

Unterlassungsanspruch auch bei stillgelegtem Online-Shop

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 03.07.2014

Az.: 6 U 240/13

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 15.10.2013 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt a. M. teilweise dahin abgeändert, dass der Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 457,47 € nebst Zinsen in der ausgerichteten Höhe verurteilt bleibt und die weitergehende Zahlungsklage abgewiesen wird.

Im Übrigen wird die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass hinsichtlich des Unterlassungsausspruchs festgestellt wird, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

Die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils bleibt aufrecht erhalten. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerin, die seit Oktober 2012 A anbot, stieß am 26.10.2012 auf ein Internetangebot des Beklagten, welches ebenfalls A enthielt; auf der Homepage befanden sich eine Belehrung über das gesetzliche Rückgaberecht sowie eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die die Klägerin für unlauter hält. Auf der Webseite des Beklagten war weiter ein auf den 30.9.2011 datierter Hinweis zu sehen, wonach der Beklagte nach Kündigung der Geschäftsbeziehung mit seinem bisherigen Lieferanten ab dem 1.10.2011 nicht mehr lieferfähig sei, jedoch an neuen Produkten arbeite. Nach seiner Behauptung hat der Beklagte nach dem 30.9.2011 über seinen Internetshop keine Bestellungen mehr entgegengenommen.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (§ 540 I Nr. 1 ZPO), hat das Landgericht den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Unterlassung und zum Ersatz vorgerichtlicher Abmahnkosten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung.

Im Laufe des Berufungsverfahrens ist unstreitig geworden, dass die Klägerin ihren Handel mit A nach Rechtshängigkeit eingestellt hat. Die Klägerin hat daraufhin den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsantrages in der Hauptsache für erledigt erklärt; der Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

Mit der Berufung rügt der Beklagte die Unzulässigkeit der Klage, weil weder in der Klageschrift noch sonst im Verfahren ein gesetzlicher Vertreter der klagenden GbR genannt worden sei. Im Übrigen wiederholt und vertieft der Beklagte sein erstinstanzliches Vorbringen. Insbesondere trägt er weiterhin vor, dass die beanstandete Verletzungshandlung nach dem 30.9.2011 nicht mehr begangen worden sei; der Klägerin fehle daher die wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis, da sie zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung noch keine A vertrieben habe und infolgedessen nicht Mitbewerber des Beklagten gewesen sei.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass hinsichtlich des Unterlassungsausspruchs festgestellt wird, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

Die Klägerin trägt vor, dass sie durch ihre Gesellschafter B und C vertreten werde. Der Klägervertreter hat eine von den Gesellschaftern am 6.5./11.5.2014 unterzeichnete Prozessvollmacht (Bl. 202 d.A.) vorgelegt und für die Klägerin die bisherige Prozessführung genehmigt. Im Übrigen verteidigt die Klägerin das angefochtene Urteil nach Maßgabe des geänderten Klageantrages.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache nur zu einem geringen Teil, nämlich hinsichtlich der Höhe des zuerkannten Anspruchs auf Erstattung der Abmahnkosten, Erfolg.

1.

Die Klage ist zulässig. Nachdem die Klägerin dargelegt hat, durch wen sie vertreten wird, und die bisherige Prozessführung ihres Prozessbevollmächtigten genehmigt hat, bestehen gegen die ordnungsgemäße Vertretung der Klägerin im Verfahren keine Bedenken (vgl. BGH NJW 2010, 2886).

2.

Der Klägerin steht der im Berufungsverfahren im Wege der zulässigen Klageänderung weiterverfolgte Anspruch auf Feststellung, dass der Rechtsstreit hinsichtlich der vom Landgericht zuerkannten Unterlassungsaussprüche in der Hauptsache erledigt ist, zu, da die Klage in diesem Umfang ursprünglich zulässig und begründet war und erst während des Rechtsstreits unbegründet geworden ist.

a)

Der Klägerin standen die mit den Anträgen zu 1. a) i) und b) geltend gemachten Unterlassungsansprüche bei Rechtshängigkeit aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 III Nr. 1 UWG i.V.m. §§ 307 I 2, 312 c I 2 BGB zu. Zur Begründung kann in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt ebenfalls keine abweichende Beurteilung.

Dass die streitgegenständlichen Angebote auf der Homepage des Beklagten enthalten waren und dem jedenfalls bis zum 30.9.2011 auch eine Lieferbereitschaft des Beklagten zugrunde lag, ist unstreitig. Die Angebote verstießen gegen die Belehrungspflichten nach § 312 c I 2 BGB (Anlage K 1) bzw. enthielten eine gemäß § 307 I 2 BGB unwirksame AGB-Klausel (Anlage K 2) und waren damit zugleich unlauter im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG. Dies hat das Landgericht im Einzelnen ausgeführt und wird auch mit der Berufungsbegründung nicht in Abrede gestellt.

