

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

Deutscher Fachverlag GmbH
Frankfurt am Main

Editorial: Dr. Nils Rauer

Know-how goes Europe

125 Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.

Bezugspflichten bei Sponsoringverträgen

135 Dr. Nils Rauer, MJI und Diana Ettig, LL.M.

Urheberrechtsschutz für Werke angewandter Kunst – BGH gibt ständige Rechtsprechung auf

140 Prof. Dr. Walter F. Lindacher

„Testsieger“-Werbung

142 Hanno Schönwald

Die rechtlichen Voraussetzungen für Foto- und Filmaufnahmen von Bauwerken und Gebäuden

147 Deanna Wong und Dr. Morten Petersenn

Originalhersteller(OEM)-Haftung in China – worauf kommt es an?

152 Dr. Alexander Eufinger

Kartellrechtlicher Abstimmungstatbestand und Mitarbeiterhandeln

158 Dr. Markus B. Bölling

Zum Streitwert von mit einer Mehrzahl von Schutzrechten begründeten Unterlassungsklagen

161 Trento Sviluppo u. a. / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

EuGH, Urteil vom 19.12.2013 – C-281/12

164 Runes of Magic

BGH, Versäumnisurteil vom 17.07.2013 – I ZR 34/12

167 Fleurop

BGH, Urteil vom 27.06.2013 – I ZR 53/12

171 Kommentar von **Dr. Lucas Elmenhorst M.A.**

172 Geburtstagszug

BGH, Urteil vom 13.11.2013 – I ZR 143/12

178 Pippi-Langstrumpf-Kostüm

BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 52/12

183 Terminhinweis mit Kartenausschnitt

BGH, Urteil vom 04.07.2013 – I ZR 39/12

235 Rechtsmissbrauch durch Facebook-Mehrfachabmahnungen wegen Impressumsvorstoß

OLG Nürnberg, Urteil vom 03.12.2013 – 3 U 410/13

237 Kommentar von **Alexander Schultz**

OLG Nürnberg: Rechtsmissbrauch durch Facebook-Mehrfachabmahnungen wg. Impressumsverstoß

bung nicht mehr erhalten wird und Herr S. hat der Beklagten nach deren Scheiben vom 04.06.2012 nicht nochmals mitgeteilt, dass er auch in sonstiger Weise nicht mehr kontaktiert werden möchte. Dies war aber auch nicht erforderlich, da er Entsprechendes bereits mit seiner E-Mail vom 26.05.2012 unmissverständlich kommuniziert hatte und sich die Reichweite seiner Erklärung nicht dadurch ändert, dass die Beklagte kundtut, dass sie dem Anliegen nur teilweise nachkommen wird.

