

Keine Werbung mit bezahlten Kundenbewertungen!

Eigener Leitsatz:

Wird eine Produktbewertung aufgrund der Inaussichtstellung eines Rabattes abgegeben, so stellt diese eine wettbewerbswidrige „erkaufte“ Bewertung dar, insoweit auf die „Bezahlung“ nicht ausdrücklich hingewiesen wird.

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 23.11.2010

Az.: I-4 U 136/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15. Juni 2010 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Die Klägerin wird verurteilt, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000, EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, es zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen bei Fernabsatzverträgen über Druckerzubehör ihren Kunden ein Entgelt für die Abgabe einer Bewertung auf dem Meinungsportal D in Aussicht zu stellen, so wie in ihrem Newsletter vom 15.03.2010 gemäß Anlage B 9 geschehen, wenn bei D nicht darauf hingewiesen wird, dass die entsprechenden Bewertungen und Erfahrungsberichte gegen Entgelt erfolgt sind.

Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten Auskunft über den bisherigen Umfang der im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen zu erteilen.

Es wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten sämtliche Schäden zu ersetzen, welche dieser aus den im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen bereits entstanden sind oder noch entstehen werden.

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 1.379,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 08. Mai 2010 zu zahlen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 75.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe:

A.

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte vertreiben über das Internet u.a. Druckerzubehör. Die Klägerin übersandte an ihre Kunden am 03.11.2009 einen Newsletter, in dem es u.a. wie folgt heißt:

Zwangsräumung! 95 % sparen ... 33 x Testsieger ... 25 % zusätzlicher Sonderrabatt

Im Folgenden erläuterte die Klägerin die Gliederungspunkte a. – e. Der erläuternde Text zu dem Gliederungspunkt e. lautet wie folgt:

e. 25 % zusätzlicher Sonderrabatt

Sie sind von uns begeistert oder wollen einfach Ihre Meinung über uns mit anderen teilen? Wenn Sie innerhalb von 90 Tagen nach Erhalt unserer Waren eine Bewertung auf dem folgenden

Meinungsportal abgeben

"internetadresse"

und uns eine Kopie der Bewertung per Email an "internetadresse" senden, erhalten Sie von uns nachträglich einmalig einen Preisrabatt von 10 % auf den Warenwert Ihrer letzten Bestellung (Überweisung auf Ihr Konto).

25 % extra Sonderrabatt: Sollte Ihr Bericht von der D Gemeinde als mindestens durchschnittlich "hilfreich" bewertet werden, erhalten Sie sogar 25 % Rabatt auf den Warenwert Ihrer letzten Bestellung (Überweisung auf Ihr Konto).

Die Klägerin übersandte ihren Kunden am 04.11.2009 einen weiteren Newsletter, der – soweit es um die Aussage zum Testsieger sowie zum zusätzlichen Sonderrabatt geht – einen gleichlautenden Inhalt hat wie der Newsletter vom 03.11.2009. Die Beklagte ließ die Klägerin mit Blick auf die Testsiegerwerbung am 09.11.2009 abmahnen und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung auffordern. Mit an das Landgericht G gerichtetem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 24.11.2009 nahm sie die Klägerin in Anspruch, es im Rahmen geschäftlicher Handlungen bei Fernabsatzverträgen über Druckerzubehör zu unterlassen, die angebotenen Produkte mit der Aussage "33 x Testsieger ..." zu bewerben. Das Landgericht G erließ am 01.12.2009 antragsgemäß die Beschlussverfügung. Am 15.03.2010 richtete die Klägerin an 6.000.000 Empfänger einen Newsletter, in dem unter Punkt e. wiederum der wortgleiche Text wie in den Newslettern vom 03. und 04.11.2009 zu lesen war. Da die Nutzer des Bewertungsportals D keinen Hinweis auf das Versprechen der Klägerin, ihren Kunden für eine Bewertung einen Rabatt von 10 % einzuräumen, erhielten, beanstandete die Beklagte mit an die Klägerin gerichtetem Abmahnschreiben vom 17.03.2010 die Werbung als irreführend. Die Klägerin gab die beanspruchte strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht ab.

