

Kündigung einer Unterlassungserklärung bei Rechtsmissbrauch

Kammergericht Berlin

Urteil vom 09.12.2016

Az.: 5 U 163/15, 5 W 27/16

Tenor

1.

Das Versäumnisurteil des Senats vom 30. August 2016 – 5 U 163/15 – wird aufrechterhalten.

2.

Der Kläger hat auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

Die Beklagte betreibt den Online-Shop www.m... .de sowie bundesweit 13 Filialgeschäfte, in denen sie auch Kopf- und Ohrhörer verkauft.

Der Kläger verkaufte Kopf- und Ohrhörer über eBay und den Online-Shop www.x... .de.

Aufgrund der Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 2. Juni 2014 (Anlage FN 15 zur Klageschrift) und der auf den 14. Mai 2014 datierten Annahmeerklärung des Klägers (Anlage FN 16 zur Klageschrift) ist zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen.

Die Beklagte hat im Laufe dieses Rechtsstreits in ihrem Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 eine außerordentliche Kündigung dieser Vereinbarung aus wichtigem Grund erklärt (Band I, Bl. 209 d.A.). Dieser Schriftsatz ist dem Kläger spätestens am 2. Dezember 2015 zugegangen (vgl. Band I, Bl. 225 d.A.).

Am 18. und 20. Juni 2014 erwarb der Kläger bei der Beklagten die in der Klageschrift auf Seite 16 aufgelisteten sieben Kopf- und Ohrhörer (Anlage FN 1b und FN 1c zur Klageschrift) und mahnte die Beklagte mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 4. August 2014 (Anlage FN 24 zur Klageschrift) wegen Verstößen gegen die vertraglichen Unterlassungsverpflichtungen (vgl. hierzu die tabellarische Auflistung auf Seite 18 der Klageschrift) und Wettbewerbsverstößen ab.

Am 21. November 2014 erwarb der Kläger bei der Beklagten zwei weitere Kopfhörer (Anlagen FN 26 und FN 27 zum Schriftsatz des Klägers vom 4. Mai 2015).

Am 16. Mai 2015 erwarb der Kläger bei der Beklagten drei weitere Kopfhörer (Anlagen FN 30, FN 31 und FN 32 zum Schriftsatz des Klägers vom 10. Juni 2015).

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Kopfhörer zu Zwecken des Wettbewerbs in den Verkehr zu bringen,

a) ohne dass hierfür zuvor bei der nach ElektroG zuständigen Stelle für die dem jeweils angebotenen Gerät zugehörige Marke sowie der zugehörigen Geräteart registriert worden sind, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 17, FN 19, FN 20 und FN 31 geschehen,

b) ohne dass diese eine dauerhafte Kennzeichnung haben, die den Hersteller eindeutig identifiziert, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 17, FN 19, FN 20, FN 27 und FN 31 geschehen,

c) ohne dass die Kopfhörer selbst oder, wenn es auf Grund der Größe und der Funktion des Produkts erforderlich ist, deren Verpackung, Gebrauchsanweisung oder Garantieschein eine dauerhafte Kennzeichnung gemäß § 7 Satz 2 ElektroG haben, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 19, FN 20, FN 21, FN 22, FN 23, FN 26, FN 27 und FN 30 geschehen,

d) ohne dass diese mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Herstellers oder, sofern dieser nicht im Europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist, mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Bevollmächtigten oder des Einführers auf dem Verbraucherprodukt, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 18, FN 19, FN 20, FN 21, FN 22, FN 26, FN 27, FN 30 und FN 32 geschehen, oder wenn dies nicht möglich ist, dessen Verpackung gekennzeichnet sind, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus der Anlage FN 23 geschehen,

e) die keine CE-Kennzeichnung auf dem Produkt selbst tragen, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 19, FN 20, FN 21, FN 22, FN 26, FN 27, FN 30 und FN 32 geschehen,

2. die Beklagte zu verurteilen,

a) an die F... N... Rechtsanwälte GbR, ..., 35.700,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 19. August 2014 zu zahlen,

b) an die F... N... Rechtsanwälte GbR, ..., 1.252,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 19. August 2014 sowie 182,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 19. August 2014 sowie 34,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

c) an die F... N... Rechtsanwälte GbR, ..., 60,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Mit der Klage hat der Kläger schon erstinstanzlich nur (noch) vertragliche Ansprüche aus der Vereinbarung vom 2. Juni/14. Mai 2014 geltend gemacht. Hinsichtlich der ursprünglich auch auf Wettbewerbsrecht gestützten Ansprüche hat der Kläger die Klage zurückgenommen. Der Kläger hat die Klage auch hinsichtlich weitergehender, nur auf Wettbewerbsrecht gestützter Ansprüche zurückgenommen sowie hinsichtlich weitergehender Vertragsstrafenforderungen, die der Kläger in der Klageschrift mit 63.100,- € beziffert hat.

Den Vertragsstrafenanspruch hat der Kläger primär auf Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung, die bei den ersten Testkäufen am 18. und 20. Juni 2014 festzustellen waren, gestützt. Bei der Bemessung der geltend gemachten Vertragsstrafe hat der Kläger seine Ansprüche auf 5.100,- € je Kopf-/bzw. Ohrhörer reduziert.

Hilfsweise stützt der Kläger den Vertragsstrafenanspruch auf Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung, die bei dem zweiten Testkauf am 21. November 2014 festzustellen waren.

Weiter hilfsweise stützt der Kläger den Vertragsstrafenanspruch auf Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung, die bei dem dritten Testkauf am

16. Mai 2015 festzustellen waren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

und widerklagend,

den Kläger zu verurteilen, an sie 2.194,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat darüber hinaus beantragt, dem Kläger und seinen Prozessbevollmächtigten die Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldnern aufzuerlegen.

Die Beklagte hat das Vorgehen des Klägers als rechtsmissbräuchlich angesehen.

Mit dem am 9. Dezember 2015 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage verurteilt, an die Klägerin 2.194,90 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits hat das Landgericht dem Kläger auferlegt. Den weitergehenden Antrag der Beklagten zu den Kosten hat das Landgericht mit einer in den Entscheidungsgründen als deklaratorisch bezeichneten Entscheidung zurückgewiesen. Es wird im Übrigen auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen, und zwar auch hinsichtlich des weitergehenden erstinstanzlichen Vortrages der Parteien.

Der Kläger wendet sich mit der Berufung gegen dieses Urteil. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag.

