

weil diese krankheits- oder gesundheitsbezogen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG ist, gilt zunächst ein grundsätzliches Verbot für jegliche Werbung mit Studien- oder Fachveröffentlichungen gegenüber der Öffentlichkeit (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 HWG). Darüber hinaus untersagt § 11 HWG auch sonstige Publikumswerbung für kosmetische Mittel mit fachlichen Empfehlungen, mit nicht als Werbung erkennbaren Veröffentlichungen, mit bestimmten krankheitsbezogenen Publikationen sowie mit Äußerungen Dritter.

Darüber hinaus ist bei der Beurteilung einer von Kosmetik-Werbung ausgehenden Irreführungsgefahr im Sinne der §§ 3, 5 UWG, § 27 LFGB und § 3 HWG stets auf den Blickwinkel eines normal verständigen und angemessen informierten Durchschnittsvertreters der jeweiligen Werbeadressaten abzustellen¹¹¹⁾. Verbraucherwerbung mit Studien- und Fachveröffentlichungen birgt insoweit größere Irreführungsgefahren, da der maßgebliche normal verständige und angemessen informierte

111) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 1, Rn. 22 f. mit weiteren Nachweisen.

Durchschnittskonsument entsprechenden Publikationen in der Regel großes Vertrauen entgegenbringt¹¹²⁾ und von ihm eine kritische Bewertung der zu Werbezwecken verwendeten Studien- und Fachveröffentlichungen nicht erwartet werden darf¹¹³⁾. Eine Umgehung der mit der Verbraucherwerbung verbundenen Risiken ist auch nicht dadurch möglich, dass die Werbung zunächst nur an Gewerbetreibende oder Fachkreise adressiert wird, sofern von vornherein feststeht, dass diese Adressaten die Werbung an Verbraucher weiterreichen. Denn zu den maßgeblichen Verkehrskreisen einer Werbung zählen stets auch solche Personen, welche die Werbung oder das beworbene Produkt typischerweise erhalten und anwenden, selbst wenn Werbung oder Produkt ursprünglich gar nicht für sie bestimmt sind¹¹⁴⁾.

112) BGH, GRUR 1998, 495, 497 – *Lebertran II*; OLG Schleswig-Holstein, MD 1998, 553, 558; *Bülow/Ring*, Heilmittelwerbegesetz, 3. Auflage 2005, § 11 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 2; *Doepner*, Heilmittelwerbegesetz, 2. Auflage 2000, § 11 Nr. 1, Rn. 4.

113) *Bülow/Ring*, a.a.O.

114) BVerwG, LRE 20, 195.

Martin M. Jackowski, LL.M.¹⁾

Hamburg

Der Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG gegenüber einer Abmahnung

INHALT

1. **Einleitung**
2. **Allgemeines**
3. **Zur Begrifflichkeit**
 - a) **Allgemeines**
 - b) **Gesetzlich genannte Indizien**
 - aa. **Gebührenerzielungsinteresse**
 - bb. **Kostenbelastungsinteresse**
 - c) **Weitere ungenannte Indizien/Rechtsprechungsbeispiele**
4. **Zur Darlegungs- und Beweislast bezüglich eines missbräuchlichen Verhaltens**
 - a) **Allgemeines**
 - b) **Rechtsprechungsbeispiele**
5. **Fazit**

1. Einleitung

Mit diesem Beitrag soll erläutert werden, unter welchen Umständen ein von einer außergerichtlich ausgesprochenen Abmahnung Betroffener sich mit dem Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG gegenüber der Abmahnung erfolgreich vertei-

digen kann²⁾. Hierzu werden im folgenden Beitrag die gesetzlichen Voraussetzungen sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Indizien aufgezeigt und einer kritischen Würdigung unterzogen.

2. Allgemeines

Die Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sehen vor, dass bei Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes unter anderem Unterlassungsansprüche unterschiedlicher Personen oder Verbände nach § 8 Abs. 1, 3 UWG gegen den Verletzer geltend gemacht werden können. Voraussetzung ist das Zugrundeliegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung i.S.d. gesetzlichen Bestimmungen des UWG³⁾. Soweit eine solche vorliegt, besteht für denjenigen, der eine unlautere geschäftliche Handlung begeht, die Gefahr, dass er mittels einer sog. Abmahnung aufgefordert wird, das beanstandete Verhalten zu unterlassen. Der Erhalt einer Abmahnung stellt für den Betroffenen somit eine höchst unerfreuliche Tatsache dar. Denn es ist nicht nur so, dass der Abmahnende die

2) Nicht ausführlich behandelt werden die Thematik der gerichtlichen rechtsmissbräuchlichen Mehrfachverfolgung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche, siehe hierzu *Rath/Hausen*, WRP 2007, 133 ff., sowie die Besonderheiten der mehrfachen Verbandsklage, siehe hierzu *Köhler*, WRP 1992, 359.

3) Die Definition des Begriffes findet sich in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

1) Der Verfasser ist selbständiger Rechtsanwalt und Mitarbeiter der Kanzlei Schlömer & Sperl Rechtsanwälte in Hamburg.