Wie das Landgericht weiter mit Recht angenommen hat, ist die Wiederholungsgefahr für die vom Beklagten begangenen Wettbewerbsverstöße nicht allein dadurch beseitigt worden, dass der Beklagte nach dem 30.9.2011 über seinen Webshop ungeachtet der weiterhin im Internet aufrufbaren Homepage keine Bestellungen mehr entgegengenommen und ausgeführt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. GRUR 1998, 824, 828 – Testpreis-Angebot – sowie die Nachweise bei Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., Rdz. 1.39a zu § 8 UWG) lässt die Aufgabe des Geschäftsbetriebs die Wiederholungsgefahr nur dann entfallen, wenn ausgeschlossen ist, dass der Verletzer denselben oder einen ähnlichen Geschäftsbetrieb wieder aufnimmt. Davon kann hier keine Rede sein, nachdem der Beklagte auch nach dem 30.11.2011 auf seiner Homepage sogar darauf hingewiesen hat, dass er an neuen Produkten arbeite.

Die Klägerin war als Mitbewerberin (§ 2 I Nr. 3 UWG) befugt,

gegen den Beklagten Unterlassungsansprüche wegen der in Rede stehenden Wettbewerbsverstöße geltend zu machen (§ 8 III Nr. 1 UWG).

Das dazu erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis ergab sich in sachlicher Hinsicht daraus, dass – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – die von beiden Parteien angebotenen A ungeachtet der bestehenden Preisunterschiede gleichartig sind und die Parteien sich an die gleichen Letztabnehmerkreise richten.

Der Annahme des für die Aktivlegitimation erforderlichen konkreten Wettbewerbsverhältnisses steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der die Wiederholungsgefahr begründenden Verletzungshandlung (bis zum 30.9.2011) noch keine Mitbewerberin des Beklagten war, sondern den Handel mit A erst im Oktober 2012 aufgenommen hat. Der Unterlassungsanspruch ist allein auf die Unterbindung eines bestimmten Verhaltens in der Zukunft gerichtet. Für die Aktivlegitimation nach § 8 III Nr. 1 i.V.m. § 2 I Nr. 3 UWG ist es daher erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Unterlassungsgläubiger zum Zeitpunkt der künftig drohenden Verletzungshandlung in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis mit dem Unterlassungsschuldner steht. Dies ist hier der Fall, wenn – was auf Grund der fortbestehenden Wiederholungsgefahr unterstellt werden muss – der Beklagte künftig die durch das angefochtene Urteil untersagten Angebote erneut vornehmen sollte.

Dagegen vermag der erkennenden Senat keine überzeugenden Gründe dafür zu erkennen, die Aktivlegitimation für den Unterlassungsanspruch von einem Wettbewerbsverhältnis auch schon zum Zeitpunkt der zugrunde liegenden Verletzungshandlung abhängig zu machen. Denn solange die durch die begangene Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr fortbesteht, hat auch ein neu hinzugetretener Mitbewerber ein schützenswertes Interesse daran, weitere kerngleiche Verletzungshandlungen zu unterbinden. Es wäre auch wenig

konsequent, für die Geltendmachung eines auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruchs (§ 8 I 1 UWG) das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses bereits bei der zugrunde liegenden Verletzungshandlung zu verlangen, während dieses Erfordernis bei der Geltendmachung eines vorbeugenden, auf Erstbegehungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruchs (§ 8 I 2 UWG) naturgemäß nicht gelten kann. Auch der Wortlaut des § 8 III Nr. 1 UWG gibt keinen Anlass für eine von der Auffassung des Senats abweichende Auslegung.

An der dargestellten – bereits im Hinweisbeschluss nach § 522 II ZPO vom 31.3.2014 geäußerten – Rechtsauffassung hält der Senat auch im Hinblick auf die Entscheidung „FUNNY PAPER“ des Bundesgerichtshofs (GRUR 1995, 697) fest. Allerdings ist einzuräumen, dass sich in dieser Entscheidung eine Formulierung findet (a.a.O. juris-Tz. 37), die eine gegenteilige Einschätzung nahelegen könnte. Danach sollte dem dortigen Anspruchsteller der geltend gemachte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch nur zustehen können, „wenn er nicht nur im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, sondern auch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ... noch Wettbewerber ... war“. Im dort zugrunde liegenden Fall lag die Mitbewerberstellung im Zeitpunkt der Verletzungshandlung allerdings unstreitig vor, weswegen sich die Entscheidung sodann allein mit der weiteren Frage befasst, ob die Mitbewerbereigenschaft auch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch gegeben war. Eine Begründung dafür, warum für die Aktivlegitimation ein Wettbewerbsverhältnis bereits zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung gegeben sein muss, enthält die Entscheidung dagegen nicht. Unter diesen Umständen kann schon bezweifelt werden, ob der Bundesgerichtshof mit der in Rede stehenden Formulierung tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte, dass die Mitbewerberstellung zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung stets Voraussetzung für die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wegen dieser Verletzungshandlung

ist (so allerdings Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., Rdz. 3.29 zu § 8 UWG). Die Ausführungen können auch dahin zu verstehen sein, dass das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung allein nicht ausreicht, um die Aktivlegitimation zu begründen.