Die Klägerin hat beantragt,

1.

festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass es diese zu unterlassen habe, im geschäftlichen Verkehr im Rahmen geschäftlicher Handlungen bei Fernabsatzverträgen über Druckerzubehör ihren Kunden ein Entgelt für die Abgabe einer Bewertung auf dem Meinungsportal D in Aussicht zu stellen, wenn bei D nicht darauf hingewiesen wird, dass die entsprechenden Bewertungen und Erfahrungsberichte gegen Entgelt erfolgt sind,

2.

festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass diese sämtliche Erfahrungsberichte bei D, für die ein Entgelt gezahlt wurde, ohne dass dort auf die Entgeltlichkeit hingewiesen wird, unverzüglich zu entfernen,

3.

festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass diese einen Schaden zu ersetzen hat, welcher der Beklagten aus dem im Klageantrag zu 1. beschriebenen Handlung bereits entstanden ist oder zukünftig noch entstehen wird,

4.

festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass diese Auskunft über die Art und den Umfang der bisherigen Benutzung der im Klageantrag zu 1. beschriebenen Handlung zu erteilen hat,

5.

festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass diese die Kosten, die durch die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts entstanden sind, nach

Maßgabe einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2300 VV RVG zzgl. Auslagenpauschale aus einem Streitwert von 50.000,- € zu tragen hat.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat sie beantragt,

1.

die Klägerin zu verurteilen, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000, €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten – zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer -, es zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen bei Fernabsatzverträgen über Druckerzubehör ihren Kunden ein Entgelt für die Abgabe einer Bewertung auf dem Meinungsportal D in Aussicht zu stellen, so wie in ihrem Newsletter vom 15.03.2010 gemäß Anlage B9 geschehen, wenn bei D nicht darauf hingewiesen wird, dass die entsprechenden Bewertungen und Erfahrungsberichte gegen Entgelt erfolgt sind,

2.

die Klägerin zu verurteilen, den von ihr durch die im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen bereits geschaffenen Zustand, nämlich dass gegenwärtig Bewertungen und Erfahrungsberichte bei D veröffentlicht sind, für die von ihr ein Entgelt gezahlt wurde ohne dass hierauf bei D hingewiesen wurde, zu beseitigen,

3.

die Klägerin zu verurteilen, der Beklagten Auskunft über den bisherigen Umfang der im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen zu erteilen,

4.

festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten sämtliche Schäden zu ersetzen, welche dieser aus den im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen bereits entstanden sind oder noch entstehen werden,

5.

Die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 1.379,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen. Die negative Feststellungsklage sei unzulässig, weil sie sich auf ein Negieren der mit der Widerklage verfolgten Ansprüche beschränke. Die Widerklage sei unbegründet. Die Beklagte habe gegen die Klägerin keinen Unterlassungsanspruch. Es spreche zwar Vieles dafür, dass die Klägerin mit dem Rabattversprechen eine irreführende geschäftliche Handlung vorgenommen habe. Einer abschließenden Beurteilung bedürfe dies aber nicht, weil die Verfolgung des Anspruchs rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG sei. Ohne sachlichen Grund habe die Beklagte Werbeaussagen eines einheitlichen Werbetextes in getrennten Verfahren beanstandet. Die gesamten Umstände sprächen dafür, dass das getrennte Verfolgen wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche vorliegend dazu gedient habe, Aufwendungsersatzansprüche entstehen zu lassen. Die Missbräuchlichkeit stehe auch einem Beseitigungsanspruch der Beklagten entgegen. Dementsprechend kämen auch Schadensersatzansprüche, Auskunftsansprüche und Ansprüche auf Ersatz der Abmahnkosten nicht in Betracht.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie sich gegen die Abweisung der Widerklage richtet. Zur Begründung führt sie aus, das Landgericht habe sich bei Beurteilung der Frage des Rechtsmissbrauchs nicht hinreichend mit der Erläuterung für die getrennte Vorgehensweise auseinandergesetzt.

