannte, jedenfalls im Berufungsverfahren aktenkundige Tatsachen, die für einen Rechtsmissbrauch eines Beteiligten sprechen (Senat, Urteil vom 3.5.2011 - 4 U 9/11 - Salve einer Abmahnungsgemeinschaft, sub B 1). Jedenfalls das Berufungsgericht kann daher bei seiner Entscheidung die Augen nicht mehr davor verschließen, dass Erkenntnisse aus benachbarten Verfahren vorliegen, wenn diese im zu beurteilenden Verfahren aktenkundig geworden sind. Hinzu kommt, dass die vom Landgericht zugrunde gelegten Tatsachen dem Senat bereits aus den Berufungsverfahren 4 U 137/10, 4 U 141/10, 4 U 145/10 und 4 U 149/10, also seiner eigenen Spruchfähigkeit, bekannt sind. Daher kann die Frage, ob das Landgericht zu Unrecht Tatsachen selbst ermittelt hat, dahingestellt bleiben. Insoweit liegt auch kein Fall des § 531 ZPO vor.

b)

Ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör ist nicht ersichtlich, weil auch das Landgericht im Termin vom 12.8.2010 darauf hingewiesen hat, dass die Verfahren 12 O 101/10 und 12 O 114/10 LG Bochum hinzugezogen werden, zudem diesbezüglich auch Schriftsatzfrist gewährt wurde.

2.

a)

Von einem Rechtsmissbrauch im Sinne von § 8 IV UWG ist auszugehen, wenn bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele eindeutig überwiegen. Als ein solches Ziel kommt das im Gesetz ausdrücklich als Beispielsfall genannte Gebührenerzielungsinteresse ebenso in Betracht wie ein besonderes Kostenbelastungsinteresse. Von letzterem ist auszugehen, wenn es dem Gläubiger des Unterlassungsanspruchs in erster Linie darum geht, einen bestimmten oder mehrere Wettbewerber mit Kosten und Risiken zu belasten, die geeignet sind, seine personellen und finanziellen Kräfte zu binden (vgl. BGH GRUR 2001, 82, 83 - Neu in Bielefeld I; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, 29. Aufl. 2011, § 8 Rn. 4.13). Ob die Anspruchsverfolgung überwiegend von sachfremden Erwägungen bestimmt ist, ist im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände zu bestimmen. Um sich ein Bild von den Motiven des Anspruchstellers zu machen, muss auf wahrnehmbare Tatsachen abgestellt werden, die den Schluss auf die Motivation als innere Tatsache zulassen. Anhaltspunkte hierfür sind insoweit die Art und Schwere der Zuwiderhandlung wie auch das Verhalten des Anspruchstellers bei der Rechtsverfolgung etwa in früheren und späteren Fällen. In diesem Zusammenhang ist noch einmal klarzustellen, dass das Gesetz der Abmahnung grundsätzlich positiv gegenübersteht, gerade weil die Abmahnpraxis von Mitbewerbern und Verbänden und die gerichtliche Inanspruchnahme auch dem Interesse der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb dienen.

b)

Für ein überwiegend vom sachwidrigen Erwägungen bestimmtes Vorgehen des Klägers sprechen hier die folgenden Umstände.

aa)