Jackowski – Der Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG gegenüber einer Abmahnung

Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung verlangen kann, sondern ihm ist es zugleich möglich, neben weiteren Ansprüchen auch die Erstattung der Abmahnkosten zu verlangen, welche ihm – etwa durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts – entstanden sind⁴⁾. Zu beachten ist jedoch, dass die Geltendmachung der genannten Ansprüche voraussetzt, dass die zugrunde liegende Abmahnung berechtigt ist. Dies bedeutet die zwingend notwendige Bejahung der Frage, ob die Geltendmachung des Anspruchs, welcher Gegenstand der Abmahnung ist, in rechtlicher Hinsicht auch tatsächlich berechtigterweise erfolgte. Hier nun kommt der Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG „ins Spiel“. Denn nach dem Normzweck der Vorschrift werden nicht nur unmittelbar der von einer Abmahnung Betroffene, sondern mittelbar auch die Gerichte vor missbräuchlicher Inanspruchnahme geschützt⁵⁾. Soweit der Missbrauchseinwand demnach erfolgreich gegenüber einem in einer Abmahnung ausgesprochenen Unterlassungsanspruch vorgebracht wird, ist der Anspruch nicht durchsetzbar. Denn die Rechtsfolge der Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG sieht vor, dass die missbräuchliche Abmahnung nicht berechtigt i.S.d. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ist⁶⁾. Dies führt in einem zweiten Schritt zugleich dazu, dass der Abmahnende auch keinen Aufwendungsersatz verlangen kann. Sollte der Abgemahnte bereits in Unkenntnis der Missbräuchlichkeit der Abmahnung einen Aufwendungsersatz geleistet haben, kann er den geleisteten Betrag nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern.⁷⁾ Soweit der Abgemahnte bereits eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung abgegeben und die Missbräuchlichkeit der Abmahnung sich erst danach heraus gestellt hat, kann der Abgemahnte darüber hinaus den Unterwerfungsvertrag aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB kündigen⁸⁾.

3. Zur Begrifflichkeit

a) Allgemeines

Inhaltlich richtet sich der Missbrauchseinwand gegen die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs und somit gegen die Begleitumstände des vorprozessualen oder prozessualen Vorgehens des Abmahnenden. Nicht erfasst werden insoweit weitere sonstige Umstände, die der wirksamen Durchsetzung einer Abmahnung entgegen gehalten werden können, wie beispielsweise die Verwirkung⁹⁾. Nach der Rechtsprechung des

BGH liegt eine Missbräuchlichkeit vor, wenn der Abmahnende mit der Geltendmachung des Anspruchs a) überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und b) diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen¹⁰⁾.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG nennt beispielhaft für eine Missbräuchlichkeit eine Anspruchsverfolgung, die dazu dient, gegenüber dem Abgemahnten zu dessen Lasten Aufwendungsersatzansprüche oder Prozesskosten entstehen zu lassen. Darüber hinaus fallen unter die Norm des § 8 Abs. 4 UWG auch weitere Fälle, in denen sich herausstellt, dass die Umstände der Rechtsverfolgung die Geltendmachung von Ansprüchen als verwerflich erscheinen lassen. Da der Wortlaut des § 8 Abs. 4 UWG das Wort „vorwiegend“ aufweist, ist es nicht notwendig, dass die sachfremde Zielsetzung den alleinigen Beweggrund des Handelns darstellt. Es ist vielmehr so, dass auch das Hinzutreten sachlicher Gründe die Annahme einer missbräuchlichen Geltendmachung nicht ausschließt, wenn die sachfremden Motive überwiegen. Soweit jedoch der Grund des Handelns des Abmahnenden hauptsächlich darin besteht, die Unterbindung unlauteren Wettbewerbs zu erreichen, scheidet der Missbrauchseinwand nach höchstrichterlicher Ansicht selbst dann, wenn auch sachfremde Motivationen, ohne vorherrschend zu sein, bei der Anspruchsverfolgung eine Rolle spielen¹¹⁾. Bereits aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass die Prüfung der Frage, ob ein Missbrauch vorliegt, jeweils anhand des konkreten Einzelfalls erfolgen muss. Dies „unter Berücksichtigung der gesamten Umstände“¹²⁾. Zur weiteren Konkretisierung können insoweit Indizien herangezogen werden, die für das Vorliegen eines Missbrauchs sprechen, jedoch im Einzelfall einer konkreten Prüfung und Bejahung bedürfen¹³⁾.

b) Gesetzlich genannte Indizien

aa. Gebührenerzielungsinteresse

Wie bereits angedeutet, enthält die Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG eine nicht abschließende Nennung eines Beispielfalls; nämlich die Geltendmachung eines Anspruchs der vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Als unzulässig wird daher ein vordergründiges Gebührenerzielungsinteresse erachtet. Ein solches sei zu bejahen, wenn der Abmahnende nach den äußeren Umständen kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbspolitisches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann, wobei diesbezüglich die Sichtweise eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers maßgebend ist¹⁴⁾. In der Rechtsmaterie des Wettbewerbsrechts nicht Vertraute lassen oftmals verlauten, dass eine umfangreiche Abmahntätigkeit schon einen Missbrauch begründe. Dass dem in solch pauschaler Weise eindeutig nicht

4) Nach ständiger Rechtsprechung war der Abgemahnte schon unter dem Aspekt der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) gem. §§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB sowie des Schadensersatzes nach § 9 UWG verpflichtet, die Kosten der anwaltlichen Inanspruchnahme zu übernehmen. Nunmehr ergibt sich explizit aus der Vorschrift des § 12 Abs. 1 S. 2 UWG, dass der Abmahnende insoweit von dem Abgemahnten Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann.