Der vorliegende Fall ist auch nicht vergleichbar mit dem Sachverhalt, welcher der in der Berufungsbegründung genannten Entscheidung des OLG Hamm vom 22.8.2009 – 4 W 88/09 – zugrunde lag. Dort ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis deshalb verneint worden, weil die dortige Antragstellerin zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht auf dem die Mitbewerbereignenschaft begründenden Geschäftsfeld tätig war.

Der vom Landgericht erlassene Unterlassungstenor war auch hinreichend bestimmt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das angefochtene Urteil sowohl im Tenor zu b) als auch in der Wiedergabe des gestellten Klageantrags zu b) im Tatbestand (S. 4) insoweit eine offensichtliche Unrichtigkeit (§ 319 ZPO) enthält, als dort jeweils der Zusatz „wie auf dem als Anlage K 2 beigefügten Screenshot seiner Homepage vom 26.10.22012 wiedergegeben“ fehlt. Aus den Sitzungsprotokollen vom 24.9.2013 und vom 4.6.2013 ergibt sich, dass der Klageantrag zu b) mit diesem Zusatz gestellt worden ist. Aus den Entscheidungsgründen des Urteils ist auch nicht zu entnehmen, dass das Landgericht einen vom gestellten Klageantrag abweichenden Unterlassungstenor erlassen wollte. Das Urteil hätte in den genannten Punkten durch den erkennenden Senat berichtigt werden können.

Die erforderliche Bestimmtheit des Unterlassungstenors zu a) wurde auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die darin zitierte, für Haustürgeschäfte geltende Norm des § 312 I 2 BGB im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist. Aus den Entscheidungsgründen des Urteils (S. 7, 4. Absatz) ergibt sich eindeutig, dass die Vorschrift des § 312 c) I 2 BGB gemeint

war. Die – aus dem Klageantrag übernommene – Wiedergabe der falschen Norm im Tenor beruhte daher ersichtlich auf einem Versehen, das für Inhalt und Umfang des ausgesprochenen Verbots ohne Bedeutung war.

b)

Die der Klägerin bei Rechtshängigkeit zustehenden Unterlassungsansprüche sind allerdings dadurch entfallen, dass die Klägerin im Laufe des Rechtsstreits den Handel mit A eingestellt und damit ihre Aktivlegitimation nach § 8 III Nr. 1 UWG mangels Fortbestehen eines Wettbewerbsverhältnisses eingebüßt hat. Insbesondere kann sie derzeit auch nicht als potentielle Mitbewerberin (vgl. Köhler/Bornkamm a.a.O. m.w.N.) auf diesem Warengbiet angesehen werden. Die bloße Möglichkeit, dass die Klägerin künftig den Handel mit A wieder aufnehmen könnte, reicht dafür nicht aus; konkrete Vorbereitungshandlungen für eine solche Maßnahme sind nicht ersichtlich. Damit hat sich der Rechtsstreit hinsichtlich der vom Landgericht zuerkannten Unterlassungsansprüche in der Hauptsache erledigt.

3.

Unberührt bleibt der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnkosten, die das Landgericht dem Grunde nach ebenfalls mit zutreffender Begründung als nach § 12 I 2 UWG erstattungsfähig hat.

Bei der Berechnung des Erstattungsanspruchs für die nur teilweise berechnete Abmahnung sind allerdings nicht – wie es das Landgericht getan hat – die Streitwerte für die bestehenden Ansprüche zugrunde zu legen. Vielmehr können die tatsächlich entstandenen, aus dem Gesamtstreitwert zu ermittelnden Kosten nur entsprechend dem Anteil beansprucht werden, zu dem die Abmahnung berechtigt war (vgl. BGH GRUR 2010, 744 – Sondernewsletter, Tz. 50). Daraus folgt hier, dass die Gesamtabmahnkosten von 703,80 € entsprechend der vom

Landgericht vorgenommenen Kostenquotelung zu 65 %, also nur in Höhe von 457,47 € nebst Zinsen zu erstatten sind. Wegen der weitergehenden Zahlungsforderung war die Klage daher unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

4.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 II, 97 I ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Die Revision war gemäß § 543 II 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da der Frage, ob die Aktivlegitimation für einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch ein Wettbewerbsverhältnis bereits zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung voraussetzt, grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Der Gewährung des vom Beklagtenvertreter beantragten Schriftsatznachlasses auf den Schriftsatz des Klägersvertreters vom 24.6.2014 bedurfte es nicht, weil der Schriftsatz vom 24.6.2014 kein neues entscheidungserhebliches Vorbringen enthält. Er greift lediglich die vom Senat mit Verfügung vom 11.6.2014 angesprochene Frage auf, wie die Entscheidung „FUNNY PAPER“ (a.a.O.) zu verstehen sei; soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang meint, eine Zulassung der Revision sei nicht erforderlich, hat sich der Senat dem nicht angeschlossen. Im Übrigen hat der Beklagtenvertreter seinerseits zu der genannten Entscheidung bereits mit Schriftsatz vom 24.6.2014 Stellung genommen.