Die Beklagte hat beantragt,

das am 9. Dezember 2015 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen 97 des Landgerichts Berlin – 97 0 125/14 – zu

ändern und

1. die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

es zu unterlassen im geschäftlichen Verkehr Kopfhörer zu Zwecken des Wettbewerbs in den Verkehr zu bringen,

a) ohne dass hierfür zuvor bei der nach ElektroG zuständigen Stelle für die dem jeweils angebotenen Gerät zugehörige Marke sowie der zugehörigen Geräteart registriert worden sind, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 17, FN 19, FN 20 und FN 31 geschehen,

b) ohne dass diese eine dauerhafte Kennzeichnung haben, die den Hersteller eindeutig identifiziert, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 17, FN 19, FN 20, FN 27 und FN 31 geschehen,

c) ohne dass die Kopfhörer selbst oder, wenn es auf Grund der Größe und der Funktion des Produkts erforderlich ist, deren Verpackung, Gebrauchsanweisung oder Garantieschein eine dauerhafte Kennzeichnung gemäß § 7 Satz 2 ElektroG haben, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 19, FN 20, FN 21, FN 22, FN 23, FN 26, FN 27 und FN 30 geschehen,

d) ohne dass diese mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Herstellers oder, sofern dieser nicht im Europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist, mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Bevollmächtigten oder des Einführers auf dem Verbraucherprodukt, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 18, FN 19, FN 20, FN 21, FN 22, FN 26, FN 27, FN 30 und FN 32 geschehen, oder wenn dies nicht möglich ist, dessen Verpackung gekennzeichnet sind, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus der Anlage FN 23 geschehen,

e) die keine CE-Kennzeichnung auf dem Produkt selbst tragen, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 19, FN 20, FN 21, FN 22, FN 26, FN 27, FN 30 und FN 32 geschehen,

2. die Beklagte zu verurteilen,

a) an die F... N... Rechtsanwälte GbR, ..., 35.700,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 19. August 2014 zu zahlen,

b) an die F... N... Rechtsanwälte GbR, ..., 1.252,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 19. August 2014 sowie 182,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 19. August 2014 sowie 34,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

c) an die F... N... Rechtsanwälte GbR, ..., 60,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

3. die Widerklage abzuweisen.

Der Kläger hat ferner beantragt, die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils zu ändern und die Kosten des gegen seine Prozessbevollmächtigten gerichteten Antrags der Beklagten aufzuerlegen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Landgerichts sofortige Beschwerde, hilfsweise Berufung, eingelegt, um zu erreichen, dass dem Kläger und seinen Prozessbevollmächtigten die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz als Gesamtschuldnern auferlegt werden. Die Beklagte hat ihren Rechtsbehelf später zurückgenommen.

Auf Antrag der Beklagten hat der Senat die Berufung des Klägers mit Versäumnisurteil vom 30. August 2016 zurückgewiesen.

Der Kläger hat gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt.

Er beantragt,

das am 30. August 2016 verkündete Versäumnisurteil des Senats aufzuheben und das am 9. Dezember 2015 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen 97 des Landgerichts Berlin – 97 O 125/14 – zu ändern und nach den in der Berufungsbegründung angekündigten und oben wiedergegebenen Anträgen zu erkennen.

Der Kläger wiederholt auch den Antrag, die Kostenentscheidung des landgerichtlichen Urteils zu ändern und die Kosten des gegen seine Prozessbevollmächtigten gerichteten Antrags der Beklagten aufzuerlegen.

Der Kläger hat schließlich die Berufung hinsichtlich der Anträge zu 2. b) und c) zurückgenommen.

Die Beklagte beantragt,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Der Einspruch des Klägers gegen das Versäumnisurteil des Senats ist statthaft und zulässig (§§ 338, 339 Abs. 1, § 340 ZPO).

C.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet.

1.

Der Kläger macht gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung geltend, im geschäftlichen Verkehr Kopfhörer zu Zwecken des Wettbewerbs in den Verkehr zu bringen, ohne dass hierfür zuvor bei der nach dem ElektroG zuständigen Stelle die dem jeweils angebotenen Gerät zugehörige Marke sowie der

zugehörigen Geräteart registriert worden sind, wie bei den Kopfhörern ersichtlich aus den Anlagen FN 17, FN 19, FN 20 und FN 31 geschehen (Antrag zu 1. a)).

Dieser Anspruch ist dem Kläger nicht zuzusprechen.

Nach Nr. 1 des Unterlassungsverpflichtungsvertrages der Parteien hat die Beklagte es zwar zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Audiokopfhörer in den Verkehr zu bringen, ohne hierfür zuvor bei der nach ElektroG zuständigen Stelle für die dem jeweils angebotenen Gerät zugehörige Marke sowie der zugehörigen Geräteart registriert worden zu sein, sofern der Kopfhörer nicht von einem bereits hierfür mit der entsprechenden Marke sowie Geräteart registrierten Dritten bezogen wurde (vgl. Verpflichtungserklärung der Beklagten vom 2. Juni 2014, Anlage FN 15 zur Klageschrift; auf den 14. Mai 2014 datierte Annahmeerklärung des Klägers, Anlage FN 16 zur Klageschrift), so dass die Forderung des Klägers von der vertraglichen Vereinbarung grundsätzlich gedeckt ist.

Der Unterlassungsverpflichtungsvertrag scheidet als Grundlage für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch aber aus, weil die außerordentliche Kündigungserklärung der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 wirksam war.

a)

Ein wichtiger Grund, der die Kündigung des Unterlassungsvertrags nach § 314 Abs. 1 BGB wegen der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung rechtfertigt, ist der Wegfall des dem vertraglich vereinbarten Verbot zugrundeliegenden gesetzlichen Unterlassungsanspruchs (vgl. BGH GRUR 1997, 382 – Altunterwerfung I; BGH GRUR 2014, 797 – fishtailparka, Rn 24).

Maßgeblich dafür ist, dass der Schuldner in einem solchen Fall die Zwangsvollstreckung aus einem entsprechenden gerichtlichen

Titel im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO für unzulässig erklären lassen kann. Der Gläubiger hat an der Fortsetzung des Unterlassungsvertrags kein schützenswertes Interesse mehr, wenn ein entsprechender Unterlassungstitel mit der Vollstreckungsabwehrklage aus der Welt geschafft werden könnte. (BGH GRUR 1997, 382 – Altunterwerfung I; BGH GRUR 2014, 797 – fishtailparka, Rn 24)

Beachtlich kann insoweit nicht nur der Wegfall des dem vertraglich vereinbarten Verbot zugrundeliegenden gesetzlichen Unterlassungsanspruchs infolge einer Gesetzesänderung sein, sondern auch dessen Wegfall infolge einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse (vgl. BGH GRUR 2008, 726 – Duftvergleich mit Markenparfüm, Rn 14, zur Veränderung des Verkehrsverständnisses).

Zu erörtern ist hier in Wegfall der Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG (vgl. Achilles in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 7. Aufl., Kap. 8, Rn 50; Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 8, Rn 61).