5) BGH, GRUR 1999, 509; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG-Kommentar, 27. Aufl., § 8 Rn. 4.2.

6) Die Rechtsprechung zieht den Gedanken des § 8 Abs. 4 UWG bereits bei der Prüfung der Klagebefugnis bzw. Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG heran, vgl. BGH, GRUR 1988, 918 – „Wettbewerbsverein III“; BGH, GRUR 1990, 282, 285 – „Wettbewerbsverein IV“; BGH, WRP 1993, 240, 243 – „Fortsetzungszusammenhang“.

7) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG-Kommentar, 27. Aufl., § 8 Rn. 4.6.

8) Denn durch den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrag zwischen den Parteien wird eine neue selbstständige Unterlassungsverpflichtung erreicht, die den gesetzlichen Unterlassungsanspruch ersetzen soll; vgl. BGH, GRUR 1998, 953, 954 – „Altunterwerfung III“; BGH, GRUR 2001, 85, 86 – „Altunterwerfung IV“.

9) Vgl. OLG Hamm, GRUR-RR 2005, 141, 142; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 13 Rn. 59; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 8 Rn. 4.10.

10) BGH, GRUR 2000, 1089, 1090 – „Missbräuchliche Mehrfachverfolgungen“; BGH, GRUR 2001, 82 – „Neu in Bielefeld I“; BGH, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“; BGH, Urt. v. 22.04.2009 – I ZR 14/07 – „0,00 Grundgebühr“.

11) BGH, GRUR 2001, 82 – „Neu in Bielefeld I“.

12) BGH, GRUR 2001, 354, 355 – „Verbandsklage gegen Vielfachabmahner“.

13) Eine Beschränkung des Vorliegens eines Missbrauchs auf „krasse Fälle“ fordert Stichelbrock in WRP 2001, 648, 660.

14) BGH, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“.

gefolgt werden kann, ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift als auch der einschlägigen Rechtsprechungspraxis¹⁵⁾. Denn es entspricht dem Sinn und Zweck des deutschen Wettbewerbsystems, dass derjenige, der von unlauterem Verhalten seiner Konkurrenten betroffen ist, auch gegen all diese Konkurrenten vorgehen kann – sind es auch noch so viele¹⁶⁾. Ein Missbrauch soll hingegen in solchen Fällen anzunehmen sein, in denen die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit steht und bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann¹⁷⁾. Dieser Umstand wird jedoch in der Praxis nur höchst selten zu bejahen sein. Denn nach der Gestaltung des UWG handelt es sich bei § 8 Abs. 4 UWG um eine Vorschrift, welche aufgrund ihrer gesetzlichen Ausgestaltung restriktiv auszulegen ist. Grundsätzlich kann es daher nicht als missbräuchlich gewertet werden, wenn der Abmahnende nur solche Verstöße angreift, die bereits von der Rechtsprechung als unlauteres Verhalten eingestuft wurden.

Ein Indiz für einen Missbrauch kann jedoch gegeben sein, wenn der Abmahnende trotz umfangreicher Abmahntätigkeit in keinem Fall den in der Abmahnung geltend gemachten Anspruch gerichtlich durchzusetzen versucht¹⁸⁾. Ebenso wenn die Abmahntätigkeit nicht mehr von dem Abmahnenden gesteuert wird, sondern sich verselbständigt hat. Dies ist bspw. dann anzunehmen, wenn ein Anwalt eigenständig Wettbewerbsverstöße erst ermittelt und somit eine vorherige Beauftragung durch den Abmahnenden zum entsprechenden Vorgehen fehlt¹⁹⁾. Dies ist auch als sachgerecht zu bewerten. Denn schließlich entspricht ein solches Vorgehen nicht der gesetzlichen Intention des Instituts der Abmahnung. Wohlgemerkt handelt es sich bei den genannten Fällen jeweils lediglich um Indizien. Denn maßgebend sind auch insoweit die Umstände des Einzelfalls.

bb. Kostenbelastungsinteresse

Die Missbräuchlichkeit einer Anspruchsverfolgung kann ferner dann vorliegen, wenn es dem Gläubiger überwiegend darauf ankommt, zu Lasten des Abgemahnten Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen, § 8 Abs. 4 UWG²⁰⁾.