Sie – die Beklagte – habe insbesondere unwidersprochen darauf hingewiesen, dass im Gegensatz zur Testsiegerwerbung die Werbung bei D bereits seit geraumer Zeit stattfinde, so dass die Eilbedürftigkeit in beiden Fällen unterschiedlich habe beurteilt werden müssen. Es sei also sachbezogen und sogar geboten gewesen, nicht beide Verstöße in einem gemeinsamen Eilverfahren geltend zu machen, sondern die einstweilige Verfügung nur auf den wirklich neuen und damit dringlichen Fall zu beschränken.

Außerdem müsse es der freien Entscheidung des Anspruchsberechtigten überlassen bleiben, ob er einen Wettbewerbsverstoß zunächst im Eilverfahren verfolge, einen anderen Wettbewerbsverstoß hingegen sogleich im Hauptsacheverfahren. Da es sich vorliegend auch um die Beseitigung einer bereits eingetretenen Beeinträchtigung handele, sei hier ein Eilverfahren von vornherein ausgeschlossen gewesen.

Im Übrigen fehle es an der zeitlichen Nähe, die typischerweise eine rechtsmissbräuchliche Aufspaltung kennzeichne. Während die Abmahnung mit Blick auf die Testsiegerwerbung am 09.11.2009 erfolgt sei, sei die Abmahnung für die streitgegenständliche Beanstandung erst vier Monate später, nämlich am 17.03.2010 verschickt worden, nachdem die Beklagte sich abschließend entschlossen hätte, die besagte Wettbewerbsverletzung nicht länger hinzunehmen, sondern umfassend zu bekämpfen.

Auch nach dem Urteil des Senats vom 21.01.2010 (4 U 168/09) solle es nicht rechtsmissbräuchlich sein, wenn sich ein

Anspruchssteller zunächst auf einen vordringlich festgestellten Wettbewerbsverstoß konzentriere, ohne die Seiten des Konkurrenten auf jeden denkbaren weiteren Verstoß hin zu überprüfen, um diesen sogleich mit geltend machen zu können.

Die Kostenentscheidung in dem angefochtenen Urteil sei auf jeden Fall fehlerhaft. Es hätte zumindest eine Quotierung erfolgen müssen.

Nach Rücknahme des Berufungsantrages zu 2. (ursprünglicher Widerklageantrag zu 2.) beantragt die Beklagte nunmehr,

in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils

1.

die Klägerin zu verurteilen, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000, €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten – zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer -, es zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen bei Fernabsatzverträgen über Druckerzubehör ihren Kunden ein Entgelt für die Abgabe einer Bewertung auf dem Meinungsportal D in Aussicht zu stellen, so wie in ihrem Newsletter vom 15.03.2010 gemäß Anlage B9 geschehen, wenn bei D nicht darauf hingewiesen wird, dass die entsprechenden Bewertungen und Erfahrungsberichte gegen Entgelt erfolgt sind,

2.

...

3.

die Klägerin zu verurteilen, der Beklagten Auskunft über den bisherigen Umfang der im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen zu erteilen,

4.

festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten sämtliche Schäden zu ersetzen, welche dieser aus den im Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen bereits entstanden sind oder noch entstehen werden,

5.

Die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 1.379,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und verteidigt das angefochtene Urteil. Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe zu Recht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten bejaht. Die Frage der Eilbedürftigkeit könne für die Beurteilung, ob eine Aufspaltung einer einheitlichen geschäftlichen Handlung in mehrere gerichtliche und außergerichtliche Verfahren ohne Sachgrund erfolgt sei, keine Rolle spielen. Kein vernünftig denkender Kaufmann strenge zwei getrennte Verfahren aus einer einheitlichen Wettbewerbshandlung an. Durch die Aufspaltung in zwei Abmahnungen und zwei getrennte gerichtliche Verfahren komme es zu einer Verdoppelung der Kosten. Die Beklagte könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, von den verschiedenen geltend gemachten Wettbewerbsverstößen zu deutlich verschiedenen Zeitpunkten Kenntnis erlangt zu haben. Dazu verweist die Klägerin auf die vor dem Landgericht G gewechselten Schriftsätze. Ferner tritt die Klägerin der Behauptung der Beklagten entgegen, die Testsiegerwerbung in den Newsletter-Werbungen vom 03. und 04.11.2009 sei neu gewesen. Tatsächlich sei die Testsiegerwerbung ausweislich der Anlage K 17 bereits früher erschienen.

