Zur irreführenden Werbung von Briefkästen und der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Abmahnung

Oberlandesgericht Celle

Urteil vom 08.12.2016

Az.: 13 U 72/16

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 27. April 2016 verkündete Urteil des Einzelrichters der 11. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim abgeändert.

1. Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Produkte im Marktsegment Postkästen und Zeitungsrollen in den Verkehr zu bringen

a) mit einer Formulierung

„Umweltfreundlich produziert“

wie aus den nachfolgend eingeblendeten Anlagen FN 5 oder FN 6 ersichtlich geschehen;

[Abbildung]

2. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtungen zu Ziffern 1.a) und 1.b) ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis

zu 6 Monaten angedroht.

3. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 984,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. September 2015 zu erstatten.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten ihrer Streithelferin; diese trägt die Streithelferin selbst.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.000 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerin, die als Zwischenhändlerin unter anderem von der Streithelferin hergestellte Briefkästen und Zeitungsrollen veräußert, macht gegen die beklagte Gesellschafterin der „H.-Gruppe“ und Betreiberin eines Baumarktes wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche sowie Abmahnkosten geltend.

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird zunächst auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Nachdem das Landgericht im vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren 11 0 23/15 (= 13 W 62/15) Unterlassungsansprüche der Klägerin mit der Begründung verneint hatte, die Parteien stünden nicht in einem Wettbewerbsverhältnis, hat der Senat die beantragte einstweilige Verfügung am 30. September 2015 im Beschlusswege hinsichtlich der Unterlassungsansprüche betreffend die in den Anlagen FN 5 und FN 7 enthaltenen Werbeaussagen erlassen.

Im Hauptsacheverfahren hat der Einzelrichter die Klage nunmehr mit der Begründung abgewiesen, das Vorgehen der Klägerin sei rechtsmissbräuchlich und die Geltendmachung ihrer Ansprüche daher – wie auch die Beklagte und ihre Streithelferin meinen – gemäß § 8 Abs. 4 UWG unzulässig.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Die Klägerin ist der Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht einen Rechtsmissbrauch bejaht.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 984,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. September 2015 zu erstatten.

2. die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Produkte im Marktsegment Postkästen und Zeitungsrollen in den Verkehr zu bringen

a) mit einer Formulierung

„Umweltfreundlich produziert“

wie aus den Anlagen FN 5 oder FN 6 ersichtlich geschehen;

Ein Missbrauch i. S. v. § 8 Abs. 4 UWG liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2000 – I ZR 76/98, juris Rn. 19; Urteil vom 5. Oktober 2000 – I ZR 237/98, juris Rn. 21; Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8 Rn. 4.10 m. w. N.). Sie müssen allerdings nicht das

alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005 – I ZR 300/02, juris Rn. 16). Die Annahme eines Rechtsmissbrauchs ist jeweils unter sorgfältiger Prüfung und Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei sich die Motive und Zwecke der Geltendmachung des Anspruchs in der Regel nur aus den äußeren Umständen erschließen lassen. Dabei ist vor allem auf das Verhalten des Gläubigers bei der Verfolgung dieses und anderer Verstöße, auf die Art und Schwere des Wettbewerbsverstößes sowie das Verhalten des Schuldners nach dem Verstoß und das Verhalten sonstiger Anspruchsberechtigter abzustellen (vgl. BGH, a. a. O.). Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten können sich u.a. daraus ergeben, dass dem Anspruchsberechtigten schonendere Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung zur Verfügung stehen, die er aber nicht nutzt (vgl. BGH, a. a. O.). Ein Indiz für einen Missbrauch kann darüber hinaus darstellen, dass der Abmahnende systematisch überhöhte Abmahngebühren oder Vertragsstrafen fordert (vgl. BGH, Urteil vom 15.12.2011 – I ZR 174/10, juris Rn. 17).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist nicht zu verkennen, dass vorliegend zwar einige Indizien für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs sprechen. Die erforderliche Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls führt aber nach Auffassung des Senats zu dem Ergebnis, dass ein Missbrauch im Ergebnis nicht angenommen werden kann.

a) Allein die hohe Anzahl der von der Klägerin ausgesprochenen Abmahnungen gegenüber 203 Gesellschaftern der H.-Baumärkte vermag die Annahme eines Rechtsmissbrauchs noch nicht zu rechtfertigen. Eine zahlenmäßige Beschränkung des Vorgehens gegen Wettbewerber sieht das Gesetz nicht vor; deshalb kann ein Wettbewerber grundsätzlich auch gegen eine Vielzahl von – sich wettbewerbswidrig verhaltenden – Mitbewerbern vorgehen (OLG München, Beschluss vom 12. Dezember 2006 – 6 W 2908/06,

juris Rn. 5 ff.; OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Juli 2007 – 10 U 14/07 Rn. 30 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Dezember 2006 – 6 U 129/06, juris Rn. 20; OLG Köln, Urteil vom 24. April 2015 – 6 U 175/14, juris Rn. 30; so zu den Abmahnungen der Klägerin auch OLG Düsseldorf, Urteile vom 15. Mai 2016 – 20 U 161/15 und 20 U 150/15 = Anlagen FN 209a und 209b, Anlagenordner VIII).