(1) Mehrfachverfolgung

So wurde von der oberinstanzlichen Rechtsprechung zuweilen ausgeführt, dass es ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann, wenn der Abmahnende ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes unlautere geschäftliche Handlungen des Verletzers,

obwohl er diese in einem einzigen gerichtlichen Antrag (Klage oder Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung) zusammenfassen könnte, auseinander zieht und mehrere gerichtliche Anträge neben- und/oder nacheinander anstrengt, sog. „Salamitaktik“²¹⁾. Diese Beurteilung ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig. Denn es kann einem Abmahnenden nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er die unlauteren geschäftlichen Handlungen gesondert angreift, weil diese in der rechtlichen Beurteilung und Beweisbarkeit unterschiedlich zu bewerten sind²²⁾. Nach der BGH-Entscheidung „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“²³⁾ ist eine an sich zulässige Mehrfachverfolgung jedoch als missbräuchlich anzusehen, wenn diese auf einem abgestimmten oder zentral koordinierten Verhalten der Vorgehenden gründet, für welches kein vernünftiger Grund gegeben und die Vervielfachung der Belastung sowie das Kostenrisiko beim Verletzer unangemessen ist, weil ein schonenderes Vorgehen im Einzelfall möglich und zumutbar wäre²⁴⁾. Sollte es insoweit zu der Situation kommen, dass die Möglichkeit eines schonenderen Vorgehens bejaht werden kann, gilt es für den Angreifer zu beachten, dass es dann an ihm liegt darzulegen, dass hinreichende sachliche Gründe für die Mehrfachverfolgung bestehen²⁵⁾. So kann beispielsweise ein solch hinreichend sachlicher Grund darin liegen, dass es sich bei den unlauteren geschäftlichen Handlungen eben gerade nicht um identische Handlungen, sondern lediglich um ähnliche, aber eben unterschiedliche, Wettbewerbsverstöße handelt²⁶⁾.

(2) Hauptsacheklage neben Verfügungsverfahren

Ein missbräuchliches Verhalten kommt auch dann in Betracht, wenn der Abmahnende neben einem Verfügungsverfahren zugleich auch ein Hauptsacheverfahren gegen den Abgemahnten einleitet, ohne hierbei zumindest den Erlass der Beschlussverfügung abzuwarten und dem Abgemahnten somit die Möglichkeit der Abgabe einer Abschlusserklärung zu belassen²⁷⁾. Die angegriffene Partei sollte jedoch beachten, dass es nicht sachgerecht erscheint zu verlangen, dass der Abmahnende nach Erlass einer einstweiligen Verfügung und deren Zustellung sowie ordnungsgemäßer Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung an den Abgemahnten erst den Ausgang des Widerspruchsverfahrens gegen die Beschlussverfügung abwarten muss, bevor er, ohne dass ihm missbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, Hauptsacheklage erheben darf. Dies wird teilweise jedoch anders gesehen²⁸⁾. So hat das OLG Nürn-

15) BGH, WRP 2005, 598, 600 – „Telekanzlei“; BGH, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“; OLG München, GRUR-RR 2007, 55; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2007, 56, 57; OLG Köln, GRUR 1993, 571; OLG München NJWE-WettbR 1998, 29, 30.

16) Vgl. OLG München GRUR-RR 2007, 55; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2007, 56, 57.

17) BGH, GRUR 2001, 260, 261 – „Vielfachabmahner“; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2007, 56, 57.

18) BGH GRUR 1999, 1116, 1118 – „Wir dürfen nicht feiern“; LG Bremen, WRP 1999, 570.

19) Vgl. OLG Köln, GRUR 1993, 571; OLG München, WRP 1992, 270.

20) BGH, GRUR 2001, 78, 79 – „Falsche Herstellerpreisempfehlung“; BGH, GRUR 2001, 82, 83 – „Neu in Bielefeld I“

21) OLG Hamburg, WRP 1996, 579, 580; OLG München, NJWE-WettbR 1998, 211, 212.

22) Vgl. OLG Köln, WRP 2007, 342 ff.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 8 Rn. 4, 14.

23) BGH, GRUR 2000, 1089, 1091 – „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“.

24) Vgl. hierzu BGH, GRUR 2002, 713, 714 – „Zeitlich versetzte Mehrfachverfolgung“. Das OLG Frankfurt am Main (Urt. v. 14. 12. 2006 – 6 U 129/06 – NJW-RR 2007, 482) ist sogar der Ansicht, dass auch eine Vielfachabmahnung durch ein wirtschaftlich unbedeutendes Unternehmen nur bei kollusivem Zusammenwirken zwischen Abmahnendem und beauftragtem Anwalt zu missbilligen ist.

25) OLG Düsseldorf, WRP 1999, 865, 866; BGH, GRUR 2002, 357, 359 – „Missbräuchliche Mehrfachabmahnung“; BGH, GRUR 2008, 915 ff. – „40 Jahre Garantie“.

26) BGH, GRUR 1999, 509, 510 – „Vorratslücken“; BGH, GRUR 2004, 70, 71 – „Preisbrecher“; BGH, GRUR 2008, 915 ff. – „40 Jahre Garantie“; OLG Hamburg, GRUR-RR 2006, 374.

27) BGH, GRUR 2000, 1091, 1093 – „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“; BGH, GRUR 2001, 82 – Neu in Bielefeld I“; BGH, GRUR 2001, 78, 79 – „Falsche Herstellerpreisempfehlung“; BGH, GRUR 2002, 715, 716 – „Scanner-Werbung“.

