

# **Streit der Obergerichte zu Anwaltsabmahnungen durch Wettbewerbsverbände**

## **Eigener Leitsatz:**

Wettbewerbsverbände haben grundsätzlich Marktteilnehmer selbst abzumahnern. Die daraus entstehenden Kosten sind als Kostenpauschale erstattungsfähig. Reagiert der Abgemahnte daraufhin nicht, hat der Verband Klage zu erheben. Eine weitere, diesmal von dem Prozessvertreter des Verbandes erfolgte Abmahnung, ist nicht mehr erstattungsfähig, da sie nicht im mutmaßlichen Interesse des Abgemahnten liegt und es auch an der Erforderlichkeit einer zweiten Abmahnung fehlt. So sieht das zumindest das Hanseatische OLG Hamburg und weicht damit von der Rechtsprechung des Brandenburgischen OLG und den OLG München und OLG Düsseldorf ab. Folglich wird sich der BGH zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung damit in Zukunft beschäftigen müssen.

## **Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg**

**Urteil vom 11.03.2009**

**Az.: 5 U 35/08**

In dem Rechtsstreit

Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V.

g e g e n

R. oHG

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch die Richter am Oberlandesgericht Betz, Dr. Koch und Zink nach der am 11. Februar 2009 geschlossenen mündlichen

Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31.1.2008, Az. 315 O 767/07, wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### **Gründe:**

#### **I.**

Der Kläger nimmt die Beklagte in der Berufungsinstanz nur noch auf Erstattung von Anwaltskosten für eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung in Anspruch.

Der Kläger ist ein Verein, der von Mitgliedern aus allen Bereichen des Handels, des Handwerks und der Industrie getragen wird; er ist in § 1 Nr.5 der Unterlassungsklageverordnung (UKlagV) ausdrücklich als Wettbewerbsverband im Sinne der § 13 V 1 Nr.2 UKlaG, auch in Verbindung mit § 8 V UWG, genannt. Zu seinen Aufgaben gehört es gemäß § 1 seiner Satzung u.a., „den unlauteren Wettbewerb im Zusammenwirken mit den zuständigen Organen der Rechtspflege zu bekämpfen“ (Anl 1).

Die Beklagte vertrieb über die Internetplattform e-bay u.a. einen Kräutertee, der mit Werbeaussagen beworben wurde, die – wie zwischen den Parteien in der Berufung nicht mehr streitig ist – wettbewerbswidrig waren.

Unter dem 31.7.2007 mahnte der Kläger selbst die Beklagte wegen dieser Werbeaussagen ab (Anl 2); eine Reaktion der Beklagten hierauf erfolgte nicht. Unter dem 8.8.2007 ließ der

Kläger die Beklagte dann von seinen Prozessbevollmächtigten erneut zur Abgabe einer entsprechenden Unterlassungsverpflichtungserklärung auffordern (Anl 3); auch hierauf erfolgte keine Reaktion der Beklagten. Daraufhin erhob der Kläger Unterlassungsklage beim Landgericht und verlangte daneben Erstattung eigener Auslagen in Höhe eines Pauschalbetrages von € 181,13 sowie von Anwaltskosten für die vorprozessuale Abmahnung in Höhe von € 899,40. Nach Abgabe einer entsprechenden Unterlassungsverpflichtungserklärung im Prozess haben die Parteien das Verfahren hinsichtlich des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs übereinstimmend für erledigt erklärt.

Im angegriffenen Urteil vom 31.1.2008 hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung der geltend gemachten Kostenpauschale verurteilt, hinsichtlich der Anwaltskosten die Klage indes abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die anwaltliche Abmahnung nicht im wohlverstandenen Interesse der Beklagten erfolgt sei, die dadurch entstandenen Kosten seien überflüssige Aufwendungen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, mit der er meine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung auch der Kosten der anwaltlichen Abmahnung in Höhe von € 899,40 erreichen will. Zur Begründung führt er u.a. aus, dass der Abgemahnte dadurch, dass er auf die Abmahnung nicht reagiere, keineswegs in ausreichender Weise kundgetan habe, dass er sich nicht zu unterwerfen gedenke; angesichts der den Abgemahnten treffenden Antwortpflicht sei das Schweigen der Beklagten keine ausreichende Reaktion gewesen. Es sei im Interesse des Abgemahnten, wenn ihm eine zweite Chance gegeben werde, einen Prozess zu vermeiden. Unabhängig von § 12 I 2 UWG sei damit ein Anspruch aus § 683 BGB und auch aus Schadensersatz wegen Verletzung der Antwortpflicht begründet. Durch die Abmahnung sei zudem wegen der hälftigen Anrechnung der Geschäftsgebühr

nur eine zusätzliche 0,65-Gebühr entstanden; allenfalls insoweit könne es sich um „unnötige“ Kosten der Rechtsverfolgung handeln, so dass schon deshalb der Zahlungsanspruch jedenfalls nicht vollständig zurückzuweisen sei.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 31.1.2008, Aktenzeichen 315 0 767/07, zu verurteilen, an ihn – den Kläger – weitere € 899,40 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt insoweit das erstinstanzliche Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

1. Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet, da ihm der in der Berufung geltend gemacht Zahlungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zusteht. a. Zwar hat der Kläger grundsätzlich einen Zahlungsanspruch aus § 12 I 2 UWG, denn die Beklagte hatte – wie in der Berufungsinstanz nicht mehr im Streit ist – in unzulässiger Weise geworben, so dass dem Kläger gemäß § 8 I, III Nr.2 UWG ein Unterlassungsanspruch zustand. Berechtigt im Sinne des § 12 I 2 UWG war indes nur die vom Kläger selbst vorgenommene Abmahnung, deren Kosten die Beklagte nach dem insoweit nicht angegriffenen Urteil des Landgerichts zu erstatten hat, nicht jedoch die zweite Abmahnung durch seine Prozessbevollmächtigten.

Das Landgericht hat in der angegriffenen Entscheidung alle von den Parteien hierzu in erster Instanz aufgeworfenen und

entscheidungserheblichen tatsächlichen Streitpunkte ausführlich und zutreffend behandelt. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat vollen Umfangs Bezug auf diese Ausführungen. In der Berufung haben die Parteien insoweit im Wesentlichen ihre Argumente wiederholt. Daher gibt das Berufungsvorbringen der Parteien lediglich Anlass zu folgenden ergänzenden Anmerkungen:

aa. Der Unterlassungsgläubiger kann nur für eine berechtigte Abmahnung Aufwendungsersatz verlangen. Berechtigt ist eine Abmahnung nicht bereits dann, wenn der mit der Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht. Begründet ist eine Abmahnung bereits dann, wenn ihr ein Unterlassungsanspruch zugrunde liegt, berechtigt ist sie dagegen nur, wenn sie erforderlich ist, um dem Schuldner einen Weg zu weisen, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen (Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 12 Rz.1.80). Maßstab für die Höhe des Aufwendungsersatzes ist die Erforderlichkeit, vergleichbar der Notwendigkeit der Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in § 91 I 1 ZPO. Ob Aufwendungen erforderlich sind, bestimmt sich nach den Verhältnissen des jeweiligen Gläubigers (Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 12 Rz.1.93). Anders als die Mitbewerber müssen Wettbewerbsvereine im Sinne von § 8 III Nr 2 UWG, deren Tätigkeit die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs nach der Satzung einschließt, zur Erfüllung des Satzungszwecks sachlich und personell so ausgestattet sein, dass sie durchschnittlich schwierige Abmahnungen ohne anwaltliche Hilfe mit eigenen Kräften bearbeiten können (vgl. BGH GRUR 1984, 691, 692 – Anwaltsabmahnung; BGH GRUR 2004, 448 – Auswärtiger Rechtsanwalt IV); zu derartigen Verbänden zählt der hiesige Kläger unbestritten.

Die Kosten einer derartigen eigenen Abmahnung sind dann in der Regel gemäß § 12 I 2 UWG erstattungsfähig; die hierfür geltend gemachten Kosten sind dem Kläger vom Landgericht

dementsprechend bereits zugesprochen worden. Daneben ist indes zumindest im Regelfall kein Raum für eine Erstattung der Kosten einer weiteren, nunmehr anwaltlichen Abmahnung. Entgegen der Ansicht der Beklagten stehen die vom Kläger vorgelegten Entscheidungen der Oberlandesgerichte München, Düsseldorf und Brandenburg einem solchen Ergebnis allerdings in der Tat entgegen. Zwar hat lediglich das OLG Düsseldorf im Urteil vom 16.12.2008 (I-20 U 36/08 [Anl K 6]) einen Anspruch auf Erstattung der Kosten einer anwaltlichen Abmahnung neben einem Anspruch auf Kostenerstattung für eine eigene Abmahnung des dort klagenden Verbandes zugesprochen; in den durch die Urteile der Oberlandesgerichte München vom 13.11.2008 (29 U 3592/08 [Anl K 4]) und Brandenburg vom 4.4.2007 (7 U 175/06 [Anl K 5]) entschiedenen Fällen war – soweit ersichtlich – eine Kostenpauschale für die eigene Abmahnung gar nicht bzw. nicht rechtzeitig geltend gemacht worden. In allen Entscheidungen wird jedoch der Grundsatz vertreten, dass auch Verbänden und Einrichtungen im Sinne von § 8 III Nr.2 UWG die Kosten einer anwaltlichen Abmahnung (stets) zu erstatten seien, wenn der Verletzer auf eine Abmahnung durch den Verband selbst nicht oder nur unzureichend reagiere.