- 25** Im vorliegenden Fall kommt noch erschwerend dazu, dass die Beklagte dem Verbraucher S. exakt das gleiche Angebot, das sie ihm zunächst mittels vollständig adressierten Briefs übermittelt hat, sodann nach seiner E-Mail vom 26.05.2012 noch zweimal mittels teildressierter Postwurfsendung geschickt hat. Das Vorbringen der Beklagten, es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass Herr S. an der Übersendung des Angebots kein Interesse hatte, ist angesichts dessen, dass Herr S. ihr bereits mitgeteilt hatte, dass er das Angebot nicht einmal geschenkt annähme und sich die Übersendung weiterer Werbung verbete, nicht nachvollziehbar.
- 26** Entgegen der Auffassung der Beklagten ist § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG unter Berücksichtigung der Grundrechte der Beklagten aus Art. 5 GG und Art. 12 GG auch nicht verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Ansprechen nur dann „erkennbar“ unerwünscht ist, wenn der Empfänger seinen Briefkasten mit einem entsprechenden Aufkleber wie „Werbung nein danke“ versehen hat und nicht etwa auch dann, wenn der Empfänger – wie hier – dem Unternehmer eine entsprechende Mitteilung hat zukommen lassen. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG dient der Umsetzung der Nr. 26 S. 1 Anhang I der UGP-Richtlinie. Bezüglich der im Anhang I der UGP-Richtlinie genannten Geschäftspraktiken ist der Richtliniengeber unter Berücksichtigung der in Rede stehenden Grundrechte (vgl. Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2005/29/EG) zu dem Ergebnis gelangt, dass diese unter allen Umständen als unlauter gelten. In Nr. 26 Satz 1 Anhang 1 der UGP-Richtlinie ist das Wort „erkennbar“ sogar gar nicht enthalten, in der Richtlinie ist nur von „unerwünschtem Ansprechen“ die Rede. Das Merkmal „erkennbar“ ist daher nicht erweiternd dahingehend auszulegen, dass die Erkennbarkeit auf eine bestimmte Art und Weise zu Tage treten muss, sondern bedarf einer richtlinienkonformen einschränkenden Auslegung (vgl. Köhler/Bornkamm, a. a. O. § 7 Rn. 102b). Aufgrund der deutlichen E-Mail vom 26.05.2012 war für die Beklagte somit „erkennbar“, dass der Verbraucher S. von der Beklagten keine Werbung mehr erhalten wollte, auch wenn dieser seinen Briefkasten nicht entsprechend gekennzeichnet hatte.
- 27** c) Die Beklagte hat den Verbraucher S. mit Werbung enthaltenen teildressierten Postwurfsendungen auch hartnäckig angesprochen, nämlich nach Eingang der E-Mail von Herrn S. noch insgesamt fünfmal. Für die Hartnäckigkeit kommt es allein auf die Wiederholung, nicht aber auf eine besonders intensive Einwirkung an (Köhler/Bornkamm, a. a. O. § 7 Rn. 102a).
- 28** 3. Die Klagebefugnis des Klägers ergibt sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG.
- 29** 4. Wiederholungsfahrer ist gegeben, da die Beklagte trotz Abmahnung keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat.
- 30** 5. Hinsichtlich der Übersendung personalisierter, also namentlich adressierter Postwerbung ergibt sich der Unterlassungsanspruch nicht aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG, denn insoweit fehlt es am Merkmal der Hartnäckigkeit des Ansprechens. Mittels des Kommunikationsmittels des vollständig adressierten Briefes hat die Beklagte sich nur einmal und zwar mit Schreiben vom 23.05.2012 (...) an den Verbraucher S. gewandt. Auf dessen E-Mail vom

26.05.2012 (...) hin hat die Beklagte insoweit unmittelbar reagiert und mittels adressierter Briefe keine weitere Werbung an Herrn S. gesandt. Ein hartnäckiges Ansprechen liegt insoweit nicht vor.

31 6. Hinsichtlich personalisierter Briefe ergibt sich der Anspruch auch nicht aus § 7 Abs. 1 UWG. Die einmalige Übersendung eines Werbebriefes stellt keine unzumutbare Belästigung dar (§ 7 Abs. 1 S. 1 UWG). Insbesondere war für die Beklagte vor Eingang der E-Mail vom 26.05.2012 auch nicht erkennbar, dass Herr S. entsprechende Schreiben nicht wünscht (§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG).

32 7. Der Anspruch auf Ersatz der pauschalieren Abmahnkosten ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Eine Kürzung der Pauschale, weil die Abmahnung nur teilweise berechtigt war, ist nicht vorzunehmen (Köhler/Bornkamm, a. a. O. § 12 Rn. 1.96b und 1.99 m. w. N.). Der Zinsanspruch folgt aus § 288 BGB. (...)

Anm. der Redaktion:

Das Gericht hat das Unterlassungsgebot wie folgt tenoriert:
 „(...) zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen an Verbraucher wiederholt postalisch ohne Empfängernamen teildressierte Werbung zu senden oder senden zu lassen, obwohl der Verbraucher den Erhalt von Werbung nicht wünscht.“

Wettbewerbsrecht

Rechtsmissbrauch durch Facebook-Mehrfachabmahnungen wegen Impressumsverstoß

UWG § 8 Abs. 1, Abs. 4, § 12, § 4 Nr. 11; TMG § 5

OLG Nürnberg, Urteil vom 03.12.2013 – 3 U 410/13

Vorinstanz: LG Regensburg, 21.02.2013 – 1 HK O 1845/12

Zu den Voraussetzungen, unter denen die Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs nach Mehrfachabmahnungen wegen Verstößen gegen die Impressumpflicht aus § 5 TMG im Rahmen eines Facebook-Auftritts rechtsmissbräuchlich ist.