Der Kläger hat - wie aus dem Verfahren 12 O 101/10 LG Bochum = 4 U 145/10 OLG Hamm bekannt - in erheblichem Umfang Abmahnungen aussprechen lassen. Allerdings kann auch eine umfangreichere Abmahnstätigkeit, wie sie hier angesichts der gerichtsbekanntenen 37 Gerichtsverfahren allein vor dem Landgericht Bochum gegeben ist, für sich allein noch keinen Rechtsmissbrauch begründen, wenn und soweit entsprechend auch umfangreiche Verletzungen in Betracht kommen (BGH GRUR 2005, 433, 434 - Telekanzlei; OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 56; Köhler, a.a.O. § 8 Rn. 4.12). Es müssen dann weitere Umstände hinzutreten, die die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs begründen können. Solch ein Umstand kann ein Missverhältnis zwischen der Zahl der Abmahnungen und dem Umfang des Geschäftsbetriebs sein ebenso wie die Art und Weise der Rechtsverfolgung (vgl. Senat, MMR 2009, 865). Ob und wann sich die Abmahnstätigkeit verselbständigt hat, ist unter Berücksichtigung der grundsätzlich von der Beklagten vorzutragenden Begleitumstände der Verletzungshandlung, des Wettbewerbsverhältnisses und der sonstigen Umstände wie der wirtschaftlichen Bedeutung des Gläubigers und sein Verhalten bei der Verfolgung des konkreten, aber auch anderer Wettbewerbsverstöße (vgl. BGH GRUR 2000, 1089 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung) im Rahmen des Freibeweises zu würdigen. Dass die bloße Anzahl der verfolgten Verstöße allein nicht maßgeblich sein kann, gilt hier auch vor dem Hintergrund, dass der Kläger durchaus ein berechtigtes Interesse daran hat, gegen typische Rechtsverstöße im Fernabsatz (Informationspflichten, Widerrufsbelehrung) vorzugehen. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass solche Verstöße schon wegen ihrer breiten Wirkung über das bundesweit verfügbare Internet keine Bagatellen sind (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 2.4.2009 - 4 U 213/08, MMR 2009, 552). Es müssen daher zu der Vielzahl der Abmahnungen und gerichtlichen Verfahren sowie zu der Typizität der gerügten Verstöße noch weitere Umstände hinzutreten, die für einen Rechtsmissbrauch sprechen. Solche Indizien liegen aber vor.

bb)

Das betrifft zunächst die vom Kläger angegebenen Streitwerte in Parallelverfahren. Zwar hat der Senat bei Verstößen im Fernabsatz auch Streitwertfestsetzungen durch die Landgerichte zwischen 10.000,- und 15.000,- Euro für jeden Verstoß nicht moniert (Senat - Beschlüsse 4 W 23/08; 4 W 49/08; 4 W 50/08). Der Kläger hat sich auch grundsätzlich in diesem Rahmen bewegt, doch gibt es Ausnahmen, wie bereits im Verfahren 4 U 49/11 OLG Hamm festgestellt wurde. Ohne hinreichenden Bezug zum Angriffsfaktor hat der Kläger bei Abmahnungen höhere, teilweise deutlich überhöhte Gegenstandswerte angesetzt. Im Verfahren 13 O 164/08 LG Bochum ist ein Streitwert von 60.000,- € angegeben worden, obwohl nach späterer Auffassung von Landgericht und Senat, der mit der Streitwertbeschwerde des Klägers befasst war, nur 20.000,- € angemessen waren. Im Verfügungsverfahren 12 O 16/10 LG Bochum ist der Streitwert im Verfügungsverfahren mit 30.000,- € angegeben worden, obwohl ein solcher Wert wie auch in dem hiesigen Verfahren bereits bei der Abmahnung zugrunde gelegt worden war. Die Abmahnung musste dabei von dem Wert ausgehen, der sich auf das Hauptsacheverfahren bezog; denn das Ziel der Abmahnung ist es, den Streit der Parteien insgesamt zu erledigen. Für das Verfügungsverfahren, das nur zu einer vorläufigen Regelung führt, so dass dafür 2/3 des Hauptsachestreitwerts anzusetzen sind, hätten dann jedenfalls im hiesigen Bezirk nur 20.000,- € zugrunde gelegt werden können. Bereits in einer Abmahnung vom 17.11.2008, deren Beanstandungen zum Gegenstand des Verfahrens 12 O 317/08 LG Bochum gemacht wurden, hat der Kläger ebenfalls mit 60.000,- € einen völlig überhöhten Streitwert angegeben. Im Verfahren 4 U 12/10 hat der Senat im Urteil vom 04.05.2010 bereits beanstandet, dass der Kläger ein Abschlusschreiben dazu ausnutzen wollte, nach Abrechnung quasi strafweise nach einem völlig überhöhten Streitwert von 90.000,- € überhöhte Gebühren abzurechnen. Das alleine reichte zwar für sich gesehen damals noch nicht aus, von einem Rechtsmissbrauch auszugehen. Es fügt sich aber heute als zu berücksichtigender Mosaikstein in die Gesamtbetrachtung ein. Das Verhalten des Klägers macht nämlich deutlich, dass mit überhöhten Streitwerten auch als Druckmittel gearbeitet wird. Wie sehr dem Kläger an hohen Vertragsstrafen gelegen ist, belegt sein Verhalten in dem Fall 12 O 101/10 LG Bochum = 4 U 145/10 OLG Hamm. Dort lehnte der Kläger eine Unterwerfungserklärung nach dem Hamburger Brauch ab, um anschließend eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Er begründete dies mit der Befürchtung, das Gericht könne im Wiederholungsfalle eine aus seiner Sicht zu niedrige Vertragsstrafe festsetzen.