Die Klägerin ist ferner der Auffassung, dass es für die

Aufspaltung in zwei Verfahrensarten keinen sachlichen Grund gegeben habe. Die Abmahnung vom 17.03.2010 stelle sich vielmehr als Retourkutsche für ein von der Beklagten verlorenes Verfahren vor dem Landgericht Bielefeld dar. Eine Parallele zum Rechtsstreit vor dem hiesigen Senat, Az.: 4 U 168/09, vermag die Klägerin nicht zu erkennen. Zu unterschiedlich seien die jeweiligen Sachverhalte.

Die Klägerin wiederholt die schon erstinstanzlich angesprochenen Umstände, die nach ihrer Meinung für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten streiten. Ergänzend weist sie auf den Jahresabschluss der Beklagten für das Jahr 2009 hin, der einen Jahresüberschuss von 17.785,41 € ausweist. Dazu stünden die Risiken der Abmahntätigkeit der Beklagten in keinem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis. Am 30.09.2010 habe die Beklagte sie, die Klägerin, erneut abmahnen lassen und zwar wegen einer Handlung, die ihr mehr als drei Jahre bekannt gewesen sei. Wiederum sei eine Handlung der K in zwei Abmahnungen aufgespalten worden.

Hinsichtlich des angeblichen Wettbewerbsverstoßes nimmt die Klägerin auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug. Im Übrigen verteidigt sie die vom Landgericht getroffene Kostenentscheidung. Letztlich regt sie die Zulassung der Revision an.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Die Berufung ist begründet.

I.

Die Beklagte hat gegen die Klägerin einen Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 1; 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1; 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG.

1.

Die Beklagte ist Berechtigte gemäß §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG stehen die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG jedem Mitbewerber zu. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist ein Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Die für die Annahme der Berechtigung i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erforderliche Stellung als Mitbewerber i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG liegt vor, wenn die Parteien versuchen, Waren oder Dienstleistungen innerhalb derselben Verkehrskreise abzusetzen mit der Folge, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten den anderen beeinträchtigen kann (BGH GRUR 2007, 1079).

Die Parteien des Rechtsstreits bieten beide gewerblich Druckerzubehör im Internet an. Sie sind auf demselben relevanten Markt tätig. Die Angebote sind weltweit abrufbar und auf das gesamte Bundesgebiet bezogen. Die Parteien bieten austauschbare oder vergleichbare Produkte auf demselben Markt an.

2.

Die Beklagte handelt nicht rechtsmissbräuchlich nach § 8 Abs. 4 UWG.

a.

Von einem Missbrauch im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind. Als typischen Beispielsfall eines sachfremden Motivs nennt das Gesetz das Gebührenerzielungsinteresse. Die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ist unzulässig, wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.

aa.

Ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch würde es darstellen, wenn der Anspruchsberechtigte mehrere in einer Werbeaktion enthaltene Wettbewerbsverstöße mit einer Klage (oder einem Verfügungsantrag) geltend machen kann, er aber ohne sachlichen Grund eine Aufspaltung vornimmt und mehrere Klagen neben- oder nacheinander erhebt. (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, 98 Rn. 4.14).

(1)

