

Volltext zu: MIR 2014, Dok. 048
Veröffentlicht in: MIR 04/2014
Gericht: OLG München
Aktenzeichen: 6 U 1888/13
Entscheidungsdatum: 14.11.2013
Vorinstanz(en): LG München I, 14.03.2013 - 17 HK O 1267/13
Bearbeiter: RA Thomas Gramespacher
Permanenter Link zum Dokument: http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2581

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

wegen Unterlassung

erlässt das Oberlandesgericht München -6. Zivilsenat- durch ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2013 folgendes

Endurteil:

I. Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 14.3.2013, Az. 17 HKO 1267/13, wird zurückgewiesen.

II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

und folgenden

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf € 11.000,-- festgesetzt.

Gründe:

I. Wegen des Sachverhalts wird auf das Urteil des Landgerichts München I vom 14.3.2013 verwiesen, mit dem die einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 21.1.2013, Az. 17 HK O 1267/13, bestätigt wurde.

Zur Begründung führte das Landgericht aus:

Ein Verfügungsgrund sei gegeben, da bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen gemäß § 12 Abs. 2 UWG die Dringlichkeit vermutet werde. Die Antragstellerin habe am 3.1.2013 Kenntnis von dem Verletzungssachverhalt Kenntnis erlangt, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei am 17.1.2013 bei Gericht eingegangen, die einstweilige Verfügung sei daher innerhalb der von den Wettbewerbsssenaten des Oberlandesgerichts München geforderten Monatsfrist beantragt worden. Die Dringlichkeitsvermutung sei auch nicht widerlegt. Soweit der Antragsgegner geltend mache, dass er die von der Antragstellerin gerügten Verstöße umgehend beseitigt habe, sei im Wettbewerbsrecht allgemein anerkannt, dass die durch die Erstbegehung gemäß § 8 Abs. 1 UWG indizierte Wiederholungsgefahr nicht durch Einstellung der wettbewerbswidrigen Handlung, sondern lediglich durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden könne. Die vom Antragsgegner zitierte Kommentarstelle im Kommentar Harte-Bavendamm (Rdnrn. 332 und 333 zu § 12) betreffe andere Sachverhalte, nämlich zeitlich gebundene Ereignisse, wie etwa Sonderveranstaltungen, die im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben seien.

Das Vorgehen der Antragstellerin sei auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG. Eine Abmahnung sei nicht bereits deshalb rechtsmissbräuchlich, weil es sich um eine sog. "Retourkutsche" auf die Abmahnung des Antragsgegners vom 27.12.2012 gehandelt habe. Denn derjenige, der sich selbst als Hüter des Rechts geriere und einen Mitbewerber wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens abmahne, müsse sich selbst mit dem gleichen Maßstab messen lassen, wenn er selbst in seinen Internetseiten wettbewerbswidrige Inhalte habe. Auch könne eine Rechtsmissbräuchlichkeit im vorliegenden Fall nicht deshalb bejaht werden, weil die Antragstellerin im Vorfeld eine einvernehmliche Beilegung des Rechtsstreits angesprochen habe. Auch könne vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Abmahnung der Antragstellerin lediglich ein Kostenerstattungsanspruch generiert werden sollte. Die Antragstellerin habe zu keiner Zeit eine Aufrechnung mit eigenen Kostenerstattungsansprüchen erklärt. Aus dem Umstand, dass sie die von ihr geltend gemachten Unterlassungsansprüche im Wege des gerichtlichen Verfahrens weiterverfolge, ergebe sich vielmehr, dass sie an der Unterbindung des wettbewerbswidrigen Verhaltens des Antragsgegners tatsächlich interessiert sei und dass es ihr um die Abstellung desselben gehen.