Der Senat vermag sich indes diesem Grundsatz jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit anzuschließen. Das hierfür angeführte Argument, dass in solchen Fällen die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe eine adäquate und im Rahmen der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Folge sei (vgl. Brandenburgisches OLG vom 4.4.2007 – 7 U 175/06, UA S.5 [Anl K 5]), lässt sich nach Überzeugung des Senates nicht mit den oben dargestellten Grundsätzen vereinbaren. Zwar hatte der Bundesgerichtshof in der in diesem Zusammenhang angeführten Entscheidung „Fotowettbewerb“ (GRUR 1970, 189, 190) in der Tat ausgeführt [Hervorhebung durch den Senat]:

„Im vorliegenden Fall hat die Bekl., wie sie anscheinend selbst nicht erkennt, durch einen Wettbewerbsverstoß einen rechtswidrigen Störzustand geschaffen (...). Im Interesse einer

alsbaldigen Beseitigung der entstandenen Unklarheit, ob mit weiteren gleichliegenden oder ähnlichen Verstößen zu rechnen sei, hat die Kl. zunächst die kostensparendste Maßnahme ergriffen und die Bekl. ohne Inanspruchnahme eines Anwalts zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr aufgefordert. (...) Wenn aber die Bekl. auf die Abmahnung unzureichend oder sogar überhaupt nicht reagierte, dann war es eine adäquate und im Rahmen der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Folge, wenn die Kl. nunmehr einen Anwalt beauftragte. Dessen Kosten, gegen deren Berechnung keine Bedenken ersichtlich sind, hat daher die Bekl. als Aufwendungsersatz zu erstatten.“

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass auch in jenem Fall ausschließlich eine Erstattung der Kosten der anwaltlichen Abmahnung verlangt worden war, so dass der Bundesgerichtshof sich nicht zu der Frage hatte äußern müssen, ob in derartigen Fällen tatsächlich die Kosten beider Abmahnungen zu ersetzen sind. Vor allem aber weist das Landgericht zutreffend darauf hin, dass sich die Rechtsprechung (auch und gerade des BGH) seit der Entscheidung „Fotowettbewerb“ in der oben dargestellten Weise weiterentwickelt hat, dass nämlich solche Verbände wie der Kläger einfache Abmahnungen mit „Bordmitteln“ bewerkstelligen müssen und dann anteiligen Ersatz ihrer Aufwendungen als Kostenpauschale verlangen können. Dies findet seine Entsprechung in der (nach der Entscheidung „Fotowettbewerb“ eingeführten) gesetzlichen Regelung des § 8 III Nr.2 UWG, wonach derartige Verbände überhaupt nur dann klagebefugt sind, wenn sie „nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben [...] tatsächlich wahrzunehmen“. Die oben dargestellten Grundsätze entsprechen zudem seit Jahren ständiger Rechtsprechung (vgl. zuletzt z.B. BGH GRUR 2008, 928, 929 – Abmahnkostenersatz).

Hinzu kommt, dass der Erstattungsanspruch nach § 12 I 2 UWG eine Kodifizierung eines von der Rechtsprechung entwickelten Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag ist (vgl.

Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 12 Rz.1.77), d.h. dass die Abmahnung, deren Kosten zu erstatten waren, immer auch dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Abgemahnten hatte entsprechen müssen. Diese Voraussetzung ist zwar für den Anspruch nach § 12 I 2 UWG nicht mehr erforderlich, dafür muss jedoch – als Ausgleich – die Abmahnung nach den o.g. Grundsätzen unentbehrlich sein. Wie früher ist hierbei maßgeblich der Kenntnisstand des Gläubigers (vgl. Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 12 Rz.1.81). Dementsprechend gilt etwa für Fälle der mehrfachen Abmahnung durch verschiedene Gläubiger, dass sich die erneute Abmahnung als erforderlich und im Sinne des § 12 I 2 UWG auch als berechtigt darstellt, wenn der Gläubiger nichts davon weiß, dass ein anderer Gläubiger den Schuldner bereits ohne Erfolg abgemahnt hat. Weiß er dagegen von der erfolglosen Abmahnung, ist eine weitere Abmahnung zwar im Allgemeinen nicht missbräuchlich, für sie kann der Gläubiger aber keinen Aufwendungsersatz verlangen (vgl. Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 12 Rz.1.56). Kann indes der Gläubiger schon dann keinen Aufwendungsersatz verlangen, wenn er von einer erfolglosen Abmahnung eines anderen Gläubigers weiß, dann muss dies erst recht gelten, wenn er selbst bereits erfolglos abgemahnt hat. Mit anderen Worten: Geht der Gläubiger nach der verständlichen Devise vor, lieber einmal mehr abzumahnen, als nachher mit Prozesskosten überzogen zu werden, bleibt ihm dies unbenommen. Er geht dabei allenfalls das Risiko ein, dass ihm seine Abmahnkosten nicht ersetzt werden (Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 12 Rz.1.82).