Im vorliegenden Fall könnte der Umstand, dass die Abmahnung hinsichtlich der "Testsiegerwerbung" einerseits und die Abmahnung bezüglich der hier streitgegenständlichen Bewertungen andererseits getrennt erfolgt sind, für einen Rechtsmissbrauch sprechen. Die Klägerin hat nicht erstmals in dem Newsletter vom 15.03.2010, sondern bereits in den Newslettern vom 03.11. und 04.11.2009 die in diesem Rechtsstreit beanstandeten Passagen aufgenommen. Nach eigenem Vortrag hat die Beklagte die Newsletter vom 03.11. und 04.11.2009 schon wenige Tage nach ihrem Erscheinen von einem enttäuschten Kunden erhalten. Dementsprechend hat die Beklagte die hier streitgegenständlichen Werbeaussagen ebenfalls zu diesem Zeitpunkt zur Kenntnis genommen. Aufgrund des schon seit mehreren Jahren zwischen den Parteien bestehenden angespannten Wettbewerbsverhältnisses und der Absicht der Beklagten, mit "Argusaugen" darüber zu wachen, ob die Klägerin die Marktregeln einhalte, ist es nicht glaubhaft, wenn die Beklagte vorträgt, dass ihr Anfang November 2009 von den 5 Werbeaussagen in inhaltlich nahezu identischen Newslettern vom 03.11. und 04.11.2009 nur die sog. "Testsiegerwerbung" ins Auge gesprungen sei und sie daher die hier geltend gemachten Wettbewerbsverstöße erst später verfolgt habe. Es überzeugt nicht, dass sich der in diesem Verfahren abgemahnte Punkt der Beklagten nicht sogleich erschlossen habe. Welche weiteren Recherchen aus Sicht der Beklagten insoweit noch nötig gewesen seien, hat diese weder in erster noch in zweiter Instanz

mitgeteilt. Auch ist der vorliegende Fall nicht mit dem von der Beklagten ins Feld geführten Fall, der dem Urteil des Senats vom 21.01.2010 (4 U 168/09) zugrunde liegt, vergleichbar. Dort wurde folgendes ausgeführt:

"Um zu beurteilen, ob die nach den gesetzlichen Vorschriften erforderliche Angabe der Effizienzklasse des Kühlgerätes im Rahmen des Angebots in geeigneter Weise vorgenommen worden ist oder nicht, bedurfte es auch zwangsläufig keiner Beschäftigung mit einer etwaigen Widerrufsbelehrung der Antragsgegnerin oder den zum Abruf bereit gehaltenen AGB. Die Antragstellerin war auch nach Feststellung des Verstoßes gegen das EnVKV nicht gehalten, den gesamten Internetauftritt der Antragsgegnerin auf denkbare weitere Wettbewerbsverstöße völlig anderer Art zu überprüfen, um diese gleich mit abzumahnern zu können. Auch insoweit gibt es keine Beobachtungs- oder Untersuchungspflicht."

Vorliegend kann keine Rede davon sein, dass verschiedene Werbeaussagen an unterschiedlichen Stellen in einem Internetauftritt platziert wären oder gar noch durch einen weiteren Mausklick hätten abgerufen werden müssen. Vielmehr standen hier die verschiedenen Aussagen in einem Newsletter untereinander aufgeführt, wurden sauber gegliedert sowie anschließend erklärt.

(2)

Die Tatsache, dass die Beklagte die beiden verschiedenen beanstandeten Wettbewerbsverstöße in zwei Verfahren geltend gemacht hat, deutet im vorliegenden Fall aber nicht auf einen Rechtsmissbrauch hin. Denn für die Aufspaltung der gerichtlichen Verfahren gibt es durchaus einen sachlichen Grund. Die Beklagte hat dafür eine plausible Erklärung gegeben. Denn mit Blick auf die Beanstandungen der hier streitgegenständlichen Rabattversprechen hat die Beklagte ursprünglich (bis zur Rücknahme des Antrags zu 2. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat) über einen

Unterlassungsanspruch hinaus auch noch die Beseitigung der Bewertungen auf dem Meinungsportal D verlangen wollen. Dieses Begehren konnte erfolgreich nur im Klageverfahren und nicht im einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht werden.

bb.

Als ein Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Rechtsverfolgung ist es anzusehen, dass die Beklagte jedenfalls in zwei Rechtsstreiten (LG Hamburg, 312 O 581/08, Anlage K 9 und 10; LG Köln, 31 O 134/10, Anlage K 11) die erforderliche Vollmacht im Termin nicht vorlegen konnte. Im erstgenannten Fall ist das zeitweilige Fehlen der Vollmacht besonders deutlich geworden, nachdem die Vollmacht mit dem Datum des Tages nach der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde. Dies spricht dafür, dass sich die Abmahnfähigkeit der Rechtsanwälte der Beklagten "verselbständigt" haben könnte.

cc.