Aus den Gründen:

(...) Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Denn **1** 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. **2**

3 1. Bei missbräuchlicher gerichtlicher Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ist die Klage wegen fehlender Klage- und Prozessführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen (BGH GRUR 1999, 509 [= WRP 1999, 421] – Vorratslücken; BGH GRUR 2002, 357 [= WRP 2002, 320] – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage, § 8 UWG Rn. 4.3).

4 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 Rechts-

OLG Nürnberg: Rechtsmissbrauch durch Facebook-Mehrfachabmahnungen wg. Impressumsvorstoß

- verfolgung entstehen zu lassen. Vorliegend ist von einer missbräuchlichen Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches auszugehen.
- 5 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 [= WRP 2000, 1269] – Missbräuchliche Mehrfachverfolgungen; BGH GRUR 2001, 260 [= WRP 2001, 148] – Vielfachabmahner).
- 6 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 Wettbewerbsverstoßes 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, Rn. 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., Rn. 4.12 mit Nachweisen der Rechtsprechung).
- 7 b) Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist die Geltendmachung des Unterlassungsanspruches durch die Klägerin rechtsmissbräuchlich.
- 8 aa) Anhaltspunkte dafür, dass der Beispielfall 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.
- 9 bb) Jedoch ist das Verhalten der Klägerin aus sonstigen Gründen rechtsmissbräuchlich.
- 10 (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 10.07.2013, S. 12 = Bl. 154 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 R. 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. Rechnungskonzulat 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. 4 = Bl. 167 d. A.).

Schultz, Kommentar zu OLG Nürnberg, Rechtsmissbrauch durch Facebook-Mehrfachabmahnungen

- 17 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.
- 18 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.
- 19 Unerheblich ist es in diesem Zusammenhang auch, ob die Gesellschafter der Klägerin mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (B.) 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.
- 20 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 K. 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.
- 21 (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. Zumindes in einem Verfahren ist zwischenzeitlich nach einem behaupteten Vertragsverstoß die Vertragsstrafe geltend gemacht.
- 22 (4) Hinzu kommt, dass die Klägerin eine erhebliche Anzahl von Abmahnungen (mindestens 199) innerhalb eines Zeitraumes von nur wenigen Tagen versandt hat.
- 23 (5) Die behaupteten Verstöße selbst wurden ohne großen Aufwand durch eine von der Klägerin entwickelten Suchsoftware innerhalb eines Arbeitstages festgestellt (vgl. Aussage des Zeugen K. vom 17.01.2013). Der Geschäftsführer B. 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 (so auch Schriftsatz Klägerin vom 10.07.2013, Bl. 150 d. A.). Insoweit handelt es sich um ein massenhaftes systematisches Durchforsten (vgl. BGH GRUR 2001, 260 [= WRP 2001, 148] – Vielfachabmahner). Auch dies ist ein weiteres Indiz für den Rechtsmissbrauch (Senat, Urteil vom 15.06.2004 – Az: 3 U 643/03).
- 24 (6) Als weiteres Indiz kommt hinzu, dass die Klägerin an der Verfolgung des beanstandeten Wettbewerbsverstoßes 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.
- (7) 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. (...)

KOMMENTAR

Das vorliegende Berufungsurteil des OLG Nürnberg entspricht inhaltlich der in der Parallelsache 3 U 348/13 zeitgleich ergangenen Entscheidung. Die Vorinstanz hatte zwei Wettbewerber der Klägerin dazu verurteilt, es zu unterlassen, einen „gewerbsmäßigen Internet-Auftritt ohne Impressumsangabe gemäß § 5 TMG zu betreiben“ sowie der Klägerseite außergerichtliche Abmahnkosten zu erstatten (LG Regensburg, 21.02.2013 – 1 HK O 1845/12 sowie 31.01.2013 – 1 HK O 1884/12, MMR 2013, 246, mit Anm. *Bienert*).

Im Vorfeld hatte die Klägerin, ein „aufstrebendes IT-Systemhaus“, in einem Zeitfenster von nur sieben Werktagen gegenüber mindestens 199 vermeintlichen Wettbewerbern aus der IT-Branche, die über eine Fan-Page beim sozialen Netzwerk Facebook verfügten, eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung wegen unzureichender Anbieterkennzeichnung i. S. d. § 5 TMG ausgesprochen. Obwohl für geschäftliche Anbieter die Problematik einer ausreichenden Anbieterkennzeichnung bei Facebook seit längerem gärt, ist es bislang nur vereinzelt zu entsprechenden Auseinandersetzungen gekommen (vgl. auch OLG Düsseldorf, 13.08.2013 – I-20 U 75/13, K&R 2013, 746; LG Aschaffenburg, 19.08.2011 – 2 HK O 54/11, K&R 2011, 809). Aufgrund der Vielzahl von Abmahnungen war in der öffentlichen Berichterstattung die Rede von einer „Facebook-Abmahnwelle“.