Der Einwand der Beklagten (auf S. 9 f. der Berufungserwiderung, Bl. 509/509R d. A.), mit dem Schreiben vom 3. August 2015 seien bereits alle H.-Gesellschafter abgemahnt gewesen, greift nicht durch. Dass das Schreiben der Klägerin nicht so zu verstehen war, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Klägerin auf die erbetene Weiterleitung an die einzelnen Gesellschafter keinen Einfluss hatte und sie deshalb auch nicht wissen konnte, ob eine Weiterleitung erfolgen würde (so auch OLG Stuttgart, Urteile vom 1. September 2016 – 2 U 24/16 und 2 U 57/16 = Anlagen FN 262 und 263; OLG München, Urteil vom 27. Oktober 2016 – 29 U 1152/16 = Anlage FN 313).

b) Eine Unzulässigkeit besteht auch nicht deshalb, weil der Klägerin ein schonenderer Weg zur Anspruchsdurchsetzung zur Verfügung gestanden hätte.

aa) Zur Realisierung des Ziels der Klägerin, die angegriffene Werbung zu unterbinden, hätte es nicht ausgereicht, die Streithelferin der Beklagten als Herstellerin der fraglichen Briefkästen und Zeitungsrollen auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Dass die Vervielfachung der Verfahren ausschließlich der Erhöhung des wirtschaftlichen Drucks auf die Streithelferin diene, lässt sich nicht feststellen. Im Gegenteil: Die Klägerin besaß ein anerkanntes Interesse daran, den Vertrieb der streitgegenständlichen Produkte der Streithelferin (auch) in den H.-Baumärkten zu verhindern, zumal dort – auch noch nach der im Einzelnen streitigen Umstellung der Produktion durch die Streithelferin im Juni 2015 – bereits erworbene Lagerbestände vorhanden waren und

vertrieben wurden. Die zuvor in Anspruch genommene Streithelferin hatte auch ein Vorgehen gegen die Händler nicht etwa dadurch überflüssig gemacht, dass sie gegenüber der Klägerin unverzüglich signalisiert hätte, die streitbefangenen Artikel von den Händlern zurückzurufen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG München, a. a. O.), obwohl die Klägerin ihr sogar in der ersten Abmahnung eine Aufbrauchfrist angeboten hatte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten musste sich die Klägerin nicht auf die Möglichkeit einer Beseitigungsklage gegen die Streithelferin verweisen lassen, sondern durfte den schnelleren und sichereren Weg eines direkten Vorgehens gegen die Baumarktbetreiber wählen. Die Streithelferin selbst trägt vor (auf S. 28 f. der Berufungserwiderung, Bl. 448 f. d. A.), ein Rückruf bei den Baumarkt-Ketten sei „aufgrund der Menge der sich dort in den Regalen befindlichen Waren nicht in Betracht“ gekommen. Wegen der großen Menge habe die Überklebung der angegriffenen Werbung Monate in Anspruch genommen. Unter diesen Umständen durfte die Klägerin den weiteren Vertrieb unmittelbar verbieten lassen (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O.).

Im Übrigen erfasst ein Unterlassungstitel gegen die Händler auch kerngleiche Verletzungshandlungen beim Vertrieb von Produkten anderer Hersteller und geht daher über die Unterlassung irreführender Werbung beim Vertrieb nur der Produkte der Streithelferin hinaus.

bb) Die Inanspruchnahme der „Zentrale“, der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG (bzw. deren Tochtergesellschaft Z. GmbH & Co. KG als Franchisegeberin) reichte zur Realisierung des klägerischen Begehrens ebenfalls nicht aus. Die Zentrale und die Baumärkte sind rechtlich selbständige Unternehmen. Soweit die Beklagte in der Berufungserwiderung (auf S. 3, Bl. 506 d. A.) vorträgt, dass wegen der internen rechtlichen Struktur der H.-Gruppe die Zentrale die Lieferverträge geschlossen habe und für

Reklamationen zuständig gewesen sei, ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der Klägerin diese interne Organisation bekannt war (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O.; OLG München a. a. O.). Die Inanspruchnahme (nur) der Zentrale hätte im Übrigen nicht verhindert, dass die Baumärkte ihre Lagerbestände hätten abverkaufen können.