28) Vgl. OLG Nürnberg, GRUR-RR 2004, 336.

Jackowski – Der Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG gegenüber einer Abmahnung

berg in der zitierten Entscheidung ausgeführt, dass dem Gläubiger selbst dann ein missbräuchliches Verhalten wegen rechtsmissbräuchlicher Mehrfachverfolgung vorzuwerfen sei, wenn er die Hauptsacheklage erst nach Zustellung der einstweiligen Verfügung samt ordnungsgemäßer Aufforderung an den Schuldner zur Abgabe einer Abschlusserklärung und Einlegung eines Widerspruchs durch den Schuldner erhebt. Diese Meinung teilt offenbar Köhler²⁹⁾ mit der Begründung, dass auch in diesem Fall noch die Möglichkeit besteht, dass der Schuldner eine Abschlusserklärung abgibt. Diese Auffassung erscheint diskutabel. Denn wenn der Gläubiger vor Erhebung der Klage den Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung durch das Landgericht und deren Zustellung abgewartet sowie den Schuldner anschließend ordnungsgemäß durch das Abschluss schreiben vergeblich zur Abgabe einer Abschlusserklärung aufgefordert hat, dann mutet es wenig sachgerecht an, wenn es dem Gläubiger dann zudem noch obliegen soll, vor Erhebung der Hauptsacheklage die Entscheidung des Landgerichts auf den Widerspruch oder gar die formelle Rechtskraft der erlassenen einstweiligen Verfügung abzuwarten³⁰⁾. Vorzugswürdig scheint hier vielmehr die Auffassung des OLG Köln in der genannten Entscheidung zu sein. Als Argument gegen eine Missbräuchlichkeit führt das OLG Köln zunächst aus, dass die angreifende Partei auch bei bestehendem Verfügungsanspruch nicht sicher davon ausgehen kann, dass eine erwirkte Beschlussverfügung den Angriffen der Gegenseite unweigerlich standhält. Hinzukomme noch der Umstand, dass die mit der Hauptsacheklage zusätzlich geltend gemachten Annexansprüche gemäß § 11 Abs. 1 UWG nach sechs Monaten zu verjähren drohen. Denn durch die Zustellung der einstweiligen Verfügung werde zwar gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB die Verjährung der Unterlassungsansprüche gehemmt, diese Hemmung erstrecke sich jedoch nicht auf die Ansprüche auf Schadensersatz und Auskunftserteilung. Eine angreifende Partei sollte sich dieser Thematik bei der Überlegung der Erhebung einer Hauptsacheklage vor rechtskräftigem Abschluss des „einstweiligen Verfügungs“-Verfahrens daher zumindest bewusst sein.

c) Weitere ungenannte Indizien/Rechtsprechungsbeispiele

Abseits des zuvor explizit in § 8 Abs. 4 UWG erwähnten Beispielfalls stellt sich sodann die Frage, unter welchen Umständen die Anspruchsverfolgung vorwiegend von sachfremden Erwägungen bestimmt ist, so dass von einem missbräuchlichen Vorgehen des Abmahnenden zu sprechen ist. Hierzu einige Beispielfälle aus der jüngeren Rechtsprechungspraxis:

aa. In einem Urteil des LG Bielefeld aus dem Jahr 2006 geht hervor, dass das Gericht davon ausgeht, dass ein Rechtsmissbrauch i. S. von § 8 Abs. 4 UWG indiziert sei, wenn ein Rechtsanwalt im Auftrag eines Internetversandhändlers rund 100 Abmahnungen innerhalb weniger Tage versende, die sämtlich die gleichen Wettbewerbsverstöße betreffen³¹⁾. Ob diese Annahme

des Gerichts überzeugend ist, mag bezweifelt werden. Denn es ist, wie bereits angesprochen, in übereinstimmender Weise mit der oberinstanzlichen Rechtsprechung³²⁾ und dem BGH³³⁾ vielmehr davon auszugehen, dass es dem Sinn und Zweck des deutschen Wettbewerbssystems entspricht, dass derjenige der von unlauterem Verhalten seiner Konkurrenten betroffen ist, auch gegen all diese Konkurrenten vorgehen kann – seien es auch noch so viele. Hierbei ist auch nicht erkennbar, warum es aufgrund der in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zu vermutenden Eilbedürftigkeit dem Abmahnenden verwehrt sein soll, die Ansprüche innerhalb eines kurzen Zeitraums zu verfolgen. Nur wenn eindeutig dargelegt³⁴⁾ werden kann, dass die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Geschäftstätigkeit steht und bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße durch den Abmahnenden kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann, ist von einer Missbräuchlichkeit auszugehen. Daher ist auch die weitere Ausführung des Gerichts, dass „massenhaftes Vorgehen auf sachfremde Erwägungen hindeutet, insbesondere darauf, ohne große Risiken möglichst viel an Gebühren zu erzielen“, im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung der Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG sehr weitgehend.

