

# **OLG Nürnberg End-Urteil vom 3. Dezember 2013 - Az. 3 U 348/13**

## **1. Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Regensburg vom 31.01.2013 abgeändert.

II. Die Klage wird abgewiesen.

III. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beschluss:

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 3.000 Euro festgesetzt.

## **2. Gründe**

A.

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Denn die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist missbräuchlich, weshalb die Unterlassungsklage als unzulässig abzuweisen ist. Die zulässige Klage hinsichtlich der Abmahnkosten ist demgemäß unbegründet.

I. Die Unterlassungsklage ist unzulässig.

1. Bei missbräuchlicher gerichtlicher Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ist die Klage wegen fehlender Klage- und Prozessführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen (BGH GRUR 1999, 509 - Vorratslücken; BGH GRUR 2002, 357 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage, § 8 UWG Rdnr. 4.3).

2. Gemäß § 8 Abs. 4 UWG ist die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Vorliegend ist von einer missbräuchlichen Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches auszugehen.

a) Ein Missbrauch 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 (BGH GRUR 2000, 1089 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgungen; BGH GRUR 2001, 260 - Vielfachabmahner).

Das Vorliegen eines Missbrauchs ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Dies erfordert eine sorgfältige Prüfung und Abwägung. Maßgebend sind die Motive und Zwecke der Geltendmachung des Anspruchs, die sich aber in der Regel nur aus äußeren Umständen erschließen lassen. Dazu gehören: Art und Umfang des Wettbewerbsverstößes und Verhalten des Verletzten nach dem Verstoß; Verhalten des Anspruchsberechtigten bei der Verfolgung dieses oder anderer Verstöße; Verhalten sonstiger Anspruchsberechtigter; Art und Schwere des Verstoßes und Verhalten des Schuldners nach dem Verstoß. Im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung ist auch zu fragen, ob Interessen der Allgemeinheit eine Rechtsverfolgung rechtfertigen (Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 UWG, Rdnr. 4.11 mit Nachweisen der Rechtsprechung, insbesondere der des BGH). Als typisches Beispiel nennt das Gesetz die Geltendmachung eines Anspruchs, die vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Dies gilt jedoch in gleicher Weise für das Interesse, Ansprüche auf Zahlung z.B. von Vertragsstrafen entstehen zu lassen. Davon ist auszugehen, wenn der Anspruchsberechtigte kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbspolitisches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann. Maßgebend ist dabei die Sichtweise eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers. Ein Indiz dafür ist freilich nicht schon eine umfangreiche Abmahntätigkeit. Vielmehr ist eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Ein Missbrauch ist dann anzunehmen, wenn die Abmahntätigkeit sich verselbständigt, d.h. in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht und bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann, zumal wenn es sich um geringfügige und/oder leicht zu ermittelnde Verstöße handelt oder wenn der Mitbewerber, obwohl er finanziell schwach ist, Abmahnungen in großer Zahl ausspricht oder trotz umfangreicher Abmahntätigkeit in keinem Fall den Anspruch gerichtlich durchzusetzen versucht (Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rdnr. 4.12 mit Nachweisen der Rechtsprechung).

b) Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch die Klägerin rechtsmissbräuchlich.

aa) Anhaltspunkte dafür, dass der Beispielsfall des § 8 Abs. 4 UWG erfüllt sein könnte, dass also insbesondere die Geltendmachung dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen, liegen nicht vor.

bb) Jedoch ist das Verhalten der Klägerin aus sonstigen Gründen rechtsmissbräuchlich.

(1) Vorliegend hat die Klägerin in einem Zeitraum von wenigen Tagen im August 2012 (08.08. bis 16.08) unstreitig mindestens 199 Abmahnungen (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 19.08.2013, S. 30 = Bl. 172 d.A.) gegen vermeintliche Mitbewerber im IT-Bereich wegen Verletzung der Impressumspflicht gemäß § 5 TMG ausgesprochen. Der Vorwurf beruhte darauf, dass auf den Facebookauftritten der Mitbewerber kein den Vorgaben des § 5 TMG entsprechendes Impressum enthalten war und insbesondere Angaben zum Geschäftsführer bei juristischen Personen und weitere Handelsregisterdaten fehlten. Soweit diese Angaben nach mehreren Links auf der Homepage des Mitbewerbers aufgerufen werden konnten, entsprach dies nach Ansicht der Klägerin nicht den Vorgaben des § 5 TMG, wonach die Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten seien.