cc) Insofern spricht vielmehr in erheblichem Maße gegen einen Rechtsmissbrauch, dass die Klägerin hier in mehrfacher Hinsicht „abgestuft“ vorgegangen ist, indem sie – nachdem die vorrangige Abmahnung des Herstellers nicht zu einem Rückruf geführt hatte – zunächst am 3. August 2015 „nur“ die H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG abgemahnt hat (Anlage FN 13, Anlagenordner I). Dabei haben die Prozessbevollmächtigten der Klägerin ausgeführt, ihre Mandantin mahne „hiermit alle Betreiber von H.märkten hinsichtlich der beiden obig genannten Verhaltensweisen ab und verlangt eine diesbezügliche Unterwerfung. Weil es nicht das Interesse unserer Mandantin ist, Dritte durch diesen Vorgang unnötig zu belasten, bitten wir Sie, dieses Schreiben an all ihre Franchisenehmer ersichtlich aus der beiliegenden Anl. 2 unverzüglich weiterzuleiten“. Erst nach der Antwort der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG vom 12. August 2015 (Anlage FN 15, Anlagenordner I) ist die Klägerin auch gegen die einzelnen Baumärkte vorgegangen. Dieses stufenweise Vorgehen war auch verständlich angesichts der Hinweise in dem vorgenannten Antwortschreiben, den einzelnen Baumärkten habe es nicht obliegen, „en détail“ die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung zu prüfen, ferner sei die Abmahntätigkeit der Klägerin bereits jetzt als rechtsmissbräuchlich anzusehen und es werde gebeten, die H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG und ihre Gesellschafter „außen vor“ zu lassen, bis die wettbewerbsrechtlichen Fragen im Verhältnis zur Streithelferin geklärt seien.

dd) Schließlich musste die Klägerin sich auch nicht auf die Inanspruchnahme nur eines Gesellschafters als „Musterprozess“

verweisen lassen. Der sachliche Grund für die gesonderte Inanspruchnahme sämtlicher Gesellschafter (Franchisenehmer) liegt in ihrer rechtlich selbständigen Stellung. Zwar kann die getrennte Inanspruchnahme konzernmäßig verbundener Unterlassungsschuldner bei einem einheitlichen Wettbewerbsverstoß unzulässig sein, wenn für sämtliche Unterlassungsschuldner ein einheitlicher Gerichtsstand gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005 – I ZR 300/02, juris Rn. 17). Vorliegend fehlt es jedoch schon an einem solchen einheitlichen Gerichtsstand für sämtliche Händler der „H.-Gruppe“. Die H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG hat in ihrem Schreiben vom 12. August 2015 (Anlage FN 15, Anlagenordner I) auch nicht etwa vorgeschlagen, ein derartiges „Musterverfahren“ gegen sie selbst oder einen einzelnen Gesellschafter zu führen. Vielmehr hat die „Zentrale“ unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass man sich mit der Frage der Wettbewerbswidrigkeit der angegriffenen Werbung jedenfalls bis zum Abschluss der Rechtsstreitigkeiten mit der Streithelferin nicht befassen und während dieser Zeit die vorhandene Ware weiter veräußern (lassen) werde.

c) Das kumulative Vorgehen gegen Hersteller und Händler ist auch nicht aus anderen Gründen als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Im Gegenteil hätte sich die Klägerin – erst recht – dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs aussetzen können, wenn sie selektiv gegen einzelne von mehreren Verletzern vorgegangen wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. November 2012 – 20 U 4/12, juris Rn. 7, zur Rechtsmissbräuchlichkeit eines Vorgehens gegen Anbieter auf einer Internet-Handelsplattform, wenn der in Frage stehende Wettbewerbsverstoß vom Betreiber der Handelsplattform veranlasst wurde). So hat das Oberlandesgericht Köln erwogen, dass das selektive Vorgehen nur gegen den Händler ohne Inanspruchnahme des Herstellers missbräuchlich sein könnte (OLG Köln, Beschluss vom 9. April 1999 – 6 W 88/98, juris Rn. 6; zustimmend: Fritzsche in: MüKo-UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 472); das kumulative Vorgehen sowohl gegen Hersteller als auch gegen Händler wurde dort ersichtlich

als unproblematisch angesehen. Zwar kann die Anspruchsverfolgung rechtsmissbräuchlich sein, wenn mit dem Vorgehen auch gegen Händler eine Wettbewerbsbehinderung im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG bezweckt ist (vgl. Fritzsche, a. a. O., Rn. 471). Dass dies jedoch das alleinige oder auch nur überwiegende Ziel des Vorgehens der Klägerin ist, kann nicht festgestellt werden.

d) Schließlich hat die Klägerin den streitgegenständlichen Abmahnungen auch keine überhöhten Gegenstandswerte zugrunde gelegt. Der Wert von 20.000 € für die behaupteten drei Verstöße war angemessen und entspricht der Streitwertfestsetzung des Senats.