Soweit die Klägerin darauf hinweist, dass die Beklagte unabhängig von der Wertigkeit des Wettbewerbsverstoßes stets einen Gegenstandswert von 50.000,- € ansetzt, ist festzustellen, dass die Klägerin neun Abmahnstreitigkeiten aufgeführt hat (Anlage K 5), wobei in lediglich einem Fall (Abmahnung vom 11.12.2007 – "über 30.000,- verschiedene Produkte") sicher davon ausgegangen werden kann, dass der angenommene Gegenstandswert überhöht gewesen ist. Dies stellt kein sehr gewichtiges Indiz für einen Rechtsmissbrauch dar.

Die Höhe der jeweils angesetzte Vertragsstrafe von 5.100,- € ist üblich und allein kein ausreichendes Kriterium für einen Rechtsmissbrauch.

dd.

Auffällig ist zwar, dass zwischen den Parteien bereits zahlreiche wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten anhängig waren bzw. sind, in denen die Beklagte die Klägerin wegen diverser

angeblicher Wettbewerbsverstöße abgemahnt hat und sich teilweise auch ein Gerichtsverfahren anschloss. Insoweit hat die Klägerin in der Anlage K 5 neun weitere Abmahnungen – neben der hier streitgegenständlichen Abmahnung – in Kopie vorgelegt. Die Häufigkeit, mit der die Beklagte die Klägerin abgemahnt hat, ist aber kein ausreichendes Indiz für die Annahme eines missbräuchlichen Abmahnverhaltens durch die Beklagte. Es ist zu berücksichtigen, dass die Abmahnpraxis von Mitbewerbern und Verbänden dem Interesse der Allgemeinheit an der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dient. Deshalb können umfangreiche Abmahntätigkeiten für sich allein noch keinen Missbrauch belegen, wenn zugleich umfangreiche Wettbewerbsverstöße in Betracht kommen (BGH GRUR 2005, 433 – Telekanzlei; Köhler/Bornkamm, UWG, 28.Aufl., § 8 Rn 4.12). Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs begründen können.

ee.

Aus diesen Gründen kann auch das Schreiben der Beklagten vom 23.02.2007 (Anlage K 8), wonach diese "mit Argusaugen als Hüter eines fairen Wettbewerbs unnachgiebig darüber wachen wolle, dass die Klägerin sich an die Marktregeln halte" nicht als Begründung für einen Rechtsmissbrauch dienen – auch wenn dies durchaus seltsam anmutet.

ff.

Auch das Argument der Klägerin, die Abmahntätigkeit stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zum Umsatz der Beklagten, kann hier nicht für einen Rechtsmissbrauch angeführt werden. Grundsätzlich kann ein wirtschaftlich wenig vernünftiges Verhältnis zwischen dem Umsatz des Abmahnenden und den sich als Folge seiner Abmahntätigkeit ergebenden Kosten bzw. Kostenrisiken für einen Rechtsmissbrauch sprechen (vgl. Senat, Urt. v. 02.03.2010, 4 U 217/09). Die Klägerin, die insoweit darlegungs- und beweisbelastet ist, hat ein solches

Missverhältnis allerdings nicht schlüssig dargelegt. Die Klägerin hat vorgetragen, dass einerseits der Umsatz der Beklagten bei ca. 50.000,- € monatlich liegt und andererseits die Beklagte zahlreiche Abmahnverfahren gegen sie eingeleitet habe, wobei sie den Streitwert jeweils mit 50.000,- € angegeben habe. Ein solches Verfahren würde nach der ersten Instanz Kosten von 14.360,- € und in zweiter Instanz Kosten von 24.640,- €, nach zwei Instanzen also Kosten von 39.000,- € verursachen. Mit dem hiesigen Rechtsstreit gibt bzw. gab es in der Zeit vom 30.11.2006 bis heute zehn Abmahnverfahren. Das bedeutet, dass sich diese Verfahren über einen Zeitraum von vier Jahren verteilten, also in einer Zeit, in der die Beklagte nach den Angaben der Klägerin einen Umsatz von ca. 2.400.000,- € gemacht hat. Diesem Umsatz steht ein höchstes Kostenrisiko von 390.000,- € gegenüber. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der späteren Abmahnungen bereits darüber Bescheid wusste, ob sie in den Fällen, in denen sie obsiegt hat, die Kosten von der Klägerin auch erstattet bekommen hat. Im Übrigen hat die Klägerin nicht mitgeteilt, ob die Beklagte in allen zehn Abmahnstreitigkeiten durch zwei Instanzen gegangen ist. Damit ist ein Missverhältnis zwischen dem getätigten Umsatz der Beklagten und ihrem Kostenrisiko aufgrund der Abmahntätigkeit nicht schlüssig dargelegt.

gg.