Mit erstinstanzlichem Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 hat die Beklagte vorgetragen, der Kläger sei nicht mehr als Anbieter von Kopfhörern tätig. Im Impressum der Seite www.x... .com heiße es:

“Der Betreiber vermittelt über diese Onlinepräsenz ausschließlich Verträge für die:
E... UG (Haftungsbeschränkt)
Geschäftsführerin: B... S...
...”.

Auf diesen Vortrag hat der Kläger bestätigt, er habe seinen Warenbestand und seine Marke veräußert und sei nur noch als Vermittler tätig.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Geschäftsführerin der E... UG (Haftungsbeschränkt) unstreitig die Lebensgefährtin des Klägers ist, erscheint es zweifelhaft, ob der Kläger noch

als Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 und 6 UWG tätig ist.

Der Kläger erläutert auch nicht, in welchen konkreten Handlungen er eine Vermittlungstätigkeit für die E... UG (Haftungsbeschränkt) sieht. Wenn er sich darauf beschränkt, die Onlinepräsenz der E... UG (Haftungsbeschränkt) vorzuhalten und zu pflegen, entspricht seine Mitwirkung bei den Kaufvertragsabschlüssen der E... UG (Haftungsbeschränkt) der eines Vermieters der Verkaufsräume bzw. der eines Verkaufsmitarbeiters in einem Ladenlokal, so dass auch das (Fort-)Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien zweifelhaft ist.

Letztlich kann dies dahinstehen.

b)

Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist hier auch zu berücksichtigen, dass sich in der Rückschau bezogen auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungserklärung eine Reihe von Anhaltspunkten ergeben hatten, die die der Unterwerfungserklärung der Beklagten vorangegangene Abmahnung als unberechtigt erscheinen lassen, weil der Kläger rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG vorgegangen ist. Daraus ergibt sich ein Recht zur außerordentlichen Kündigung.

Von einem Missbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind (BGH GRUR 2006, 244 – MEGA SALE; BGH GRUR 2012, 730 – Bauheizgerät, Rn 15; KG WRP 2008, 511; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.11), so etwa das Interesse, Gebühren zu erzielen oder den Gegner durch möglichst hohe Prozesskosten zu belasten oder ihn generell zu schädigen (BGH GRUR 2006, 244 – MEGA SALE; KG WRP 2008, 511; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn

4.12 ff).

Das Vorliegen eines Missbrauchs ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung und Abwägung der gesamten Umstände zu prüfen. Maßgebend sind die Motive und Zwecke der Geltendmachung des Anspruchs, die in der Regel aber nur aus den äußeren Umständen erschlossen werden können. (BGH GRUR 2012, 730 – Bauheizgerät, Rn 15; KG WRP 2008, 511; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.11)

Ein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung kann sich unter anderem daraus ergeben, dass die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht (BGH GRUR 2001, 260 – Vielfachabmahner; BGH GRUR 2012, 286 – Falsche Suchrubrik, Rn 13; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.12a).

aa)

Der Kläger gesteht zu, es sei ihm im Jahr 2012 wirtschaftlich nicht gut gegangen.

Er behauptet aber, die Entwicklung seiner Handelstätigkeit habe im Jahr 2013 zu einem Gewinn von über 40.000,- € sowie im Jahr 2014 zu einem Gewinn in Höhe von über 80.000,- € geführt.

Die wirtschaftliche Entwicklung seiner unternehmerischen Tätigkeit will der Kläger mit einfachen Kopien schriftlicher Erklärungen seines Steuerberaters belegen (Anlage FN 31 zu seinem Schriftsatz vom 4. Mai 2015, "Einkommensbestätigung für Januar bis Dezember 2014" und Anlage FN 82 zum Schriftsatz des Klägers vom 18. Juli 2016, "Einkommensbestätigung für das Kalenderjahr 2013/Einkommensbestätigung für das 1. Quartal 2014"). Stichhaltigere Unterlagen, wie etwa Steuerbescheide für die Jahre 2013 und 2014 oder zumindest testierte Erklärungen hat er nicht vorgelegt.

Letztlich soll hier aber zugunsten des Klägers von den genannten Summen ausgegangen werden.

bb)

Den Gewinnen des Klägers gegenüberzustellen ist die Zahl der Fälle, in denen der Kläger gerichtliche und außergerichtliche Auseinandersetzungen geführt hat.

Dies sind zumindest:

– die aus der von den Beklagtenvertretern als Anlage LSG 10 zu ihrem Schriftsatz vom 16. Juli 2015 vorgelegten Liste ersichtlichen, den Beklagtenvertretern bekannt gewordenen 129 Vorgänge

– die vor dem Senat anhängig gewesenen Verfahren

5 U 74/14 = Landgericht Berlin 103 0 31/14

5 U 105/14 = Landgericht Berlin 91 0 35/14

5 U 106/14 = Landgericht Berlin 103 0 7/14

5 U 142/14 = Landgericht Berlin 91 0 43/14

5 U 146/14 = Landgericht Berlin 101 0 94/14

5 U 157/14 = Landgericht Berlin 101 0 28/14

– die aus den oben genannten Verfahren zu entnehmenden weiteren Verfahren des Klägers

OLG Düsseldorf 20 W 48/14 = LG Düsseldorf 38 0 24/14

OLG Düsseldorf 15 U 69/14 = LG Duisburg 21 0 105/13

OLG München 6 U 2535/14 = LG München 4 HK 7614/14

OLG Hamm 4 U 77/14 = LG Essen 42 0 21/14

OLG Dresden 14 U 979/14 = LG Dresden 3 0 354/14

OLG Dresden 14 U 919/14 = LG Dresden 3 0 562/14

– die im vorliegenden Verfahren angesprochenen bzw. bekannt gewordenen Verfahren des Klägers

OLG Celle 13 U 84/13

OLG Celle 13 U 10/14

OLG Köln 6 U 118/14 = LG Köln 14 O 7/14
OLG Karlsruhe 4 U 18/15 = LG Konstanz 9 O 1/15
LG Dresden 44 HKO 30/14
LG Dresden 44 HKO 1/15
LG Hannover 25 O 52/13
LG München I 4 HKO 8107/14
LG Nürnberg 4 HKO 3622/14
LG Berlin 91 O 112/14
LG Berlin 97 O 49/14
LG Berlin 97 O 125/14
LG Essen 43 O 9/14

- die im Schriftsatz des Klägers vom 15. Juni 2015 angesprochene Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe
- die im Schriftsatz des Klägers vom 30. Juli 2015 angesprochenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Karlsruhe, Düsseldorf, Köln, Rostock, München, Hamm, Dresden und Stuttgart sowie verschiedener Kammern des Landgerichts Düsseldorf.

Man kann annehmen, dass die obige Auflistung Doppel-, eventuell auch Mehrfachnennungen enthält und möglicherweise auch Auseinandersetzungen aufführt, die nicht wettbewerbsrechtlicher Art sind.