e) Eine Unzulässigkeit folgt nicht aus dem sonstigen Verhalten der Klägerin bei der Abmahnung, insbesondere nicht aus den von der Klägerin gesetzten (kurzen) Fristen mit jeweils unmittelbarer Reaktion nach Fristablauf. Der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG wäre es jedenfalls bis zum Ablauf der auf den 12. August 2015 verlängerten Frist möglich gewesen, eine fernmündliche Abstimmung mit ihren Gesellschaftern vorzunehmen; ggf. hätte sie zunächst im eigenen Namen die geforderte Unterlassungserklärung abgeben und die Nachreichung der Erklärungen der einzelnen Gesellschafter ankündigen können. Kurze Fristen von 8 bis 10 Tagen sind in Wettbewerbssachen aufgrund des besonderen Interesses des Abmahnenden an der Abstellung des Wettbewerbsverstoßes durchaus üblich und angemessen (vgl. Schwippert in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., § 84 Rn. 23). Zudem hatte die Klägerin im Schreiben vom 7. August 2015 (Anlage FN 17, Anlagenordner I) mitgeteilt, dass eine weitere Fristverlängerung nach telefonischer Absprache möglich sei. Aufgrund der aus dem Schreiben vom 12. August 2015 (Anlage FN 15, Anlagenordner I) ersichtlichen Verweigerungshaltung der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG kann aus der – konsequenten – Einleitung weiterer Schritte – nämlich zunächst

der Abmahnung der einzelnen Gesellschafter und nach Fristablauf der Klageerhebung – nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin geschlossen werden (vgl. OLG München, a. a. O.).

f) Der Umstand, dass die Klägerin die für die Abmahntätigkeit angefallenen Rechtsanwaltskosten ihrer Prozessbevollmächtigten noch nicht bezahlt hat, führt ebenfalls nicht zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs. Aus den zu den Akten gereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Klägerin jedenfalls mehrmals Vorschüsse gezahlt hat, z.B. ist am 12. Juni 2015 eine Rechnung über 35.700 € gestellt worden (vgl. Anlage NI 13, Anlagenordner III), weitere Zahlungen ergeben sich aus den Anlagen FN 172a-c (Anlagenordner VII). Im Übrigen ist die noch ausstehende Zahlung nicht gleichbedeutend mit einer Abrede zwischen der Klägerin und ihren Prozessbevollmächtigten dahingehend, dass die Klägerin überhaupt keine Kosten zu tragen hat, wenn die Abmahnkosten nicht vom Gegner vereinnahmt werden. Eine solche Vereinbarung, die zu einer „Fremdbestimmung“ der Klägerin führen könnte, hat die – für die Tatbestandsvoraussetzungen des Rechtsmissbrauchs darlegungs- und beweisbelastete – Beklagte weder mit Substanz dargetan noch unter Beweis gestellt (vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O.). Das Gesetz kennt keine Vorschusspflicht des Abmahnenden; vielmehr kann § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG für den Fall, dass der Abmahnende die Kosten noch nicht beglichen hat, anstelle eines Erstattungsanspruchs einen Freistellungsanspruch begründen (vgl. Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 12 Rn. 1.92a).

g) Auch die Mitarbeit der Prozessbevollmächtigten der Klägerin bei Testkäufen führt nicht dazu, dass die Rechtsanwälte das Abmahngeschäft in eigener Regie betrieben haben. Wie sich aus dem – insoweit unbestrittenen – Vortrag der Klägerin ergibt, haben die Prozessbevollmächtigten als Teil des Mandats im Auftrag der Klägerin gehandelt und sie bei der Feststellung der Wettbewerbsverletzungen und der Beweissicherung

unterstützt. Die Rechtsanwälte haben der Klägerin also nicht etwa die Abmahntätigkeit aus der Hand genommen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O.). Vielmehr ging die Klägerin hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Verstöße der H.-Gesellschafter davon aus, dass die Produkte der Streithelferin von allen H.märkten angeboten wurden. Die Rechtsanwälte halfen mit der Unterstützung bei Testkäufen bei der Absicherung dieser Annahme.