bb. Statt der Auffassung des LG Bielefeld in der unter aa. genannten Entscheidung ist daher vielmehr einer Entscheidung des OLG München zuzustimmen, welche ebenfalls aus dem Jahr 2006 stammt, und in der das Gericht ausführt, dass das Vorgehen eines Abmahnenden nicht deshalb missbräuchlich ist, weil er gegen eine Vielzahl von Wettbewerbern wegen gleichartiger Verhaltensweisen vorgeht. So folgert das Gericht in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen, dass eine zahlenmäßige Beschränkung vom Gesetz nicht vorgesehen ist und ein Wettbewerber daher auch eine Vielzahl von Mitbewerbern belangen kann, wenn sich eben eine Vielzahl von Mitbewerbern wettbewerbswidrig verhält³⁵⁾.

cc. Insoweit ist auch eine Entscheidung des LG Braunschweig aus dem Jahr 2007³⁶⁾, wonach bei einer Vielzahl von Abmahnungen die Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 4 UWG indiziert wird, nur in Kenntnis des besonderen Hintergrunds der zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation mit den gesetzlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen. Denn grundsätzlich kann allein daraus, dass ein konkreter Mitbewerber gegen diverse, wenn auch gleich gelagerte Wettbewerbsverstöße verschiedener konkurrierender Unternehmer vorgeht, ein Missbrauch i. S. des § 8 Abs. 4 UWG gerade nicht gefolgert werden³⁷⁾.

Die genannte Entscheidung des LG Braunschweig erscheint auch unter einem anderen Aspekt als problematisch. Denn das Gericht äußert die Ansicht, dass für eine systematische und ge-

29) Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 Rn. 4.18.

30) Ebenso OLG Köln, Beschl. v. 09.02.2009 – 6 W 4/09, abrufbar unter der Domain „jurpc.de/rechtspr/20090176.htm“.

31) LG Bielefeld, Urt. v. 02.06.2006 – 15 O 53/06 (auffindbar im Internet).

32) Siehe Fn. 17.

33) Siehe Fn. 18.

34) Zur Frage der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Missbrauchs siehe unter 4.

35) OLG München, Beschl. v. 12.12.2006 – 6 W 2908/06 – „Media-Markt“ (auffindbar im Internet).

36) LG Braunschweig, Urt. v. 08.08.2007 – 9 O 482/07 – GRUR-RR 2008, 214 – „Mas-senabmahner“.

37) Vgl. OLG München, Beschl. v. 20.12.2006 – 29 W 2904/06 (auffindbar im Internet).

bühnenorientierte Abmahntätigkeit die Verwendung derselben Textbausteine und das Fehlen jeglichen örtlichen Bezugs zu dem angerufenen Gericht sprechen. Letzteres scheint im Hinblick auf die geltende Gesetzeslage zur ausdrücklichen Zulässigkeit des so genannten „fliegenden Gerichtsstands“ wenig überzeugend. Denn die Möglichkeit, bei im Internet begangenen Rechtsverletzungen das anzurufende Gericht anhand des „fliegenden Gerichtsstands“ zu bestimmen, ist nach geltender Gesetzeslage zulässig und mithin nicht zu beanstanden³⁸⁾. Es erscheint daher nicht sachgerecht, dass ein Gericht hierin ein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten nach § 8 Abs. 4 UWG zu sehen vermag. Dies haben im Grundsatz auch das KG in einer Beschlussverfügung aus dem Jahre 2008 sowie das Hanseatische OLG Hamburg in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 noch einmal klar gestellt³⁹⁾.

Warum bei gleichen bzw. ähnlich gelagerten unlauteren geschäftlichen Handlungen nicht auf bereits vorhandene Ausarbeitungen zurück gegriffen werden darf, erscheint ebenfalls nur schwer verständlich. Entspricht es doch in nahezu allen Bereichen des juristischen Schaffens, wie beispielsweise in den Rechtsgebieten des Verkehrs-, Miet- und Arbeitsrechts – und nicht nur diesen – der Praxis, auf sinnvolle und sachgerechte Ausführungen nicht zu verzichten und diese wieder zu verwenden.

dd. Aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung der Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG ist es daher sachgerechter, die Bejahung eines Missbrauchs an das Bestehen konkreter kumulativ vorliegender Voraussetzungen zu knüpfen.

(1) So hat beispielsweise das LG Heilbronn in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 ausgeurteilt, dass eine Abmahntätigkeit als missbräuchlich zu bewerten ist, weil der Prozessbevollmächtigte im Internet kostenneutrale Abmahnungen von eBay-Verkäufern anbot und der Umfang der Abmahnungen in keinem Verhältnis zu den Umsätzen des Abmahnenden stand⁴⁰⁾.

(2) Dem Ansatz kumulativ vorliegender Voraussetzungen folgt auch das KG in Berlin, wie aus einer Entscheidung aus dem Jahre 2008 hervorgeht⁴¹⁾. In dieser Entscheidung führt das Gericht aus, dass das Vorliegen einer Missbräuchlichkeit in der gegebenen Sachverhaltskonstellation auf drei konkret dargelegten Umständen beruhte; nämlich a) einer erheblichen Zahl von Verfahren, wenn eine unverhältnismäßig umfangreiche Abmahntätigkeit in einem Branchenbereich vorliegt, in dem der Abmahnende selbst nur marginal tätig ist und b) der Verfahrensbevollmächtigte mit einer Prozessfinanzierungsgesellschaft zusammenarbeitet, die eine kostenfreie Verfolgung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche unter Einschaltung dieses Prozessbevollmächtigten mit hälftiger Teilung der anfallenden

Vertragsstrafen zwischen dem Kunden und der Gesellschaft bewarb sowie c) das gänzliche oder teilweise Freistellen des Auftraggebers vom Kostenrisiko.