Die Auseinandersetzungen konkret zu benennen, die mehrfach oder zu Unrecht berücksichtigt worden sind, ist jedoch Sache des Klägers im Rahmen einer ihm obliegenden sekundären Darlegungslast. Dem ist der Kläger jedoch trotz des Hinweises des Senats 10. Juni 2016 nicht nachgekommen.

Auf der Grundlage des vorliegenden Sach- und Streitstandes ist danach festzustellen, dass den nach der Darstellung des Klägers in den Jahren 2013 und 2014 erwirtschafteten Gewinnen, die noch zu versteuern waren und zumindest dem Lebensunterhalt des Klägers dienen mussten, eine in einem unvernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis stehende Zahl von – zumindest

überwiegend – in diesem Zeitraum eingeleiteter gerichtlicher und außergerichtlicher Auseinandersetzungen gegenüber steht.

Bei einem nach den zu Tage getretenen Vorstellungen des Klägers eher gering angesetzten Streitwert von 30.000,- € ist für eine gerichtliche Auseinandersetzung allein in der ersten Instanz mit Rechtsanwaltskosten für jede Partei in Höhe von mindestens 2.177,50 € (ohne Umsatzsteuer) sowie Gerichtskosten in Höhe von mindestens 1.218,- € zu rechnen. Hinzu kommen bei Verfahren, die der Kläger nicht am Sitz seiner Prozessbevollmächtigten in Düsseldorf geführt hat, Reisekosten seiner Rechtsanwälte bzw. die Kosten der Beauftragung eines Terminsvertreters, mit deren Erstattung – wie auch die Bescheidung des in diesem Rechtsstreit gestellten erstinstanzlichen Kostenfestsetzungsantrages der Beklagten zeigt – der Kläger auch im Fall seines Obsiegens schwerlich rechnen konnte.

cc)

Diese Annahme eines Missverhältnisses zwischen der wirtschaftlichen Situation des Klägers und der Zahl der eingeleiteten Streitverfahren wird gestützt durch die Höhe der Verpflichtungen und Kostenrisiken, die der Beklagte ohne Deckung eingegangen ist.

Der Kläger hat bereits am 20. November 2014 (nach Einreichung der Klage in diesem Rechtsstreit, aber offensichtlich noch vor Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses) “aufgrund der Vergütungsansprüche der Kanzlei Faustmann Rechtsanwälte GbR” eine Abtretungserklärung unterzeichnet (Anlage FN 60a zum Schriftsatz des Klägers vom 8. Dezember 2015), mit der er seinen Prozessbevollmächtigten “sämtliche Erstattungsansprüche aus den Verfahren Xears e.K. ./ . myToys.de GmbH” übertragen hat.

Wie die Umstellung der Zahlungsanträge im Schriftsatz des Klägers vom 8. Dezember 2015 zeigt, waren von der Abtretung

auch die in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Vertragsstrafenansprüche erfasst, die der Kläger im November 2014 noch mit 63.100,- € beziffert hatte.

Dies lässt den Schluss zu, dass einem möglicherweise zu erwartenden Gewinn des Klägers im Jahr 2014 in Höhe von 80.000,- € bereits im November 2014 offene Honorarforderungen der eigenen Rechtsanwälte in Höhe von ca. 65.000,- € gegenüber gestanden haben, die gerade nicht durch bereits eingenummene Vertragsstrafen gedeckt waren.

dd)

Vor dem Hintergrund weiterer in diesem Rechtsstreit bekannt gewordener Verbindlichkeiten des Klägers erscheint das eingegangene wirtschaftliche Risiko noch unverhältnismäßiger.

Der Kläger hat am 30. Juni 2012 gegenüber seiner Lebensgefährtin offene Schulden in Höhe von 24.800,- zuzüglich Zinsen (5 %) anerkannt (vgl. Anlage LSG 19 zum Schriftsatz der Beklagten vom 1. Dezember 2015).

Der Vortrag in der Berufungsbegründung, dieser Kredit habe der Existenzgründung gedient, lässt sich mit dem Inhalt des vom Kläger unterzeichneten Schuldanerkenntnisses nicht in Einklang bringen. Der anerkannte Betrag setzt sich danach zusammen aus einem Bardarlehen über 9.800,- €, das der Kläger im August 2008 von seiner Lebensgefährtin erhalten hat, sowie Schulden des Klägers gegenüber Dritten in Höhe von insgesamt 15.000,- €, die seine Lebensgefährtin in den Jahren 2005 bis 2007 für ihn beglichen hat.

Der Kläger hat weiter gegenüber der Mutter seiner im Dezember 2000 geborenen Tochter am 28. Juni 2012 offene Unterhaltsrückstände in Höhe von 24.048,- € nebst Zinsen anerkannt (vgl. Anlage LSG 19 zum Schriftsatz der Beklagten vom 1. Dezember 2015).

Wann und mit welchen Mitteln der Kläger nach Juni 2012 diesen

Rückstand – wie er vorträgt – bis auf 10.000,- € offene Zinsen getilgt haben will, ist nicht nachzuvollziehen. Der Tabelle, die in der Anlage LSG 19 zum Schriftsatz der Beklagten vom 1. Dezember 2015 dem Schuldanerkenntnis des Klägers gegenüber der Mutter seiner Tochter folgt, ist lediglich eine Zahlung in Höhe von 16.000,- € am 1. Juli 2012 zu entnehmen.

Aus dieser Tabelle ergibt sich im Übrigen, dass in den Monaten Juli bis November 2012 jeweils Unterhaltszahlungen in Höhe von 324,- € offen geblieben sind sowie in den Monaten Dezember 2012 bis Februar 2013 und April 2013 bis März 2015 in Höhe von jeweils 395,- €.

Zudem hat der Kläger im Schriftsatz vom 8. Dezember 2015, Seite 3, vortragen lassen:

“..., dass der Kläger losgelöst von Abtretungen einen weiteren sechsstelligen Schadensersatzbetrag gegenüber den hier Bevollmächtigten anerkannt hat.”.

Der Senat hat dem Kläger mit seinem Hinweis vom 10. Juni 2016 Gelegenheit gegeben, sowohl die Frage der Höhe seiner Unterhaltsrückstände wie auch die Hintergründe der gegenüber seinen Prozessbevollmächtigten anerkannten Schadensersatzforderungen aufzuklären.

Diese Gelegenheit hat der Kläger nicht genutzt, obwohl die eingeräumte Stellungnahmefrist antragsgemäß noch verlängert worden ist.