(2) Diese "Abmahnwelle" stand in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit der Klägerin.

Diese hat Abmahnungen in großer Zahl ausgesprochen, obwohl sie finanziell schwach war. Sie wurde mit einem Stammkapital von 25.000,00 Euro durch Gesellschaftsvertrag vom 29.07.2011 gegründet und am 16.08.2011 ins Handelsregister eingetragen. Im Zeitpunkt der Abmahnungen bestand sie gerade ein Jahr.

Die Bilanz für 2011 weist für die Klägerin einen Jahresfehlbetrag von 20.421,44 Euro auf, an Forderungen und Guthaben sind 9.429,86 Euro ausgewiesen, bei Verbindlichkeiten in Höhe von 10.719,50 Euro. Der Rohertrag betrug 11.860,00 Euro.

Im Jahr 2012 wurden insgesamt Umsätze in Höhe von brutto 187.350,12 Euro erzielt, wobei die Geschäftstätigkeit erst nach Umzug der Klägerin in Räume in Regenstauf im Februar 2012 begann. Die Umsätze umfassen ausweislich der vorgelegten Rechnungen Dienstleistungen und Warenverkäufe. Aus den Umsätzen mussten fünf Mitarbeiter bezahlt werden, sowie bei Warenverkäufen die Anschaffungskosten. Daneben mussten die Büroräume unterhalten werden. Bis zu den Abmahnungen im August 2012 waren Rechnungen erstellt, die Bruttoerlöse von weniger als 50.000,00 Euro, Nettoerlöse in Höhe von knapp 41.000,00 Euro zum Inhalt hatten (vgl. Rechnungskonvolut Kläger bis Rechnung 2012 - 0053). Dem stehen angefallene Kosten allein für die Abmahnungen in Höhe von 52.874,30 Euro (199 x 265,70 Euro) gegenüber. Das heißt, den bis zu den Abmahnungen in Rechnung gestellten Forderungen standen allein Forderungen des Prozessbevollmächtigten der Klägerin aus den Abmahnungen in Höhe von über 52.000,00 Euro gegenüber, was für sich allein schon auf Rechtsmissbräuchlichkeit schließen lässt.

Dabei ist das Prozesskostenrisiko aus negativen Feststellungsklagen bzw. aus selbständig weiterverfolgten Ansprüchen noch nicht berücksichtigt. Das Prozesskostenrisiko für eine einzige Unterlassungsklage für eine Instanz belief sich auf mindestens 1.250,00 Euro, bei annähernd 200 Verfahren wären dies 250.000,00 Euro. Selbst aus den Umsatzerlösen für das gesamte Jahr 2012 wäre dieses Risiko nicht zu bestreiten gewesen.

Die von der Klägerin geltend gemachte weit höhere Umsatzerwartung ist nicht zu berücksichtigen. Geltend gemacht wird hier insbesondere eine beabsichtigte Geschäftsverbindung mit einer Rechtsschutzversicherung, die zu Jahresumsätzen von über 1.000.000,00 Euro führen sollte. Dieser Vertrag hätte nach Klägerangaben vorgesehen, dass pro Monat mindestens 10.000 Datensätze à 10,00 Euro abgenommen worden wären, was einem Umsatz von 100.000,00 Euro pro Monat entsprochen hätte. Hinzu komme, dass für jeden Kunden, der den sogenannten ...-Rechtsschutz abgeschlossen hätte 10,00 Euro bezahlt worden wären. Das jährliche Kundenvolumen hätte geschätzt zwischen 50.000 und 100.000 Kunden gelegen. Der Umsatz hätte sich also noch einmal um bis zu 1.000.000,00 Euro erhöht (vgl. Klägerschriftsatz vom 15.07.2013, S. 5 = Bl. 199 d.A.).

Die bloße Erwartung eines Auftrages kann jedoch vorliegend nicht berücksichtigt werden. Der Vertrag ist jedenfalls nicht zustande gekommen. Solange der Vertrag aber eine Umsatzerwartung nicht begründete, ist diese Umsatzerwartung auch im Hinblick auf Abmahntätigkeiten nicht berücksichtigungsfähig.

Im Übrigen ist der oben genannte Vortrag unsubstantiiert, weil aus diesem Sachverhalt nicht nachvollziehbar ist, wie diese Geschäftstätigkeit aussehen sollte und wer Geschäftspartner werden sollte. Die hierzu übergebene Leistungsbeschreibung war nur für das Gericht bestimmt und sollte nicht an den Gegner gelangen. Da dieser sich hierzu nicht äußern konnte, ist der Sachverhalt insoweit auch nicht zu berücksichtigen.