(3) In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 hat auch das OLG Hamm zu verstehen gegeben, dass bei einem Bestehen von kumulativ vorliegenden Umständen ein missbräuchliches Verhalten in Betracht zu ziehen ist⁴²⁾. In der konkret zu entscheidenden Konstellation führt das Gericht sodann aus, dass sich ein Missbrauch aus einer Vielzahl von Abmahnungen ergeben kann, die a) stets den gleichen Wettbewerbsverstoß betreffen, b) bei sich nur geringfügig überschneidenden Geschäftskreisen und c) minimalen Umsätzen des Klägers. Eine Besonderheit bestand zudem darin, dass in dem konkreten Sachverhalt der abmahnende Anwalt der Neffe des Abmahnenden war. Aus dieser Konstellation wird deutlich, dass sich das OLG Hamm eindeutig bewusst ist, dass es sich bei der Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG um eine Vorschrift handelt, welche aufgrund der Ausgestaltung des deutschen Wettbewerbsrechts eine restriktive Anwendung erfordert. Auch das LG Stade hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2009 ausgeführt, dass ein bestehendes Missverhältnis zwischen dem Umsatz des Abmahnenden und dessen Abmahnverhalten zu einem missbräuchlichen Verhalten führen kann⁴³⁾.

(4) Allen zuvor unter (1) bis (3) genannten Entscheidungen ist gemein, dass die Abmahntätigkeit des Abmahnenden außer Verhältnis zu seiner monetären Situation stand; dies insbesondere im Hinblick auf dessen erzielte Umsätze. Da das Wettbewerbsrecht weder dazu da ist, unliebsame Konkurrenten aus dem Markt zu drängen noch sich über das Abkassieren von etwaig verwirkten Vertragsstrafen ein dauerhaftes Einkommen zu sichern, sind die Entscheidungen als sachgerecht und richtig zu bewerten. Soweit jedoch der Abmahnende von dem Ansinnen der Lauterkeit des Wettbewerbs geleitet wird und aufgrund seiner eigenen Umsatzzahlen in der Lage ist, dass eigene Kostenrisiko des Vorgehens mittels Abmahnung zu tragen, kann es ihm nach dem Vorhergesagten nicht verwehrt werden gegen – gleich wie viele – Konkurrenten per Abmahnung vorzugehen.

ee. Schließlich soll noch eine Entscheidung des LG München I aus dem Jahre 2008 Erwähnung finden, welche sich mit der Frage beschäftigt hat, ob eine offensichtlich als „Retourkutsche“ erfolgte Abmahnung den Tatbestand des Missbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG zu erfüllen vermag⁴⁴⁾. In dieser Entscheidung weist das LG München I darauf hin, dass zur Abgrenzung der Frage, unter welchen Umständen die legitime Verfolgung wettbewerbsrechtlicher Interessen hauptsächliches Motiv des Abmahnenden ist und wann hingegen lediglich die nicht hinzunehmende Erzielung eines Kostenersatzanspruches als Kampfmittel im Vordergrund steht, danach zu beurteilen sei, wie das bisherige Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien ausgestaltet ist und wie sich die konkret gegenseitig gerügten Ver-

38) Anders kann dies jedoch zu bewerten sein, wenn der Abmahnende das Gericht gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG nicht nach ihm vorteilhaft erscheinenden Präferenzen, sondern prinzipiell allein so auswählt, dass dieses vom Sitz des Gegners weit entfernt liegt, vgl. KG Berlin, Beschl. v. 25.01.2008 – 5 W 371/07 – GRUR-RR 2008, 212.

39) KG Berlin, Beschl. v. 25.01.2008 – 5 W 371/07 – MIR 2008, Dok. 061; Hans. OLG Hamburg, Urt. v. 06.12.2006 – 5 U 67/06 – MIR 2007, Dok. 209.

40) LG Heilbronn, Urt. v. 23.04.2007 – 8 O 90/07 St – MMR 2007, 536.

41) KG, Beschl. v. 08.07.2008 – 5 W 34/08 – MIR 2008, Dok. 214.

42) OLG Hamm, Urt. v. 24.03.2009 – 4 U 211/08 – MMR 2009, 474.

43) LG Stade, Urt. v. 23.04.2009 – 8 O 46/09, abrufbar unter der Domain „jurpc.de/rechtspr/20090200.htm“.