Die Gesamtschau der vorgenannten Gesichtspunkte führt nicht zu der Annahme, dass die Beklagte mit der Geltendmachung des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs sachfremde Ziele verfolgt, also rechtsmissbräuchlich handelt.

3.

Die Beklagte kann auch in der Sache Unterlassung der streitgegenständlichen Werbung verlangen. Der Anspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 1 i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 UWG, weil die Klägerin mit ihrem Newsletter vom

15.03.2010, welcher eine geschäftliche Handlung im Sinne des §§ 3 Abs. 1 S. 1; 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist, eine Irreführung des angesprochenen Verkehrs bewirken kann. Mit dem Newsletter vom 15.03.2010 hat die Klägerin ihre Kunden aufgefordert, gegen einen Rabatt von 10 % und unter besonderen Voraussetzungen sogar 25 % Bewertungen über die erworbenen Druckerzubehörprodukte abzugeben und diese Empfehlungen auf dem Meinungsportal D einzustellen. Bei so zustande gekommenen Beurteilungen handelt es sich um wettbewerbswidrige bezahlte Empfehlungen. Wird mit Kundenempfehlungen und anderen Referenzschreiben geworben, darf das Urteil des Kunden grundsätzlich nicht erkaufte sein. Die Verwendung bezahlter Zuschriften ist unzulässig, wenn auf die Bezahlung – wie hier – nicht ausdrücklich hingewiesen wird (Köhler/Bornkamm UWG, 28. Aufl., § 5 Rn 2.164). Die Kunden der Klägerin, die ihre Bewertungen auf die dargestellte Weise auf dem Meinungsportal D abgeben, sind bei der Abgabe ihres Urteils über die Qualität der Druckerzubehörprodukte nicht frei und unbeeinflusst gewesen. Das erwartet der Verkehr jedoch, wenn ihm derartige Äußerungen anderer Verbraucher in der Werbung entgegentreten. Ist die lobende Äußerung über das Produkt dagegen "erkaufte", ohne dass auf die versprochene Gegenleistung hingewiesen worden ist, wird der Verkehr irregeführt (OLG Hamburg GRUR 1979, 246). Frei und unbeeinflusst sind die Äußerungen der Kunden der Klägerin deshalb nicht, weil sie als Gegenleistung für die Abgabe der Bewertungen einen Rabatt entweder von 10 % oder sogar 25 % erhalten haben. Das Argument der Klägerin, dass es sich dabei jeweils um eher geringe Beträge handelt, greift nicht durch. Denn die konkrete Höhe des Rabattbetrages hängt von dem Wert des letzten Einkaufs, auf den der Rabatt gewährt wird, ab. Es ist durchaus denkbar, dass der einzelne Kunde erhebliche Rabattbeträge erzielt.

II.

Die Beklagte hat gegen die Klägerin einen Anspruch auf Erteilung von Auskunft über den bisherigen Umfang der im

Unterlassungsantrag beschriebenen Handlungen. Hierbei handelt es sich um einen unselbständigen Auskunftsanspruch, der der Vorbereitung und Durchsetzung eines Hauptanspruchs gegen den Auskunftspflichtigen hier des Schadensersatzanspruchs gemäß § 9 UWG – selbst dient. Dessen Rechtsgrundlage liegt in dem durch den Wettbewerbsverstoß begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis i.V.m. § 242 BGB (Köhler/Bornkamm a.a.O. § 9 Rn 4.5). Nach Treu und Glauben besteht eine Auskunftspflicht, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer, d.h. ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag (Köhler/Bornkamm a.a.O.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

III.

Der Anspruch auf die beantragte Feststellung der Schadensersatzverpflichtung ergibt sich aus § 9 UWG.

IV.

Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten resultiert aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.