Nachdem der Kläger in seinem Schriftsatz vom 29. Juli 2016 sogar nochmals wiederholt hat, er habe einen “umfangreichen Schadensersatzanspruch” anerkannt, kann hier auch nicht von einem Missverständnis oder Formulierungsfehlern ausgegangen werden.

ee)

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger in dem hier zu

beurteilenden Zeitraum über Vermögenswerte verfügt hat, die eine andere Beurteilung zulassen.

Der Kläger ist am 15. Juni 2015 als hälftiger Miteigentümer des Grundstücks in Berlin im Grundbuch eingetragen worden.

Zur genauen Höhe des Kaufpreises und mit welchen Mitteln er diesen (anteilig) aufgebracht haben will hat der Kläger nichts vorgetragen. Es lässt sich allenfalls vermuten, dass dieser "fast 200.000,- €" betragen hat und mit Kreditmitteln finanziert worden ist.

Jedenfalls lastet auf dem Grundstück eine erstrangige Grundschuld zu 177.500,- € für die Commerzbank AG, eingetragen am 15. Oktober 2014. Der der Grundschuld gegenüber zu stellende Wert des Grundstücks soll – wie der Kläger vorträgt – ca. 190.000,- € bis 200.000,- € betragen.

Der erstinstanzliche Vortrag des Klägers, er habe erwartet, seine Marke und seinen Warenbestand für mindestens 500.000,- € verkaufen zu können, ist ebenso ohne hinreichende Substanz wie der Vortrag in der Berufungsbegründung, er habe erwartet, seine Marke, seine Domain und seinen Warenbestand für mindestens 750.000,- € verkaufen zu können bzw. der Warenbestand habe einen "hohen sechs-siebenstelligen Verkaufswert" gehabt.

Es gibt auch nach dem Vorbringen des Klägers keinen ersichtlichen Grund, der am 31. Juli 2009 angemeldet und am 24. September 2009 eingetragenen Wort-/Bildmarke "X... ®" (Anlage FN 3 zur Klageschrift) einen besonderen Wert beizumessen. Entsprechendes gilt für die Domain "x... .com".

Zum Warenbestand des Klägers erfährt man lediglich, dass dieser aus 20.000 Kopfhörern bestanden haben soll.

Betrachtet man die Bewertungen, die der Kläger im Zeitraum 5. Mai bis 23. Juli 2014 für Verkäufe über seinen eBay-Shop erhalten hat (Anlage FN 5 zur Klageschrift), so ergibt sich,

dass die vom Kläger angebotenen Kopfhörer im Einzelhandel nur in seltenen Einzelfällen Kaufpreise von mehr als 50,- € erzielt haben. Die meisten Verkäufe haben 19,- € bis 30,- € eingebracht.

Ein Anlass, "hochpreisige" Kopfhörer in besonderem Umfang zu berücksichtigen, besteht nicht. Der Kläger hat eine einzige Rechnung vorgelegt (Anlage FN 65 zu seinem Schriftsatz vom 18. Juli 2016), die den Verkauf mehrerer Kopfhörer zu Preisen zwischen 89,90 € und 159,- € belegt.

Bei der Beurteilung der Liquidität des Klägers ist ohnehin auf den Preis bei der Veräußerung des Lagerbestandes insgesamt abzustellen. Vor diesem Hintergrund erscheint ein auf der Grundlage von mindestens 25,- € pro Kopfhörer kalkulierter Preis für den gesamten Warenbestand wenig plausibel. Erfahrungsgemäß entspricht der Verkaufspreis für einen Warenbestand nicht dem Ergebnis der Multiplikation der Warenmengen und der Einzelhandelsabgabepreise.

ff)

Ein nennenswertes wirtschaftliches Interesse des Klägers an der Verfolgung der hier beanstandeten Wettbewerbsverstöße ist nicht zu erkennen.

Gegen ein nennenswertes wirtschaftliches Interesse des Klägers an der Verfolgung der Missachtung der hier in Rede stehenden Kennzeichnungsvorschriften spricht, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Produkte der sich rechtswidrig verhaltenden Mitbewerber nicht als attraktiver ansehen als die ordnungsgemäß gekennzeichneten Produkte des Klägers. Der Verstoß gegen die Kennzeichnungsvorschriften wirkt sich auf die Kaufentscheidung des Verbrauchers regelmäßig nicht aus.

Die hier in Frage stehenden Kennzeichnungsvorschriften dienen nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht dazu, den Verbraucher in die Lage zu versetzen, eine informierte Entscheidung zu treffen. Sie dienen dem Umwelt-, Gesundheits-

und Ressourcenschutz.

Für gewichtige Interessen des Klägers an der Verfolgung der hier beanstandeten Wettbewerbsverstöße können die Vorteile sprechen, die die Mitbewerber des Klägers erreichen, indem sie sich den Aufwand der Kennzeichnung ersparen. In welcher Größenordnung ein derartiger Vorteil anzusetzen ist, ist nicht zu erkennen.

Der Senat hat dem Kläger im Beschluss vom 10. Juni 2016 aufgegeben, sein wirtschaftliches Interesse an der Verfolgung der Verletzung von Kennzeichnungspflichten darzulegen. Auch diese Auflage hat der Kläger nicht erfüllt.

Die geäußerte Furcht des Klägers, durch Kennzeichnungsvorschriften missachtende Mitbewerber aus dem Markt gedrängt zu werden, ist nicht nachzuvollziehen. Schließlich trägt er vor, er habe in den Jahren 2013 und 2014 ein erfolgreiches Unternehmen mit beachtlichen Gewinnsteigerungen auf einem Markt aufbauen können, in dem die Kennzeichnungsvorschriften, deren Befolgung er einfordert, weitgehend missachtet worden sind.

Das Scheitern seines Unternehmens führt er letztlich auf einen ganz anderen Umstand zurück, nämlich auf eine Kampagne, die von ihm wegen Wettbewerbsverletzungen in Anspruch genommene Mitbewerber bzw. deren Vertreter angefacht hätten.

gg)

Nach alledem ist die Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung der Beklagten zu bejahen.

Es drängt sich die Vermutung eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Kläger und den von ihm beauftragten Anwälten auf, bei dem der Abmahner sich dafür hergibt, seinem Anwalt eine Gebühreneinnahmequelle zu verschaffen.

Der Umstand, dass der Kläger den Rechtsanwälten

Zahlungsansprüche zur Sicherung ihrer Gebührenforderungen abgetreten und ihnen sogar eine Grundschuld über 100.000,- € an seinem hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück in Berlin hat eintragen lassen, könnte zwar gegen die Annahme sprechen, dass die Rechtsanwälte den Kläger von dem eingegangenen Kostenrisiko vollständig freigestellt haben. Zwangsläufig ist dies jedoch nicht. Die Abtretung und die Eintragung der Grundschuld könnten – wie die Beklagte behauptet – auch den Zweck gehabt haben, die Vermögenswerte des Klägers dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen.

Letztlich kann dies dahingestellt bleiben.