h) Der Umstand, dass die Klägerin nicht bei allen abgemahnten Baumärkten Testkäufe/Testanfragen durchgeführt hat, um die beanstandete Ware im Sortiment zu finden, ist nicht gleichbedeutend mit einem Rechtsmissbrauch unter dem Gesichtspunkt des Handelns „ins Blaue hinein“. Denn der Klägerin war mit dem Schreiben der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG vom 12. August 2015 (Anlage FN 15, Anlagenordner I) mitgeteilt worden, „die von uns Vertretenen haben die streitgegenständlichen Briefkästen und Zeitungsrollen mit den von ihrer Partei zu Recht oder zu Unrecht inkriminierten Hinweisen geliefert bekommen“. Die Klägerin durfte daher davon ausgehen, dass sämtliche Märkte die streitbefangene Ware vertrieben (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O.). Dass die Klägerin gerade darauf bedacht war, Abmahnungen „ins Blaue hinein“ zu vermeiden, zeigt im Übrigen der Umstand, dass sie den erst am 30. Juli 2015 eröffneten Markt der Beklagten vorsichtshalber nicht in die zweite „Abmahnwelle“ vom 12. bis 14. August 2015 einbezog, sondern zunächst lediglich eine „Warnung“ vom 14. August 2015 (Anlage FN 40, Anlagenband I) an die Beklagte versandte. Erst nach den Feststellungen des Geschäftsführers der Klägerin vom 21. August 2015, die in der Anlage FN 91 (Anlagenordner I, siehe dazu unten 2.a)bb) dokumentiert sind, folgte die Abmahnung vom selben Tage (Anlage FN 41, Anlagenordner I).

i) Das (Miss-)Verhältnis zwischen Kostenrisiko und unternehmerischer Tätigkeit der Klägerin vermag ebenfalls keine Unzulässigkeit der Rechtsverfolgung zu begründen.

Das Gesetz nennt in § 8 Abs. 4 UWG als typischen Anwendungsfall des Missbrauchs die Geltendmachung eines Anspruchs vorwiegend im Gebührenerzielungsinteresse. Davon ist bei der massenhaften Abmahnung kerngleicher Verstöße regelmäßig erst dann auszugehen, wenn sich die Abmahntätigkeit verselbständigt, also in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 3. Dezember 2013 – 3 U 348/13, juris Rn. 8; OLG Hamm, Urteil vom 27. April 2010 – 4 U 150/09, juris Rn. 64 ff.; Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 8 Rn. 4.12a).

Zwar besteht hier auf den ersten Blick ein deutliches Missverhältnis, wenn einem Jahresgewinn der Klägerin von 5.873,00 € (2012) bzw. 5.491,00 € (2013) und einem Eigenkapital von 294.000 € (2012) bzw. 299.000 € (2013) – wobei sich diese Zahlen jeweils auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin insgesamt und nicht nur auf das Briefkastengeschäft beziehen – ein Kostenrisiko von – nach ihrem eigenen Vorbringen – mindestens 670.000 € gegenübersteht. Eine genaue Berechnung dieses Kostenrisikos (vgl. dazu die Berechnungen in den Anlagen FN 88, Anlagenordner I, und FN 146, Anlagenordner V) durch den Senat kann hier dahinstehen, weil jedenfalls bei der notwendigen Gesamtbetrachtung eine Verselbständigung der Abmahntätigkeit zu verneinen ist.

Insofern ist zunächst zu berücksichtigen, dass allein der Umstand, dass die Finanzkraft der Klägerin nicht ausreicht, um im Falle eines Unterliegens die angefallenen Kosten auszugleichen, nicht genügen kann, um von einem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen auszugehen. Anderenfalls könnte kein „Kleiner“ auf dem Markt gegen einen „großen“ Verletzer vorgehen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.).

Ein weiteres gewichtiges Argument ist in diesem Zusammenhang, dass die Abmahntätigkeit der Klägerin im Hinblick auf die Baumärkte der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG faktisch als Einheit anzusehen ist, weil die Klägerin mit ihrem Vorgehen die wettbewerbswidrige Werbung des Mitbewerbers

„H.-Gruppe“ insgesamt beseitigen wollte. Dabei war die Aufspaltung in 203 Abmahnungen lediglich der – selbst gewählten – internen Organisation des Mitbewerbers geschuldet, nachdem die von der Klägerin vorrangig angestrebte Verständigung mit der „Zentrale“ gescheitert war. Eine einfachere (und kostengünstigere) Möglichkeit der Klägerin, die angegriffene Werbung in den Baumärkten zu unterbinden, existierte also gerade nicht.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Rechtsverfolgung im vorliegenden Fall nur einem geringen Prozessrisiko ausgesetzt war (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O.). Die Klägerin hatte den Rechtsstreit gegen die Streithelferin in erster Instanz gewonnen, so dass die Wettbewerbswidrigkeit der angegriffenen Werbung aus ihrer Sicht feststand. Insoweit war und ist auch davon auszugehen, dass die beanstandeten Verstöße hinsichtlich der Werbung mit den Aussagen „umweltfreundlich produziert“ und „geprüfte Qualität“ materiell-rechtlich eindeutig gegeben waren. Letzteres zeigt auch der Umstand, dass die Parteien im vorliegenden – und vielen anderen – Verfahren nur noch über den Einwand des Rechtsmissbrauchs streiten. Den im vorliegenden Verfahren konkret beanstandeten Verstoß der Beklagten konnte die Klägerin durch den Testbesuch vom 21. August 2015 (Anlage FN 91, siehe dazu unten unter 2.a)bb) belegen. Sind aber die Unsicherheiten der Rechtsverfolgung derart überschaubar, wird man nur im Ausnahmefall davon ausgehen können, dass ein wirtschaftlich denkender Kaufmann das Risiko nicht eingegangen wäre, um die ihn beeinträchtigenden Wettbewerbsverstöße abstellen zu lassen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.).