Bemerkenswert ist, dass die Klägerin zunächst in keinem bekannten Fall ein Streitiges Verfahren führte und in den vorgenannten Fällen ihre Forderungen im Wege der Leistungsklage erst rechtshängig machte, nachdem die Beklagtenseite ihrerseits eine Klage auf negative Feststellung vor dem Landgericht Bochum – I-13 O 187/12 – eingereicht hatte. Die überholende Leistungsklage machte die Feststellungsklage unzulässig.

1. Schon der Tenor der Vorinstanz wirft Fragen im Hinblick auf die Bestimmtheit des Verbotsantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) auf. § 5 TMG regelt die Anforderungen an die Anbieterkennzeichnung eines Diensteanbieters i. S. d. § 2 Nr. 1 TMG, nicht etwa die Anforderungen an ein „Impressum“ im Sinne einer inhaltlichen Verantwortlichkeit wie § 55 Abs. 2 RStV. Zudem

Schultz, Kommentar zu OLG Nürnberg, Rechtsmissbrauch durch Facebook-Mehrfachabmahnungen

fehlt es an einer Konkretisierung der jeweils Streitgegenständlichen Pflichtangaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1-7 TMG und es wird kein Bezug auf Facebook oder kerngleiche Angebote genommen. Ein Antrag gilt als zu unbestimmt, wenn er die Wettbewerbs-handlungen, die verboten werden sollen, ausschließlich mit gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen oder dem Verweis auf eine Gesetzesnorm umschreibt (BGH, 24.11.1999 – I ZR 189/97, WRP 2000, 389). So ist gerade die konkrete Ausgestaltung einer Anbieterkennzeichnung bei Facebook problematisch (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, 13.08.2013 – I-20 U 75/13, K&R 2013, 746).

- 5 Mit dieser weiteren Zulässigkeitsproblematik sowie der nicht uninteressanten Frage, ob überhaupt ein wettbewerbsrechtlich relevanter Verstoß i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 5 TMG gegeben war, befasste sich aber das OLG erst gar nicht (vgl. Rn. 26 bis 27). So kam der Senat bezüglich des Unterlassungsanspruchs zu dem Ergebnis, es mangle aufgrund missbräuchlicher gerichtlicher Geltendmachung gemäß § 8 Abs. 4 UWG an der Klage- bzw. Prozessführungsbefugnis. Was den darüber hinaus geltend gemachten Aufwendungsersatzanspruch anbelangt, erachtete das Gericht die Klage als unbegründet, da konsequenterweise auch schon die außergerichtliche Abmahnung aufgrund des missbräuchlichen Verhaltens nicht „berechtigt“ i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG gewesen sei.
- 6 2. Der vorliegende Fall ist ein gutes Beispiel dafür, dass sich nach außen hin erkennbare Umstände für die missbräuchliche Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs häufig erst im weiteren zeitlichen Verlauf einer wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung gänzlich erfassen lassen. So beurteilte der Senat die Gesamtumstände mit Blick auf den Kriterienkatalog der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 UWG vollkommen anders als noch die Vorinstanz, welche zwar eine Vielfachabmahnung, gleichwohl kein weiteres Kriterium für ein missbräuchliches Vorgehen der Klägerseite erkannte.
- 7 Diese unterschiedliche Beurteilung erklärt sich im Wesentlichen dadurch, dass erst das OLG die Vielzahl der Abmahnungen zum Anlass nahm, der Klägerin im Rahmen der sekundären Darlegungslast aufzugeben, konkrete Geschäftszahlen zu offenbaren. Das LG hatte dafür keine Notwendigkeit gesehen, obwohl bereits zu diesem Zeitpunkt 181 Abmahnungen bekannt waren. Um den Abmahnumfang und das weitere Vorgehen der Klägerin gerichtlich verwertbar zu erfassen und transparent zu machen, wurden im Internet von anwaltlicher Seite Meldestellen für Betroffene eingerichtet.
- 8 3. Zu einer Darlegungs- und Offenbarungspflicht konkreter Geschäftszahlen des Anspruchstellers (Bilanzen, aktuelle Umsätze etc.) kann es in einem Wettbewerbsprozess kommen, wenn der mutmaßliche Verletzer, der zunächst darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG ist, genügend Indizien vorträgt, die für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, konkret für ein Missverhältnis vom Umfang der Abmahntätigkeit zur gewerblichen Tätigkeit, sprechen (BGH, 17.11.2005 – I ZR 300/02, WRP 2006, 354 – MEGA-Sale; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8, Rn. 4.25 m. w. N.). Erweist sich die Geltendmachung dann als rechtsmissbräuchlich, so ist die Klage mangels Klagebefugnis unzulässig. Da es sich hierbei um eine Prozessvoraussetzung handelt, hat das Gericht einen etwaigen Rechtsmissbrauch schon von Amts wegen zu prüfen (Köhler, a. a. O., Rn. 4.3 sowie Rn. 4.25).
- 9 Häufig gestaltet es sich aus Beklagtensicht schwierig, die Indizien für einen Rechtsmissbrauch so weit zu verdichten, dass sich das Gericht veranlasst sieht, dem Kläger aufzugeben, substanti-