Die oben dargestellte wirtschaftliche Ausgangssituation des Klägers deutet darauf hin, dass der Kläger es zumindest sehenden Auges in Kauf genommen hat, Kostenerstattungsansprüche der zahlreich abgemahnten Mitbewerber mangels Masse nicht erfüllen zu können, so dass diese auch dann auf ihren Kosten sitzen bleiben, wenn sie im Rechtsstreit gegen den Kläger erfolgreich sind.

Unabhängig von der Frage, ob das Zusammenwirken des Klägers mit seinen Prozessbevollmächtigten von Anfang an aufgrund eines kollusiven Zusammenwirkens rechtsmissbräuchlich war, ist davon auszugehen, dass dies jedenfalls in dem Zeitpunkt gegolten hat, als der Kläger die zur Unterwerfungserklärung der Beklagten führende Abmahnung ausgesprochen hat.

Die Unterwerfungserklärung der Beklagten datiert vom 2. Juni 2014 und nimmt Bezug auf ein Schreiben der Bevollmächtigten des Klägers vom 20. Mai 2014.

Zu diesem Zeitpunkt konnte der Beklagte jedenfalls nicht mehr davon ausgehen, dass die Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche ohne Risiken ist.

Unabhängig von den Erfahrungen, die der Kläger aufgrund der in seinem Namen von den Rechtsanwälten F... E... im Jahr 2010 ausgesprochenen Vielzahl von Abmahnungen mit dem Einwand des

Rechtsmissbrauchs gemacht hat, war er im Frühling 2014 offensichtlich bereits mehrfach in Gerichtsverfahren mit dieser Problematik konfrontiert worden.

In dem vor dem OLG Celle geführten Verfahren 13 U 10/14 hat der Kläger sich in der mündlichen Verhandlung vom 29. April 2014 im Hinblick auf § 8 Abs. 4 UWG, dessen Vorliegen die Vorinstanz bejaht hatte, sogar veranlasst gesehen, seinen Antrag oder seine Berufung zurückzunehmen. Dies ist lange vor dem tätlichen Angriff auf ein Mitglied der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten des Klägers im Februar 2015 geschehen, den der sachbearbeitende Rechtsanwalt und wohl auch der Kläger auf sich beziehen und als Grund für Antrags- bzw. Rechtsmittelrücknahmen in anderen Verfahren angeben.

Bereits die bis allein im Zeitraum Juli 2012 Mai 2014 aufgelaufenen Unterhaltsrückstände in Höhe von insgesamt 8.335,- € (Juli bis November 2012: 5 x 324,- €, Dezember 2012 bis Februar 2013 sowie April 2013 bis Mai 2014: 17 x 395,- €) lassen nicht nur im Hinblick auf die Strafbewehrung der Verletzung von Unterhaltspflichten in § 170 StGB den Schluss zu, dass die Vermögenssituation des Beklagten bereits im Mai 2014 so prekär war, dass wirtschaftlich nicht der Kläger das Risiko des Verlusts der begonnenen wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen zu tragen hatte, sondern der in Anspruch genommene Mitbewerber.

Bei redlicher Betrachtungsweise konnte der Kläger im Mai 2014 auch nicht mehr davon ausgehen, dass die Mutter seiner Tochter die Unterhaltsforderungen im Vertrauen auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens des Klägers weiterhin auf unbestimmte Zeit zurückstellt. Das Unternehmen befand sich aufgrund des Missverhältnisses zwischen den Gewinnen aus dem Unternehmen und den Risiken der Abmahntätigkeit schon zu diesem Zeitpunkt in einer Schieflage.

Dieses Bild rundet sich ab, wenn man bedenkt, dass sodann bis November 2014, also innerhalb von ca. sechs Monaten seit der

gegenüber der Beklagten ausgesprochenen Abmahnung, offenbar Verbindlichkeiten des Klägers gegenüber den eigenen Rechtsanwälten in Höhe von ca. 65.000,- € aufgelaufen sind, obwohl davon auszugehen ist, dass bis zu diesem Zeitraum zumindest ein Teil der Rechtsanwaltskosten von den abgemahnten Mitbewerbern erstattet worden ist und auch Vertragsstrafen vereinnahmt worden sind.

Von einem kollusivem Zusammenwirken ist mithin nicht nur dann auszugehen, wenn der Rechtsanwalt den Mandanten von dem eingegangenen Kostenrisiko freistellt. Im Ergebnis trägt der Abmahner und Anspruchsteller auch dann kein Kostenrisiko, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse so gestaltet sind oder werden, dass seine Gläubiger weder aktuell noch in Zukunft Aussicht haben, ihre Forderungen zu realisieren. Da das Risiko von Erfolg und Misserfolg des außergerichtlichen und gerichtlichen Vorgehens des überschuldeten Anspruchstellers vollständig dem Inanspruchgenommenen aufgebürdet wird, ergibt sich vielmehr ein zusätzlicher und gewichtiger Aspekt, der den Vorwurf des Missbrauchs begründet.

hh)

Es kann auch keine Rede davon sein, dass – wie der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung am 16. November 2016 vorgebracht hat – andere Oberlandesgerichte auf gleicher Tatsachengrundlage den Rechtsmissbrauch verneint hätten.

So hat das OLG Karlsruhe in seinem Urteil vom 12. Juni 2015, 4 U 18/15 (Anlage FN 85 zum Schriftsatz des Klägers vom 21. Juli 2016) in Bezug auf den Kläger noch angenommen: “Es ist auch nicht erkennbar, dass er wirtschaftlich zur Führung der von ihm betriebenen zahlreichen Prozesse nicht in der Lage wäre.”.

Die Vermögensauskunft, die Rückschlüsse auf die finanziellen Verhältnisse des Klägers auch in dem Zeitraum vor Abgabe der Erklärung zulässt, hat der Kläger aber erst am 8. Oktober 2015 abgegeben.

c)

Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung des Unterwerfungsvertrages rechtzeitig erklärt.

Gemäß § 314 Abs. 3 BGB kann der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 erklärt, der dem Kläger spätestens am 2. Dezember 2015 zugegangen ist.

Die wesentlichen Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers, die den Rechtsmissbrauchsvorwurf maßgeblich begründen, stammen aus dem Vermögensverzeichnis, das der Kläger am 8. Oktober 2015 abgegeben hat.

Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ist hier nicht anwendbar, da es sich bei dieser starren Ausschlussfrist um eine Sonderregelung für Dienstverträge handelt, die sich nicht auf andere Vertragsverhältnisse übertragen lässt (BGH GRUR 1997, 386 – Altunterwerfung II).