Dem Kostenrisiko der Klägerin steht im Übrigen ein erheblicher Nutzen gegenüber, den sie aus der Beseitigung der gerügten Verstöße zieht. Die Klägerin hat unbestritten vorgetragen, dass sie in den ersten acht Monaten des Jahres 2015 ca. 31.000 Briefkästen verkauft hat. Nach Angaben der Streithelferin (auf

S. 18 und 28 der Berufungserwiderung, Bl. 438 und 448 d. A.) hatte sie 118.000 Briefkästen/Zeitungsrollen mit den irreführenden Angaben auf Lager; von einem Rückruf seien ca. 400.000 Briefkästen betroffen gewesen. Im Verhältnis hierzu steht auch die „massenhafte“ Abmahnung von Gesellschaftern der „H.-Gruppe“ nicht außerhalb jeden Verhältnisses, zumal sich diese Abmahntätigkeit aus den vorgenannten Gründen faktisch als Einheit darstellt. Insofern ist ein wirtschaftliches Interesse der Klägerin an der Unterlassung der in Frage stehenden Verstöße vorhanden, weil sowohl das „Prüfsiegel“ als auch die Umweltverträglichkeit bei den angesprochenen Verkehrskreisen, zu denen auch die Mitglieder des Senats gehören, eine besondere Bedeutung für die Kaufentscheidung hat.

Die Entscheidung des OLG Hamm vom 15. September 2015 (4 U 105/15, veröffentlicht bei juris), die von einer Rechtsmissbräuchlichkeit aufgrund nicht mehr vorhandenem vernünftigen Verhältnis zwischen der Abmahntätigkeit und der eigentlichen gewerblichen Tätigkeit der Klägerin ausgeht, steht der hier vertretenen Auffassung schon deshalb nicht entgegen, weil sie den ersten Abmahnkomplex aus Juni 2015 gegenüber den Online-Händlern – und damit eine andere Einzelfallabwägung – betrifft. Der entscheidende Unterschied liegt hier in dem dargelegten „abgestuften“ Vorgehen der Klägerin. Im Übrigen erscheint dem Senat die Einzelfallwürdigung des OLG Hamm auch insoweit bedenklich, als sie dazu führt, dass ein „Kleiner“ gegen einen „Großen“, der wie die H.märkte durch eine Vielzahl selbständiger Gesellschaften organisiert ist, wegen des zu erwartenden Einwand des Rechtsmissbrauchs selbst dann nicht mehr vorgehen darf, wenn die Verstöße eindeutig sind. Den Missbrauchseinwand bereits an dieser Stelle zu berücksichtigen, stellte einen Zirkelschluss dar, weil sich der Rechtsmissbrauch in diesem Fall daraus ergäbe, dass die Klägerin ihr Verhalten als rechtsmissbräuchlich ansehen musste (so auch OLG Stuttgart, a. a. 0.).

j) Die von der Beklagten in der Berufungserwiderung (auf S. 6 f., Bl. 507R f. d. A.) angeführten Strafanzeigen des Prozessbevollmächtigten der Klägerin gegen den Prozessbevollmächtigten der Beklagten sind für den vorliegenden Rechtsstreit ohne Belang. Auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin bei Ausspruch der Abmahnungen im August 2015 lässt sich hieraus nicht schließen (vgl. OLG Stuttgart, a. a. O.; OLG München a. a. O.).

2. Die Klage ist auch begründet. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Unterlassungsansprüche ebenso zu (dazu nachfolgend unter a) wie die Ansprüche auf Androhung von Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft (dazu nachfolgend unter b) sowie auf Erstattung von Abmahnkosten (dazu nachfolgend unter c).

a) Die Unterlassungsansprüche sind gemäß nach §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG begründet. Die Parteien sind Mitbewerber (dazu im Folgenden unter aa), und die Beklagte ist als Täterin (Verletzer) auch die richtige Schuldnerin der Unterlassungsansprüche (dazu im Folgenden unter bb). Die angegriffene Werbung mit den Aussagen „umweltfreundlich produziert“ und „geprüfte Qualität“ – wie aus den Anlagen FN 5, FN 6 und FN 7 ersichtlich – ist irreführend (dazu im Folgenden unter cc).