iert Gründe darzulegen, die den Missbrauchsverdacht widerlegen. So sind zwar bestimmte, regelmäßig wiederkehrende Anspruchsteller durchaus gerichtsbekannt, doch verhält es sich in diesen Fällen zumeist so, dass sich aus den äußeren Umständen nur schwerlich konkrete Anhaltspunkte für sachfremde, nicht schutzwürdige Interessen und Ziele ergeben. Insoweit spielt der für den Fernabsatzhandel äußerst relevante „fliegende Gerichtsstand“ (Gerichtsstand des Handlungsorts) nach wie vor eine unglückliche Rolle. In Fällen bundesweit gestreuter Abmahnungen bzw. Klagen (diesbezüglich trifft es „Court Hopping“ besser als „Forum Shopping“) bleiben dem vermeintlichen Verletzer sowie der jeweils mit der Sache befassten Gerichtsbarkeit häufig der genaue Umfang der Abmahntätigkeit verborgen. Ein Grund dafür ist, dass die überwiegende Zahl der ausgesprochenen Abmahnungen in keinem gerichtlichen Streit mündet. Insoweit hätte die geplante, aber dann letztlich nicht umgesetzte Einschränkung des Gerichtsstands des Handlungsorts gemäß § 14 Abs. 2 UWG Abhilfe schaffen können (vgl. Begr. zu Art. 7 Nr. 4 des Reg.-Entwurfs des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, BT-Drs. 17/13 057, S. 26).

4. Vorliegend bestand nun aus der Sicht des OLG Anlass, die Umsätze aus gewerblicher Tätigkeit sowie das wirtschaftliche und wettbewerbspolitische Interesse der Klägerin an den Abmahnungen zu hinterfragen. Dabei war nach Vorlage der Geschäftszahlen festzustellen, dass die Kosten aus den Abmahnungen die Erlöse der Klägerin deutlich überstiegen. Das Gericht legte insoweit die außergerichtlichen Abmahnkosten zugrunde und multiplizierte diese mit der bekannten Anzahl von Abmahnungen. Darüber hinaus stellte das Gericht Überlegungen hinsichtlich des Prozesskostenrisikos an und kam zu dem Ergebnis, dass sich dieses bei annähernd 200 Verfahren auf knapp 250.000,00 EUR belaufe. Damit überschritt das Prozesskostenrisiko den Jahresgesamtumsatz der Klägerin. Die Einwendung der Klägerseite, vor den Abmahnungen sei die persönliche Haftung durch die Geschäftsführer der Klägerin für die anwaltliche Gebührenforderung übernommen worden, ließ das OLG nicht gelten, ebenso wenig wie angebliche Umsatzerwartungen aus einer beabsichtigten Geschäftsverbindung mit einer Rechtsschutzversicherung.