Im Falle von Unterwerfungsverträgen ist die Frist, innerhalb deren die Kündigung erfolgen muss, grundsätzlich großzügig, d.h. in Monaten zu bemessen, da eine sorgfältige rechtliche Prüfung erforderlich ist, ob der fragliche Unterlassungsvertrag mit Erfolg gekündigt werden kann (BGH GRUR 1997, 386 – Altunterwerfung II).

Diese Frist ist mit einem Zeitraum von weniger als zwei Monaten zwischen der Abgabe der Vermögensauskunft und dem Zugang der Kündigungserklärung bei dem Kläger nicht überschritten.

d)

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte, etwa angesichts bestehender Zweifel an der Berechtigung der Abmahnung aufgrund

der vorherrschenden Motive des Klägers, das Risiko der rechtlichen Bewertung dieser Motive übernehmen wollte, und deshalb an der Kündigung gehindert sein könnte, gibt es nicht.

Der Kläger führt zwar eine Entscheidung des OLG Stuttgart (WRP 2016, 650) an, die seiner Ansicht nach "1:1" auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann.

Aus dem Umstand, dass die Vertragsstrafenschuldnerin durch eine eigenverfasste und eigenkonzipierte Unterwerfungserklärung selbst die Gestaltung des Streitverhältnisses vorgenommen hat, hat das OLG dort den Schluss gezogen, dass die Schuldnerin nach eigener Rechts- und Risikoeinschätzung auf die gerichtliche Klärung der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des ihr vorgeworfenen Verhaltens verzichtet hat.

Diese Überlegungen lassen sich aber deshalb nicht auf den vorliegenden Fall übertragen, weil die Beklagte im Zeitpunkt der Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung keinen Anlass hatte, von einem rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers auszugehen.

2.

Demzufolge stehen dem Kläger auch die mit den Anträgen zu 1b) bis 1e) geltend gemachten Unterlassungsansprüche nicht zu

3.

Der Kläger hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Zahlung von 35.700,- € nebst Zinsen an die Faustmann Neumann GbR.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte vor dem Wirksamwerden ihrer Kündigungserklärung gegen ihre Unterlassungspflichten aus dem Unterwerfungsvertrag verstoßen hat.

a)

Es wird die Ansicht vertreten, dass ein aufgrund missbräuchlicher Abmahnung abgeschlossener Unterwerfungsvertrag nicht nur nach § 314 BGB aus wichtigem Grund gekündigt, sondern der Geltendmachung von Vertragsstrafen schon vor der Kündigung der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegen gehalten werden kann (OLG OLG München WRP 1992, 270; OLG Hamm GRUR-RR 2011, 196; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 12, Rn 1.164; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.6; Fritzsche in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., § 8, Rn 479; Schaub in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., Kap. 20, Rn 15b).

Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist von Amts wegen zu prüfen (Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.8).

Andererseits wird die Ansicht vertreten, gegen eine Vertragskorrektur über § 242 BGB spreche, dass § 8 Abs. 4 UWG verhindern wolle, dass sich missbräuchlich Abmahnende über Abmahnkosten bereichern und der Missbrauchseinwand damit auf diese erste Phase – Abmahnung nach Erstverstoß – beschränkt sei. Wenn es aber um die Vertragsstrafe nach eigenverantwortlicher Unterwerfung, den darin liegendem Verzicht auf die Missbrauchsverteidigung und einen Zweitverstoß gehe, sei nicht das Strafverlangen treuwidrig, sondern das Verhalten des Abgemahnten, der mit seinem Zweitverstoß die von ihm versprochene Strafe ausgelöst habe. Schläge der Missbrauchseinwand durch, so könnte der Abgemahnte sich zum Schein unterwerfen, so Wiederholungsgefahr und den Unterlassungsanspruch ausschließen und den Missbrauchseinwand nachträglich erheben: "April, April!". (Rieble in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2015, § 339, Rn 49)

Der BGH hat diese Frage wiederholt offen gelassen (vgl. BGH GRUR 2012, 730 – Bauheizgerät, Rn 38; BGH GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Rn 22).

b)

Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung.

Der Zweck des § 8 Abs. 4 UWG ist nicht darauf beschränkt, verhindern zu wollen, dass sich missbräuchlich Abmahnende über Abmahnkosten bereichern.

Die Vorschrift hat vielmehr neben der Aufgabe der Bekämpfung von Missbräuchen bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auch die Funktion eines Korrektivs gegenüber der weit gefassten Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG. Nach § 8 Abs. 3 UWG kann ein und derselbe Wettbewerbsverstoß durch eine Vielzahl von Anspruchsberechtigten verfolgt werden. Dies erleichtert zwar die im Interesse der Allgemeinheit liegende Rechtsverfolgung; die Fülle der Anspruchsberechtigten kann aber den Anspruchsgegner in erheblichem Maße belasten, so insbesondere dadurch, dass der Wettbewerbsverstoß zum Gegenstand mehrerer Abmahnungen und gerichtlicher Verfahren gemacht werden kann. Umso wichtiger ist es, dass die Regelung des § 8 Abs. 4 UWG immer dann eine Handhabe bietet, wenn wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung missbräuchlich geltend gemacht werden, insbesondere wenn sachfremde Ziele die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung darstellen. (BGH GRUR 2012, 730 – Bauheizgerät, Rn 14; BGH GRUR 2013, 716 – Ferienluxuswohnung, Rn 17; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.2).

Schon danach besteht kein Anlass, den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben grundsätzlich unbeachtet zu lassen, wenn nach einer missbräuchlichen Abmahnung ein Unterwerfungsvertrag zustande kommt.

Es erscheint widersinnig, demjenigen, der in der vorherrschenden Absicht, sich zu bereichern, abmahnt, den Anspruch auf Erstattung der vergleichsweise geringen Abmahnkosten zu versagen, den Anspruch auf die regelmäßig

weitaus höhere Vertragsstrafe aber ohne weiteres zu belassen.

Die Gefahr, dass sich der Abgemahnte nur zum Schein unterwirft, um (scheinbar) die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen und den Unterlassungsanspruch auszuschließen, um nach einer Zuwiderhandlung gegen die übernommene Unterlassungsverpflichtung den Missbrauchseinwand zu erheben, rechtfertigt eine andere Sichtweise nicht.

Diese Gefahr ist zu vernachlässigen, da ihr nicht nur das Risiko gegenübersteht, gegenüber einer Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe nicht mit dem Missbrauchseinwand durchzudringen, sondern auch das weitere Risiko, die Wiederholungsgefahr künftig nicht mehr durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausräumen zu können, da Zweifel an der Ernstlichkeit bestehen.

c)

Verhaltensweisen, die der gerichtlichen Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 8 Abs. 4 UWG entgegenstehen können, können die Forderung von Vertragsstrafen nur ausschließen, soweit sie für die Abgabe der Unterwerfungserklärung ursächlich waren oder mit ihr jedenfalls im Zusammenhang stehen (BGH GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Rn 22; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 4.8).