aa) Bei den Parteien handelt es sich um Mitbewerber im Sinne der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Insbesondere stehen beide in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander. Dass sie als Herstellerin und Importeurin einerseits und Händlerin andererseits auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sind, ist unerheblich (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 2 Rn. 102 f. m. w. N.).

bb) Soweit die Beklagte (auf S. 23 der Klageerwiderung, Bl. 80 d. A.) und die Nebenintervenientin (auf S. 2 ff. ihres Schriftsatzes vom 12. Januar 2016, Bl. 132 ff. d. A.)

bestritten haben, dass sich die streitgegenständlichen Briefkästen/Zeitungsrollen überhaupt im Sortiment der Beklagten befunden haben, können sie hiermit nicht durchdringen. Die Klägerin hat vorgetragen und mit dem Lichtbild in der Anlage FN 91 (Anlagenordner I) belegt, dass jedenfalls am 21. August 2015 – also am Tag der Abmahnung und vor der Antragstellung im einstweiligen Verfügungsverfahren – im Baumarkt der Beklagten die betreffenden Produkte der Nebenintervenientin verkauft wurden. Da die Nebenintervenientin vorgetragen hat, dass die angegriffenen Produkte seit Mitte Juni nicht mehr vertrieben werden (vgl. S. 5 des Schriftsatzes vom 12. Januar 2016, Bl. 135 d. A.), mag es sich insoweit um „Altbestände“ gehandelt haben, die im Hause der Beklagten zum Verkauf standen, obwohl dieser Markt erst am 30. Juli 2015 eröffnet worden war. Die Klägerin hatte deshalb zunächst lediglich eine „Warnung“ vom 14. August 2015 (Anlage FN 40, Anlagenband I) an die Beklagte versandt, der nach den Feststellungen des Geschäftsführers vom 21. August 2015 (Anlage FN 41, Anlagenband I) die Abmahnung vom selben Tage folgte.

cc) Die angegriffene Werbung ist irreführend im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG sowohl hinsichtlich der Aussagen „umweltfreundlich produziert“, die sich aus den in Bezug genommenen Anlagen FN 5 und FN 6 ergeben – dazu nachfolgend unter (1) -, als auch hinsichtlich der Aussage „geprüfte Qualität“ gemäß der Anlage FN 7 – dazu nachfolgend unter (2) -

(1) Bei der Werbung mit einer bestimmten Umweltfreundlichkeit eines Produkts ist es zur Vermeidung einer Irreführungsgefahr regelmäßig geboten, über die näheren Umstände aufzuklären, auf die sich die Aussage bezieht. Liegt eine umweltfreundliche Werbeaussage vor, so muss in ihr zum Ausdruck kommen, in welcher Hinsicht die umworbene Ware oder Leistung einen umweltbezogenen Vorzug aufweist, wobei der Inhalt und der Umfang der Aufklärung von der Art der Ware oder Dienstleistung

sowie von dem Grad und dem Ausmaß der Umweltfreundlichkeit abhängen (Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 5 Rn. 4.167 m. w. N.).

Gemessen an vorstehenden Grundsätzen stellen sowohl die Werbung in der Anlage FN 5 als auch die Werbung in der Anlage FN 6 eine Irreführung dar:

(a) Betreffend die angegriffene Werbeaussage „umweltfreundlich produziert“ aus der Anlage FN 5 fehlt es an einer hinreichenden Aufklärung über die umweltbezogenen Vorzüge des Produkts. Allein dadurch, dass die Herausstellung der Umweltfreundlichkeit auf den Produktionsvorgang bezogen ist, wird nicht hinreichend darüber aufgeklärt, inwieweit dieser Vorgang umweltfreundlich sein soll. Bereits dies erfüllt den Irreführungstatbestand. Auf das für die Herstellung verwendete Material (Edelstahl) und dessen Verarbeitung, die seitens der Klägerin als umweltbelastend bezeichnet werden, kommt es aus den vorstehenden Gründen nicht an. Allerdings hat die Beklagte auch nicht schlüssig dargelegt, inwieweit die Produktion der streitgegenständlichen Briefkästen und Zeitungsrollen – von der unter b) erörterten Lösungsmittelfreiheit abgesehen – besonders umweltfreundlich sein soll.