Diese Begründung überzeugt. Angesichts des Kostenrisikos will sich nicht erschließen, wie die massenhaft, serienmäßige Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs, noch dazu mit Blick auf eine fehlende oder unzureichende Anbieterkennzeichnung innerhalb eines sozialen Netzwerks, dem wirtschaftlichen Interesse eines derartig umsatzschwachen Unternehmens entsprechen soll. Dass die Geschäftsführung eine persönliche Haftung für Honorarforderungen des klägerischen Anwalts übernahm, lässt das Ganze in keinem anderen Licht erscheinen, denn die Vereinbarung galt nach den Feststellungen des Gerichts nur für Kosten, soweit diese von den Abgemahnten nicht gezahlt wurden. Zudem stand ein das Unternehmen gefährdendes Prozesskostenrisiko im Raum. Die im Berufungsverfahren offen gelegten Zahlen sprechen für sich. Die Klägerin war finanziell schwach. Dies allein hätte auch bei „nur“ 181 bekannten Abmahnungen im Verfahren erster Instanz ausgereicht, um Rechtsmissbrauch anzunehmen.

Umso unverständlicher ist es, dass die Vorinstanz in ihren Gründen ausführte, es spreche für ein vernünftiges Verhältnis von Abmahnumfang zur gewerblichen Tätigkeit, dass die Klägerin die Verstöße mittels eines Computerprogramms automatisiert bei Facebook innerhalb eines Tages ermittelt habe. Diese Auffassung scheint grotesk, denn ein automatisiertes, massenhaftes Durchforsten nach Verstößen mit lediglich einer „Kontrolle, ob

OLG Nürnberg: Verbandsklagebefugnis, Wirkungsnachweis und ärztliche Empfehlung

das Softwareprogramm Probleme gehabt habe oder nicht“, lässt nicht erkennen, wo das wirtschaftliche und wettbewerbspolitische Interesse der Klägerin in Bezug auf den jeweils abgemahnten, vermeintlichen Wettbewerber liegen soll. Vielmehr stellt ein systematisches massenhaftes Durchforsten ohne nennenswerten Einzelfallbezug grundsätzlich ein Indiz für Rechtsmissbrauch dar. So war ein Zweck der UWG-Novelle von 1994, Missbräuche abzustellen, die sich seinerzeit daraus ergeben hatten, dass Mitbewerber auf der Grundlage eines lediglich abstrakten Wettbewerbsverhältnisses ohne wesentliche andere Eigeninteressen als finanzielle Anreize durch Rechtsverfolgung, auf Grund eines systematischen Durchforstens von gewerblichen Anzeigen in Tageszeitungen oder Zeitschriften Wettbewerbsverstöße abmahnten (BGH, 05.10.2000 – I ZR 237/98, WRP 2001, 148; vgl. Begr. zu Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs des UWG-ÄndG, BT-Drs. 12/7345 S. 10 f., WRP 1994, 369, 376 f.). Nicht anders verhält es sich, wenn ohne erkennbaren, konkreten Wettbewerbsnachteil ein Unternehmen mit Hilfe eines Computerprogramms soziale Netzwerke durchforstet, um anschließend aufgrund automatisierter Auswertung, „branchennahe“ Unternehmen, auf Unterlassung und Kostenerstattung in Anspruch zu nehmen.

- 13** 5. Abschließend ist hervorzuheben, dass das OLG Nürnberg den gängigen Katalog für missbräuchliches Vorgehen gem. § 8 Abs. 4 UWG um ein weiteres gewichtiges Indiz ergänzt hat. So weist es ausdrücklich darauf hin, dass seitens der Klägerin ausgenommen der zwei Fälle, in denen zuvor negative Feststellungsklage eingereicht worden war, keine Unterlassungsansprüche gerichtlich weiterverfolgt wurden (vgl. Rn. 21 der Entscheidung).
- 14** Es ist kein Geheimnis, dass Abmahnungen im Wettbewerbsrecht regelmäßig gleich einem Versuchsballon ausgesprochen werden. Da bei Nichtberechtigung, vorbehaltlich eines rechtsmissbräuchlichen Falls gem. § 8 Abs. 4 S. 2 UWG, grundsätzlich kein Kostenerstattungsanspruch des zu Unrecht Abgemahnten besteht, geht der Abmahnende selten ein nennenswertes Risiko ein, insbesondere dann nicht, wenn im Innenverhältnis mit der anwaltlichen Vertretung für den Fall des Misserfolgs auch noch eine Kostenfreistellung vereinbart wird, gleich ob nun erlaubt oder unerlaubt. Da wie vorstehend erwähnt, viele wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten gar nicht erst zu Gericht getragen werden (vgl. nur im vorliegenden Fall die Quote von zwei gerichtlichen Streitigkeiten zu mindestens 199 Abmahnungen), kann das Aussprechen gestreuter Abmahnungen zum lukrativen Geschäft werden. So müssen nicht einmal sachfremde Interessen wie Gebührenerzielungsinteressen der anwaltlichen Vertretung im Vordergrund stehen. Denn häufig werden aufgrund der im Raume stehenden Prozesskostenrisiken modifizierte strafbewehrte Unterlassungserklärungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, gleichwohl verpflichtend, abgegeben. Vertragsstrafversprechen scheinen „langfristig angelegt“ im zunehmenden Maße eine Motivation für Abmahnungen zu sein. Darum ist es durchaus begrüßenswert, in Fällen mehrfach erfolglos ausgesprochener wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen, die gerichtliche Nichtverfolgung der vermeintlich bestehenden Ansprüche innerhalb der Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG als ein fehlendes wirtschaftliches und wettbewerbspolitisches Interesse des Anspruchstellers auszulegen, und in der Folge auch als Indiz für Rechtsmissbrauch zu werten.