44) LG München I, Urt. v. 16.01.2008 – 1 HK O 8475/07 – MIR 2008, Dok. 098.

stöße gegenüberstehen. Insoweit ist das Gericht der Ansicht, dass Abmahnungen, welche im Sinne einer Retourkutsche ausgesprochen werden, grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen sind, da die in dieser Abmahnung gerügten Verstöße lediglich vorgebracht würden, um einen Kostenersatzanspruch zu generieren. Anders sei dies nur dann zu bewerten, wenn eine der beiden nachfolgend genannten Indizien zu bejahen sei, nämlich a) die Parteien das gegenseitige Verhalten regelmäßig beobachten und neue Wettbewerbsverletzungen zeitnah gegenseitig rügen oder b) die Gegenabmahnung ein gleichartiges und gleichgewichtiges Verhalten im Hinblick auf die Abmahnung zum Gegenstand habe.

Rigoroser im Zusammenhang mit der Thematik „Retourkutsche“ zeigt sich hingegen das OLG Frankfurt am Main, welches allein in dem Umstand, dass ein Wettbewerber, der selbst mit einer Abmahnung konfrontiert wird und sodann den Abmahnenden auf eigene Verstöße hinweist, keine Rechtfertigung für die Annahme sieht, dass dieser Wettbewerber sich allein von sachfremden Gesichtspunkten leiten lässt⁴⁵⁾.

4. Zur Darlegungs- und Beweislast bezüglich eines missbräuchlichen Verhaltens

a) Allgemeines

Zunächst gilt, dass für den Einwand missbräuchlicher Rechtsverfolgung der beklagte Schuldner die Darlegungs- und Beweislast trägt, so dass ein non-liquet zu Lasten des Beklagten ausfällt. Denn grundsätzlich ist von der Zulässigkeit des geltend gemachten Anspruchs des Abmahnenden auszugehen⁴⁶⁾. Es liegt daher im Interesse des Betroffenen, dem Gericht Tatsachen vorzutragen, die das Vorliegen eines Missbrauchs im konkreten Einzelfall darlegen und beweisen⁴⁷⁾. Dies bedeutet zugleich, dass es bei Vorliegen eines entsprechend substantiierten Tatsachenvortrags Aufgabe des Anspruchsgläubigers ist,

seinerseits substantiiert die konkreten Verdachtsgründe zu widerlegen⁴⁸⁾.

b) Rechtsprechungsbeispiele

In einer Entscheidung aus dem Jahre 2008 ist das KG in Berlin diesen Grundsätzen gefolgt⁴⁹⁾. So hat es zunächst ausgeführt, dass grundsätzlich eine Vermutung gegen ein missbräuchliches Vorgehen spricht und die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Missbrauchs somit den Beklagten treffen. Da in dem genannten Verfahren jedoch dem Antragsgegner die Erschütterung besagter Vermutung gelang und die Antragstellerin die aufgetretenen Verdachtsgründe für ein missbräuchliches Vorgehen nicht widerlegte, bejahte das KG ausnahmsweise ein missbräuchliches Verhalten. Anzumerken bleibt, dass sich die Ansicht des KG im Übrigen mit der Rechtsprechung anderer oberinstanzlicher Gerichte, wie etwa des OLG Frankfurt⁵⁰⁾ und des OLG München⁵¹⁾ deckt.

5. Fazit

Festzuhalten bleibt demnach, dass sich nach der Gestaltung des UWG bei der Vorschrift des § 8 Abs. 4 UWG grundsätzlich eine restriktive Anwendung gebietet. Lediglich dann, wenn im Einzelfall konkrete Tatsachen darlegen und beweisen, dass die Anspruchsverfolgung vorwiegend von sachfremden Erwägungen bestimmt ist, kann von einem missbräuchlichen Vorgehen des Abmahnenden nach § 8 Abs. 4 UWG gesprochen werden. Wie die in diesem Beitrag aufgeführten Beispiele aus der Rechtsprechungspraxis belegen, sollten diese gesetzlichen Anforderungen zum Teil mehr als bisher Berücksichtigung finden.

45) OLG Frankfurt, Beschl. v. 05.12.2008 – 6 W 157/08 – MIR 2009, Dok. 086.

46) KG Berlin, WRP 2008, 511; *Teplitzky*, a.a.O. Kap. 13 Rn. 54.

47) OLG Köln, GRUR 1993, 571; BGH, WRP 2006, 354, 356 – „MEGA SALE“; BGH, WRP 2000, 1397, 1398 – „Impfstoffversand an Ärzte“; *Teplitzky*, a.a.O. Kap. 13 Rn. 54.

48) BGH, WRP 2006, 354, 356 – „MEGA SALE“; BGH, WRP 2000, 1397, 1398 – „Impfstoffversand an Ärzte“; *Teplitzky*, a.a.O. Kap. 13 Rn. 54; LG Dortmund, Urt. v. 06.08.2009 – 19 O 39/08 = MIR 2009, Dok. 219.

49) KG Berlin, Beschl. v. 25.01.2008 – 5 W 371/07 – GRUR-RR 2008, 212.

50) OLG Frankfurt, Urt. v. 14.12.2006 – 6 U 129/06, abrufbar unter der Domain „jurpc.de/rechtspr/20070010.htm“.

51) OLG München, Beschl. v. 12.12.2006 – 6 W 2908/06 – GRUR-RR 2007, 55; vgl. im Übrigen auch Deutsch, WRP 1999, 25, 29.