(b) Hinsichtlich der in der Anlage FN 6 in Bezug genommenen konkreten Verletzungshandlung hält der Senat nicht an seiner im Beschluss vom 30. September 2015 im Verfahren 13 W 62/15 vertretenen Auffassung fest, dass die Werbeaussage zur Umweltverträglichkeit mit der Formulierung „umweltfreundlich produziert – lösungsmittelfrei“ hinreichend konkretisiert wird. Vielmehr schließt sich der Senat der Auffassung des OLG München (im Urteil vom 27. Oktober 2016 – 29 U 1152/16 = Anlage FN 313) an, dass zumindest erhebliche Teile des Verkehrs die Werbung nicht dahingehend verstehen werden, dass das Produkt wegen seiner Lösungsmittelfreiheit umweltfreundlich produziert wurde, sondern dass die – nicht näher konkretisierte – Angabe „umweltfreundlich produziert“ neben der zusätzlichen Information über die Produkteigenschaft

„lösungsmittelfrei“ steht (so im Ergebnis auch OLG Stuttgart, a. a. O.). Hierfür spricht auch die Verbindung der beiden vorgenannten Aussagen „nur“ mit einem Gedankenstrich anstelle eines Doppelpunktes.

(2) Auch die Werbung mit „geprüfter Qualität“, wie aus der Anlage FN 7 ersichtlich, ist irreführend im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG. Die Herausstellung dieser Aussage erweckt bei dem informierten, verständigen und angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbraucher den Eindruck, dass die beworbene Qualitätsprüfung jedenfalls durch ein unabhängiges Prüfinstitut erfolgt ist. Denn bei einer Verwendung von Güte- und Qualitätszeichen gehen die angesprochenen Verkehrskreise davon aus, dass die Güte anhand objektiver Merkmale in Erfüllung von Mindestanforderungen bestimmt wird und dass dies durch eine neutrale, unabhängige und außerhalb des gewerblichen Gewinns stehende Stelle überprüft und gewährleistet wird (Diekmann in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 5 UWG, Rn. 455; OLG Hamm, Urteil vom 6. Februar 2014 – 4 U 131/13, juris Rn. 42). Zwar enthält das von der Klägerin angegriffene „Siegel“ keinen expliziten Hinweis auf ein bestimmtes Prüfinstitut. Dies allein legt aber noch nicht hinreichend nahe, dass nur eine – ohnehin nicht näher konkretisierte – interne Prüfung im Herstellerbetrieb beworben werden soll. Vielmehr ist eine Werbung mit der Angabe „geprüfte Qualität“ regelmäßig irreführend, wenn keine Prüfung der Qualität bzw. Beschaffenheit durch eine externe Stelle, die nicht mit dem Hersteller bzw. Anbieter zusammenhängt, erfolgt ist (vgl. OLG Hamm, a. a. O., zu einer Werbung mit dieser Angabe für Treppenlifte; sowie zu der hier streitgegenständlichen Werbung OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Stuttgart a. a. O.; OLG München a. a. O.). Dass vergleichbare Produkte eine herstellerinterne Qualitätskontrolle durchlaufen, erscheint im Übrigen selbstverständlich, so dass insoweit auch der Gesichtspunkt der Irreführung aufgrund der Herausstellung einer Selbstverständlichkeit (vgl. dazu Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, § 5 Rdnr. 2.115 ff.) greift.

b) Der Antrag auf Androhung von Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft ist gemäß § 890 Abs. 2 ZPO begründet.

c) Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 984,60 € ist aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet, da die Abmahnung nach den vorstehenden Ausführungen berechtigt war. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin selbst zugrunde gelegten Streitwert von 20.000 € in Höhe einer 1,3 Geschäftsgebühr zzgl. Post- und Telekommunikationspauschale zutreffend berechnet.

Dass die Klägerin diese Kosten an ihren Prozessbevollmächtigten noch nicht bezahlt hat, ist unerheblich. Der insoweit ursprünglich bestehende Befreiungsanspruch hat sich gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 und 2 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt, als die Beklagte die Erfüllung dieses Anspruchs ernsthaft und endgültig verweigert hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 – I ZR 224/13, juris Rn. 34 m. w. N.). Die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs ist mit Schreiben vom 17. August 2015 erfolgt (vgl. Anlage FN 19b, Ziff. 158 der angehängten Liste, Anlagenordner I), so dass die beantragte Verzinsung seit dem 1. September 2015 berechtigt ist.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Gründe, die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Entscheidung erfordert lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Den Streitwert hat der Senat wie im einstweiligen

Verfügungsverfahren gemäß der Angabe der Klägerin sowie in Übereinstimmung mit den Entscheidungen der Oberlandesgerichte München und Stuttgart auf 20.000 € festgesetzt. Die Abmahnkosten bleiben als Nebenforderung gemäß § 4 ZPO außer Betracht (BGH, Beschluss vom 12. März 2015 – I ZR 99/14, juris Rn. 1). Gründe, den Streitwert aufgrund der übereinstimmenden Anregung der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 22. November 2016 höher zu bemessen, sind nicht ersichtlich.

Vorinstanz:

LG Hildesheim, Entscheidung vom 27.04.2016 – 11 O 28/15