cc)

Für sachfremde Motive bei der Rechtsverfolgung spricht auch, dass - wie dem Senat aus dem Verfahren 4 U 141/10 bekannt ist - mehrfach offenkundig nicht berechnete Gebührenforderungen geltend gemacht worden sind, nämlich für die erstmalige Einforderung einer Vertragsstrafe in den Verfahren 12 O 85/10 und 12 O 101/10 LG Bochum.

dd)

Der Kläger hat zudem den Eindruck nicht widerlegt, dass das Verhältnis der Abmahntätigkeit in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu seiner operativen Geschäftstätigkeit steht. Dies gilt nicht nur, wenn man mit dem Landgericht einen Jahresumsatz von 200.000,- Euro zugrunde legt, sondern auch wenn man von dem vom Kläger behaupteten Umsatz von 490.000,- Euro ausgeht. Gerade die Verbindung hoher Gegenstandswerte mit einem nicht übermäßig hohen operativen Geschäftsvolumen kann den Verdacht begründen, dass sich eine Abmahntätigkeit verselbständigt hat und vorrangig Behinderungszwecke verfolgt (Senat, Urteil vom 28.4.2009 - 4 U 216/08, MMR 2009, 865). Selbst wenn man zugunsten des Klägers die behaupteten 490.000,- Euro Jahresumsatz als richtig unterstellt, ergibt sich

bereits aus dem vorliegenden Verfahren ein Kostenrisiko für den Kläger, das 8% des von ihm erzielten Jahresumsatzes erreicht. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass insgesamt 37 Verfahren gerichtsanhängig sind - und wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten hat - weitere außergerichtlich erledigte Verfahren hinzukommen, ergibt sich eine Abmahntätigkeit, die in keinem Verhältnis mehr zur regulären Geschäftstätigkeit des Klägers steht. Allein daraus ergeben sich gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die Abmahntätigkeit vorwiegend sachfremden Zielen dient.

Der Senat erkennt dabei, dass die Risiken aus einem möglicherweise von Gerichten als rechtsmissbräuchlich angesehenen Abmahnverhalten erst sukzessive erkennbar werden. Insoweit berücksichtigt der Senat stets die Verteilung des Risikos über die Zeit. Allerdings erhöht sich das Kostenrisiko schlagartig, wenn ein Gericht missbräuchliches Verhalten bejaht, denn in einem solchen Falle können auch abgeschlossene Fälle wieder aufgerollt werden. Allerdings hat der Kläger in einem solchen Fall stets die Möglichkeit, seine Abmahntätigkeit zu begrenzen oder die von ihm eingesetzten Mittel abzumildern. Gerade diese Chance verhindert es auch, dass der Kläger mit einem Makel behaftet bleibt. Es ändert allerdings auch nichts an der Tatsache, dass der Senat das vergangene Abmahnverhalten so wie es im Jahre 2009 geschehen ist, zu beurteilen hat. Selbst wenn sich das Verhalten in der Gegenwart abmildert, würde dies nicht dazu führen, dass ein missbräuchliches Verhalten in der Vergangenheit seinen sachwidrigen Charakter verliert.

ee)