Diese Voraussetzungen erfüllen die äußeren Umstände, die nach der obigen Bewertung den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gegen den Kläger begründen.

Es sind ausschließlich solche Tatsachen berücksichtigt worden, die entweder vor der Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung am 2. Juni 2014 zu Tage getreten sind, mögen sie der Beklagten auch erst später bekannt geworden sein, oder solche Tatsachen, die Rückschlüsse auf die Sachlage vor dem 2. Juni 2014 zulassen.

Der zumindest notwendige Zusammenhang mit der Abgabe der Unterwerfungserklärung der Beklagten ergibt sich durch das planmäßige Vorgehen des Klägers gegen seine gegen Kennzeichnungspflichten verstoßenden Mitbewerber, von ihm als Marktberreinigung bezeichnet.

Es ist auch davon auszugehen, dass das Verbergen der vorherrschenden Absichten des Klägers ursächlich für die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung war.

d)

Soweit die Heranziehung des § 242 BGB in der hier zu beurteilenden Konstellation davon abhängig gemacht wird, dass das Nichtbestehen des Anspruchs eindeutig zu erkennen ist, weil der Einwand des Rechtsmissbrauchs nur als "letztes Mittel" und daher mit großer Zurückhaltung einzusetzen ist (Schaub in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., Kap. 20, Rn 15b), steht dies dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen.

Die Vielzahl und Dichte der für einen Rechtsmissbrauch sprechenden Indizien lassen die Nichtberechtigung der Abmahnung des Klägers im vorliegenden Fall eindeutig erkennen.

4.

Nach den obigen Ausführungen hat das Landgericht den Kläger auf die Widerklage zu Recht verurteilt, an die Beklagte 2.194,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 4. März 2015 zu zahlen (§ 8 Abs. 4 Satz 2 UWG, §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB).

§ 15a Abs. 2 RVG ist im Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt worden (vgl. Beschluss der Rechtspflegerin des Landgerichts Berlin vom 15. März 2016).

5.

Soweit der Kläger die Kostenentscheidung im Urteil des

Landgerichts mit dem Argument angreift, das Landgericht habe die Teilrückweisung des Antrags der Beklagten, ihm und seinen Prozessbevollmächtigten die Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldern aufzuerlegen, nicht berücksichtigt, kann er damit im Hinblick auf die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten schon aufgrund der Regelung § 92 Abs. 2 ZPO keinen Erfolg haben.

Insgesamt war dieser Antrag jedoch ohnehin nicht als Drittwiderklage anzusehen, aufgrund derer die Prozessbevollmächtigten des Klägers Partei des Rechtsstreits mit eigenem Kostenerstattungsanspruch im Fall der Abweisung geworden wären.

Das Landgericht hat die grundsätzlich denkbare Auslegung des Antrags im Sinne eines Feststellungsantrages ausdrücklich abgelehnt, ohne dass die Beklagte dies angegriffen hätte. Den Ausführungen der Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 18. Juli 2016 ist vielmehr zu entnehmen, dass sie bewusst keinen Feststellungsantrag gestellt, sondern den Antrag so gemeint hat, wie das Landgericht ihn ausgelegt hat.

Der "Antrag" ist mithin als bloße Anregung zu sehen, die von Amts wegen zu treffende Kostenentscheidung mit einem Inhalt zu versehen, die allerdings im Gesetz keine Grundlage hat. Zu einer Erhöhung der Gerichtskosten oder der außergerichtlichen Kosten der Beklagten sowie zu eigenen Kostenerstattungsansprüchen der Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen die Beklagte führt eine derartige Anregung nicht.

D.

Dem Kläger musste keine Gelegenheit gewährt werden, zu den Erörterungen im Termin am 16. November 2016 schriftsätzlich Stellung zu nehmen.

Die Sach- und Rechtslage ist im Termin eingehend und umfassend erörtert worden, wobei insbesondere dem Kläger weiter Raum zur

Darstellung seiner Standpunkte gegenüber dem Ergebnis der Vorberatung des Senats gegeben worden ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dem Kläger abschließende Stellungnahmen zu einzelnen oder mehreren Punkten in der mündlichen Verhandlung nicht möglich gewesen sein sollten.

Den Schriftsatz des Klägers vom 17. November 2016 hat der Senat zur Kenntnis genommen, ohne dass daraufhin etwas zu veranlassen wäre.

Nachdem bereits das Landgericht im angefochtenen Urteil auf der Grundlage des § 314 BGB die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung des Unterlassungsvertrages und das "Durchschlagen" des Rechtsmissbrauchs auf den Vertragsstrafenanspruch bejaht hat, haben sich die Ausführungen des Senats in der mündlichen Verhandlung auf eine Bestätigung dieser Rechtsansicht beschränkt.

Der weitere Vortrag des Klägers in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz lässt einen Zusammenhang zu dem vorliegenden Rechtsstreit nicht erkennen.

Auch den weiteren Schriftsatz des Klägers vom 2. Dezember 2016 hat der Senat zur Kenntnis genommen, ohne dass daraufhin etwas zu veranlassen wäre.

Hinsichtlich der unter 1. und 2. genannten Gesichtspunkte wird auf die Ausführungen zum Schriftsatz vom 17. November 2016 verwiesen.

Hinsichtlich der unter 3. und 4. angesprochenen Prozessrisiken wird auf das bereits erwähnte Verfahren vor dem OLG Celle, 13 U 10/14, verwiesen.

Im Übrigen hatte der Senat dem Kläger bereits im Beschluss vom 10. Juni 2016 Gelegenheit gegeben, sein wirtschaftliches Interesse an der Verfolgung der Verletzung von Kennzeichnungspflichten darzulegen.

E.

Der Beklagten brauchte keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Schriftsätzen des Klägers vom 2. und 15. November 2016 gewährt zu werden, da diese Schriftsätze keinen neuen und entscheidungserheblichen Tatsachenvortrag enthalten haben.

F.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3, § 516 Abs. 3, § 344 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Nachdem der BGH die Frage, ob ein aufgrund missbräuchlicher Abmahnung abgeschlossener Unterwerfungsvertrag nicht nur nach § 314 BGB aus wichtigem Grund gekündigt, sondern der Geltendmachung von Vertragsstrafen schon vor der Kündigung der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegen gehalten werden kann, wiederholt offen gelassen hat (vgl. BGH GRUR 2012, 730 – Bauheizgerät, Rn 38; BGH GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Rn 22), wird beschränkt auf den Vertragsstrafenanspruch wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO die Revision zugelassen.

Im Übrigen ist Revision nicht zuzulassen (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). Die Entscheidung folgt der höchstrichterlichen Rechtsprechung, und sie beruht auf den besonderen Umständen des vorliegenden Falles.