RA Alexander Schultz, LL.M., Hagen*

Wettbewerbsrecht/Heilmittelwerberecht

Verbandsklagebefugnis, Wirkungsnachweis und ärztliche Empfehlung

LFGB § 11 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2, § 12 Abs. 1 Nr. 2; HCV Art. 10 Abs. 1, Abs. 5

OLG Nürnberg, Urteil vom 26.11.2013 – 3 U 78/13

Vorinstanz: LG Nürnberg-Fürth, 20.12.2012 – 1 HK O 2585/11

1. Zu den Voraussetzungen einer Verbandsklagebefugnis, insbesondere zum Erfordernis einer erheblichen Zahl von Mitgliedsunternehmen, die Waren gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben.

2. Zu den Anforderungen an einen wissenschaftlichen Wirkungsnachweis im Rahmen von Werbeaussagen mit gesundheitsbezogenen Angaben.

3. Zur Zulässigkeit von Hinweisen auf ärztliche Empfehlungen oder Gutachten im Rahmen einer Lebensmittelwerbung.

Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung von Angaben **1** über das Produkt „U. Grüner-Tee-Extrakt“ und auf den Ersatz von Abmahnkosten in Anspruch.

Der Kläger ist ein bei dem Amtsgericht Charlottenburg eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrnehmung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. **2**

Die Beklagte handelt mit Nahrungsergänzungsmitteln, unter anderem mit dem streitgegenständlichen Produkt „U. Grüner-Tee-Extrakt“, das ein Extrakt aus grünem Tee ist und die in diesem vorkommenden Catechine enthält. Grüner Tee enthält auch das Catechin Epigallocatechingallate (EGCG). Die Beklagte bewarb das streitgegenständliche Produkt im Dezember 2010 auf ihrer Homepage im Internet (...). **3**

Der Kläger hält die Werbung für irreführend. Die Aussagen zur Wirkung von Tee als Schlankheitsmittel seien nicht hinreichend gesichert. Wissenschaftliche Belege zur gewichtsreduzierenden Wirkung fehlten. Die von der Beklagten vorgelegten Studien seien von Herstellern der dort geprüften Produkte beauftragt. Eine der Studien sei mit gerade einmal 10 Probanden durchgeführt worden. **4**

Die Beklagte hat während der Rechtshängigkeit der Klage eine Unterlassungserklärung hinsichtlich der Behauptung, „Grüner-Tee-Extrakt kann entwässern“, abgegeben. Insoweit haben die Parteien den Rechtsstreit in erster Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt. **5**

Der Kläger hat in erster Instanz – soweit für das Berufungsverfahren noch erheblich – beantragt, die Beklagte wie nunmehr erkannt mit der Maßgabe zu verurteilen, dass die Aussage unter 2. e, 3. Spiegelstrich, lautet „- entgiften und entwässern.“ Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. **6**

Die Beklagte hält den Kläger für nicht prozessführungsbefugt. Dem Kläger gehöre keine erhebliche Zahl von Unternehmen an, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art wie die Beklagte auf demselben Markt anböten. Auch fehle es dem Kläger an der notwendigen finanziellen Ausstattung, um seinen satzungsmäßigen Aufgaben nachzukommen. **7**

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 257.