Dass es dem Kläger bei seinem Abmahnverhalten nicht vorrangig um die Reinerhaltung des Wettbewerbs ging, belegen Äußerungen des Klägers in verschiedenen Internetforen. In diesen ist, auch wenn der Zusammenhang zu beachten ist und teilweise auf vorausgegangene Beiträge eingegangen wird, insbesondere am 28. August 2009 wörtlich die Rede vom "Ausschalten" der Konkurrenz, auch wenn es im Zusammenhang mit einer Diskussion über das unterschiedliche Abmahnwesen in Deutschland und anderen Ländern geschah. Der Kläger bedauerte, dass er immer noch nach einem Trick suche, wie er mittels Abmahnung seine Konkurrenz ausschalten könne. Die Abmahnkosten und die Vertragsstrafenandrohung nach Hamburger Brauch wären noch nicht in ausreichender Weise existenzbedrohend für Mitbewerber. Dass dieser Beitrag nicht nur ironisch, sondern durchaus ernstgemeint war, zeigt eine Äußerung des Klägers in seinem Internetblog unter www.xxx3.de aus dem Jahre 2006, dass es ihm darum gehe, in seiner Nische keinen Wettbewerber mit besonders günstigen Preisen nicht zu dulden, damit er seine Preise erhöhen könne.

ff)

Weitere Umstände legen nahe, dass der Kläger in den von ihm geführten Verfahren einen übermäßigen Entscheidungsdruck auf die von ihm in Anspruch Genommenen ausübt.

(1)

Dazu gehört die Verkoppelung der Frist zur Zahlung der für die Abmahnung entstandenen vorgerichtlichen Gebühren mit der Frist für die Erfüllung des Unterwerfungsverlangens. Dieses Vorgehen des Klägers ist dem Senat aus dem Verfahren 4 U 137/10 bekannt geworden. Durch ein solches Verhalten wird der unzutreffende Eindruck erweckt, Unterwerfung und Kostenerstattung könnten zusammengehören und der Schuldner könne die Gefahr gerichtlicher Inanspruchnahme nur verhindern, wenn er neben der Unterlassungserklärung auch die Abmahnkosten umgehend erstattet (Senat, 4 U 24/10, 4 W 22/10). Erforderlich

ist eine solche Verkoppelung nicht. Selbst im einstweiligen Verfügungsverfahren lässt sich die Dringlichkeit ausreichend dadurch wahren, dass mit kurzer Frist die Unterlassungserklärung gefordert wird. Die schnelle Kostenerstattung hängt mit der Dringlichkeit dagegen nicht zusammen. Warum dieses Verfahren vom Kläger gewählt wurde, wird nicht erklärt, auch nicht durch den Hinweis darauf, dass das Gericht eine unangemessen kurze Frist angemessen verlängern kann. Zwar ist eine zeitliche Staffelung von Abmahnfrist mit der Frist zur Begleichung der Kostenerstattung nicht per se unzulässig, in der Kombination mit anderen Indizien kann sie allerdings den Rückschluss auf die innere Motivation der Abmahnstrategie eröffnen. So ist es auch hier.

(2)

Nicht erforderlich ist auch die Koppelung des Vertragsstrafeversprechens an den Ausschluss der Einrede des Fortsetzungszusammenhangs, um die Wiederholungsgefahr auszuschließen (BGHZ 121, 13 = NJW 1993, 721, 722). Vorliegend wurde der Verzicht auf die Einrede mit einer für sich genommenen noch zulässigen, aber nicht geringen Vertragsstrafeforderung in Höhe von 5.100,- Euro kombiniert. Eine solche Vertragsstrafe kann aber gerade bei Handlungen im Internet dazu führen, dass eine mehrfache Verwirkung zu insgesamt unangemessenen und außergewöhnlich hohen Gesamtstrafen und somit zu Haftungsfallen führen kann. Solche dem Kläger zugutekommenden Vertragsstrafen können einerseits erhebliches Einkommen für den Kläger generieren, andererseits den Wettbewerber empfindlich treffen und gezielt behindern. Ein sachliches Interesse an diesem Vorgehen wurde vom Kläger nicht dargelegt. Er hat lediglich darauf hingewiesen, dass das Vorgehen in älteren Formularbüchern empfohlen wird. Dabei wird ersichtlich übersehen, dass die Rechtsprechung die Figur des Fortsetzungszusammenhangs aufgegeben hat (BGH, Urt. v. 18.12.2008 - I ZB 32/06).