Demnach ist nach Überzeugung des Senates im Regelfall eine Anwaltsabmahnung, die auf die eigene Abmahnung eines Verbandes im Sinne von § 8 III Nr.2 UWG folgt, gerade keine „berechtigte“ Abmahnung im Sinne des § 12 I 2 UWG (vgl. in diesem Sinne z.B. Brüning in Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rz.86). Schweigt der Verletzer auf eine derartige Abmahnung durch den Verband selbst, hat er daher im

Regelfall zwar deren Kosten, nicht jedoch die Kosten einer sodann erfolgten anwaltlichen Abmahnung zu ersetzen. Ausnahmen von diesem Grundsatz mögen zwar in Betracht kommen, etwa wenn in einer Antwort auf eine Verbandsabmahnung schwierige Rechtsfragen aufgeworfen werden<sup>1</sup>; allerdings wäre zu erwägen, ob selbst in derartigen Fällen Anzeichen dafür gegeben sein müssen, dass durch eine fachlich fundierte anwaltliche Abmahnung eine gerichtliche Auseinandersetzung auch tatsächlich vermieden werden könnte. Anhaltspunkte für eine derartige Ausnahme sind hier indes weder ersichtlich noch vorgetragen; vielmehr hat die Beklagte auf die Abmahnung durch den Kläger schlicht überhaupt nicht reagiert. (Eine solche Konstellation mag in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall vorgelegen haben, denn dort war ausweislich der Urteilsgründe einer eigenen Abmahnung des klagenden Verbandes mit einem „umfangreichen Anwaltsschriftsatz“ widersprochen worden.)

bb. Ebenso wenig vermag sich der Senat der Auffassung des Klägers anzuschließen, dass die Kosten der anwaltlichen Abmahnung von der Beklagten zumindest zur Hälfte zu ersetzen seien. Zwar weist der Kläger sachlich zutreffend darauf hin, dass die von der Beklagten an seine Anwälte zu zahlenden Gebühren aus der gerichtlichen Auseinandersetzung durch die anwaltliche Abmahnung wegen der hälftigen Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr geringer geworden sind, als dies bei einer direkten Einleitung des Prozesses der Fall gewesen wäre. Diese gesetzlich vorgeschriebene Anrechnung kann jedoch nicht dazu führen, dass entgegen den vorstehenden Grundsätzen nun doch eine teilweise Erstattung der Kosten der anwaltlichen Abmahnung in Betracht kommt; für eine derartige Rechtsfolge ist keine Grundlage ersichtlich. Der Kläger hat nach den obigen Ausführungen unnötige Kosten produziert, indem er eine weitere, nunmehr anwaltliche Abmahnung vornehmen ließ, die nicht „erforderlich“ war. Die Kosten hierfür waren im Moment der Abmahnung vollen Umfangs entstanden; hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich wegen dieser Abmahnung später die erstattungsfähigen Anwaltskosten im Prozess infolge

einer gesetzlich vorgeschriebenen Anrechnung vermindern.

b. Auch aus anderen Anspruchsgrundlagen ergibt sich der geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht: Ein Anspruch aus § 683 BGB scheitert schon daran, dass es nicht dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Schuldners entsprechen kann, zweimal auf denselben Rechtsverstoß hingewiesen zu werden (vgl. Brüning in Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rz.97). Und eine Erstattung als Schadensersatz – wenn man zB eine Verletzung der Antwortpflicht auf eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung als haftungsauslösenden Sachverhalt ansieht – setzt (u.a.) voraus, dass es sich nicht nur um tatsächlich entstandene, sondern auch um notwendige Aufwendungen handelt (vgl. Brüning in Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rz.101); daran fehlt es indes hier nach den obigen Ausführungen.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr.10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

3. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs.2 ZPO liegen vor, denn jedenfalls die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Wie oben ausgeführt, vermag sich der Senat den Grundsätzen der Oberlandesgerichte München, Düsseldorf und Brandenburg zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten einer anwaltlichen Abmahnung, die einer eigenen Abmahnung eines Verbandes im Sinne von § 8 III Nr.2 UWG folgt, nicht vollen Umfangs anzuschließen. Diese Frage hat zudem über den Einzelfall hinaus Bedeutung.