Unerheblich ist es in diesem Zusammenhang auch, ob die Gesellschafter der Klägerin mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (...) in den Jahren 2010 bis 2012 Gewinne in erheblicher Höhe erzielten. Denn Anspruchstellerin war die Klägerin und es waren nicht die Gesellschafter als natürliche Personen. Auf die Frage, ob die insoweit vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen der Beklagten zur Verfügung zu stellen sind oder nicht, kommt es somit nicht an.

Schließlich ist es unerheblich, dass vor den Abmahnungen mit Vertrag vom 06.08.2012 die Geschäftsführer der Klägerin die persönliche Haftung für die Gebührenforderung des Rechtsanwalts ... übernahmen, soweit diese von den Abgemahnten nicht übernommen wurden. Denn zunächst war Kostenschuldnerin allein die Klägerin. Sie war es auch, die die geltend gemachten Verstöße verfolgte.

(3) Weiteres Indiz für das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Klägerin ist, dass diese bis auf die beiden beim Senat anhängigen Verfahren unstreitig keinen Unterlassungsanspruch weiter gerichtlich verfolgt hat. Hinzu kommt, dass die Verfolgung in den beiden Verfahren erst in die Wege geleitet wurde, als die angeblichen Verletzer ihrerseits negative Feststellungsklagen erhoben hatten. Die Klagen dienten damit in erster Linie auch dazu, nach Verzicht auf die Klagerücknahme diese Klagen unzulässig werden zu lassen. Ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Liste, die von der Klägerin nicht bestritten wurde, wurden in einigen Fällen lediglich die Abmahnkosten im Mahnbescheidsverfahren geltend gemacht. Zumindest in einem Verfahren ist zwischenzeitlich nach einem behaupteten Vertragsverstoß die Vertragsstrafe geltend gemacht.

(4) Hinzu kommt, dass die Klägerin eine erhebliche Anzahl von Abmahnungen (mindestens 199) innerhalb eines Zeitraumes von nur wenigen Tagen versandt hat.

(5) Die behaupteten Verstöße selbst wurden ohne großen Aufwand durch eine von der Klägerin entwickelten Suchsoftware innerhalb eines Arbeitstages festgestellt (vgl. Aussage des Zeugen ... vom 17.01.2013). Der Geschäftsführer ... der Klägerin erklärte hierzu in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Regensburg, dass das Programm der Klägerin 3,5 Millionen Rechtsverstöße im Internet, davon 30.000 Verstöße bei Facebook festgestellt habe. Insoweit handelt es sich um ein massenhaftes systematisches Durchforsten (vgl. BGH GRUR 2001, 260 - Vielfachabmahner). Auch dies ist ein weiteres Indiz für den Rechtsmissbrauch (Senat, Urteil vom 15.06.2004 - Az.: 3 U 643/03).

(6) Als weiteres Indiz kommt hinzu, dass die Klägerin an der Verfolgung des beanstandeten Wettbewerbsverstößes kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse haben kann. Bei den Verstößen handelt es sich um Formalverstöße. Dass durch das Unterlassen eines vollständigen Impressums auf der Facebookseite der Abgemahnten der Klägerin nennenswerte Wettbewerbsnachteile entstehen können, ist nicht ersichtlich.

(1) Eine Gesamtwürdigung aller Indizien unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles führt dazu, dass die Verfolgung der Ansprüche durch die Klägerin rechtsmissbräuchlich ist.

3. Auf die Frage, ob die Klage auch deshalb unzulässig ist, weil die Unterlassungsanträge nicht bestimmt genug seien (§ 253 Abs. 2 S. 2 ZPO), braucht der Senat daher nicht mehr einzugehen.

4. Weil die Klage unzulässig ist, ist über ihre Begründetheit, also insbesondere darüber, ob ein Verstoß gegen § 5 TMG gegeben ist, nicht mehr zu entscheiden.

II. Die zulässige Klage auf Ersatz der Abmahnkosten ist nicht begründet.

Denn die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist rechtsmissbräuchlich. Damit ist auch ein Anspruch aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 265,70 Euro nicht gegeben, weil die Abmahnung nicht berechtigt war.

III. Kosten: § 91 ZPO.

IV. Vorläufige Vollstreckbarkeit: §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

V. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO liegen nicht vor.