(3)

In der Sache 12 O 114/10 verweigerte der Kläger überdies die Übersendung einer Originalvollmacht, obwohl dann mit einem unbedingten Unterlassungsversprechen zu rechnen gewesen wäre. Originalvollmachten müssen zwar im Abmahnverfahren nicht schon kraft Gesetzes vorgelegt werden (BGH GRUR 2010, 1120 Tz. 15 - Vollmachtsnachweis), doch räumt die Vorlage der Vollmacht jedenfalls den Verdacht aus, dass der Prozessbevollmächtigte im eigenen Interesse und auf eigene Initiative vorgeht. Die Verweigerung der Übersendung einer Originalvollmacht ohne ersichtlichen Grund erweckt insoweit den Eindruck, dass der Kläger, der mit seinem gesamten Verhalten Druck auf den von ihm in Anspruch Genommenen aufbaut, naheliegende Mittel, diesen Eindruck zu korrigieren, nicht wählt. Sofern der Kläger einwendet, die Unterwerfung dürfe nicht unter eine (aufschiebende) Bedingung gestellt werden, ist dies nicht relevant. Zum einen wird ein solches Vorgehen in der wettbewerbsverfahrensrechtlichen Literatur durchaus für zulässig gehalten (Teplitzky, Wettbewerbsverfahrensrecht, 9. Aufl., Kap. 41 Rn. 6a), zum anderen leuchtet auch nach der Erklärung des Klägers nicht ein, warum er nicht den einfachen Weg, nämlich die Übersendung der leicht zu beschaffenden Originalvollmacht vorgenommen hat. Jedenfalls hätte sich der Inanspruchgenommene in einem solchen Fall nicht mehr darauf berufen können, dass die Voraussetzungen für sein Unterwerfungsversprechen noch nicht vorliegen.

c)

Je für sich genommen sind die vorgenannten Maßnahmen zwar noch nicht Ausdruck missbräuchlicher Verhaltensweisen. Doch zeigen sie, dass der Kläger zu Maßnahmen greift, die vor allem in ihrem Zusammenwirken unverhältnismäßig und zur lauterer Rechtsverfolgung nicht erforderlich sind. Da ausreichend Indizien für ein überwiegend von sachwidrigen Erwägungen bestimmtes Vorgehen vorliegen, hat der

Kläger seinerseits Umstände vorzutragen, die sein Verhalten rechtfertigen (BGH GRUR 2001, 178 - Impfstoffversand an Ärzte; GRUR 2006, 243 - MEGA-SALE; Fezer/Büscher, § 8 Rn 287). In der Regel erfordert dies die Darlegung der Abmahnpraxis.

An einer solchen Rechtfertigung fehlt es. In der Berufungsschrift nimmt der Kläger zwar ausführlich Stellung zu jedem der vorgenannten Indizien. Die Stellungnahme beschränkt sich aber im Wesentlichen darauf anzuführen, warum das genannte Indiz für sich genommen nicht überzeugend oder nicht ausreichend ist, um einen Rechtsmissbrauch zu begründen. Damit wird die eigentliche Bedeutung des Indizienkataloges aber verkannt. Der Katalog dient dem entscheidenden Gericht dazu, ein missbräuchliches Verhalten aus der Summe der Einzelumstände zu vermuten mit der Folge, dass der Kläger in einem solchen Fall sein Vorgehen rechtfertigen muss. Doch erschöpft sich die Erläuterung des Klägers in der Erklärung, dass er seine Rechte als Wettbewerber wahrnehmen können müsse. Diese Befugnis macht ihm niemand streitig. Die Art und Weise der Wahrnehmung ist es, die einem Mäßigungsgebot unterliegt.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 713 ZPO.

Da es um eine Gesamtbewertung und somit eine Einzelfallbewertung geht, ist eine Zulassung der Revision nicht veranlasst, § 543 Abs. 1 ZPO.