Die seitens der Antragstellerin geltend gemachten Unterlassungsansprüche seien auch begründet. Die Belehrung über den Beginn der Widerrufsfrist sei unzutreffend gewesen, da eine falsche, nicht mehr existierende Norm zitiert worden sei (Tenor 1 a) der e.V.), durch die in Ziff. 1 b des einstweiligen Verfügung gewählte Formulierung werde der unzutreffende Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Widerruf nur durch Rücksendung der Sache vornehmen könne, obwohl dies auch schriftlich erfolgen könne. Die Angaben in Ziff. 1 c der einstweiligen Verfügung seien veraltet und damit unzutreffend gewesen. Die Angaben gemäß Ziff. 1 d der Beschlussverfügung seien gleichfalls irreführend gewesen, da über die Verpflichtung zur Tragung der Rücksendekosten in bestimmten Fällen, in denen eine vertragliche Vereinbarung über die Kostentragung nicht getroffen wurde, unzutreffend belehrt worden sei. Die Angabe der Telefonnummer bei Informationen über den Widerrufsadressaten sei deshalb irreführend, weil hierdurch beim Verbraucher der irrtümliche Eindruck erweckt werde, dass ein Widerruf, für welchen § 355 BGB Textform vorsehe, auch telefonisch in zulässiger Weise erfolgen könne (Ziff. 1 e der e.V.). In allen Fällen liege auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG vor, weil die genannten Vorschriften Marktverhaltensregelungen darstellten. Die Bezeichnung des Antragsgegners, der als Einzelunternehmer handle, als "Geschäftsführer" sei irreführend, da die angesprochenen Verkehrskreise sehr wohl zwischen Einzelunternehmen und juristischen Personen unterscheiden würden und diesen auch bekannt sei, dass es sich bei dem Geschäftsführer um das Vertretungsorgan einer juristischen Person handle. Durch die Angabe "Geschäftsführer" könne daher bei dem angesprochenen Verkehrskreisen der irrtümliche Eindruck entstehen, dass es sich bei dem in Rede stehenden Unternehmen um eine juristische Person handle (Ziff. 2 der e.V.).

Gegen das am 15.4.2013 zugestellte Urteil wendet sich der Antragsgegner mit der am 11.5.2013 eingelegten und am 17.6.2013 (Montag) begründeten Berufung.

Er macht geltend:

Die Abmahnung der Antragstellerin vom 3.1.2013 sei auf eine Abmahnung seitens des Antragsgegners vom 27.12.2012 hin erfolgt, die zunächst gleichfalls auf einen rechtswidrigen Vertrieb von Zahnaufhellungsprodukten und einen hierin liegenden Verstoß gegen die Kosmetik-Verordnung gestützt worden sei, der jedoch bereits mit Schriftsatz vom 4.1.2013 nicht mehr aufrechterhalten worden sei. Aus dem mit der Abmahnung zugleich zugestellten Begleitschreiben der Antragstellerin, in welchem diese vor dem Hintergrund der wechselseitig erhobenen Ansprüche einen gegenseitigen Verzicht auf die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung anregte, sei der eigentliche Zweck der Abmahnung der Antragstellerin ersichtlich, der nicht auf die Unterbindung eines vermeintlich wettbewerbswidrigen Verhaltens, sondern ausschließlich darauf gerichtet gewesen sei, im Sinne einer "Aufrechnung" den gegen sie gerichteten Unterlassungsanspruch entfallen zu lassen. Dies ergebe sich auch daraus, dass hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs der Streitwert so gewählt worden sei, dass mindestens die in der Abmahnung des Antragsgegners vom

27.12.2012 geltend gemachten Kostenerstattungsansprüche gegeneinander aufgerechnet werden könnten. So habe die Antragstellerin den Streitwert für den angeblichen Verstoß des Antragsgegners gegen die Kosmetik-Verordnung zunächst mit € 50.000,- angegeben, obwohl sie den identischen Verstoß, dessentwegen sie von dem Antragsgegner zuvor abgemahnt worden sei, lediglich mit € 10.000,- bewertet habe. Auch sei der Streitwert hinsichtlich der streitgegenständlichen Unterlassungsansprüche im Gegensatz in der Abmahnung noch mit € 40.000,- bewertet worden, während sie im Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung nur noch mit € 30.000,- angegeben worden seien. Zu Unrecht habe die Antragstellerin ferner eine 1,3 Geschäftsgebühr aus € 40.000,- berechnet; auch dies sei erkennbar nur zu dem Zweck erfolgt, einen höheren, als den vom Antragsgegner geltend gemachten Gebührenanspruch in Höhe von € 1.589,00 zu generieren.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht München verträten in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Abmahnung rechtsmissbräuchlich sei, wenn nicht die Erzwingung lauterer Verhaltens, sondern die Generierung eines Kostenerstattungsanspruchs bei Gegenabmahnungen als klassische "Retourkutsche" in Reaktion auf eine vorangegangene Abmahnung im Vordergrund stünden. Diese Rechtsauffassung werde auch von anderen Obergerichten bestätigt (Kammergericht Berlin, Beschluss vom 13.4.2010, 5 W 65/19; OLG Hamm vom 20.1.2011, Az. I-4 U 175/10 bei sog. Stillhalteabkommen und wechselseitigem Verzicht auf Kostenerstattung). Im vorliegenden Fall müsse ein Rechtsmissbrauch der Antragstellerin jedenfalls aus Gründen des öffentlichen Gesundheitsschutzes angenommen werden, da die Antragstellerin weiterhin ihre gesundheitsgefährdenden Produkte in den Verkehr hätte bringen können, wenn der Antragsgegner auf das Angebot des wechselseitigen Verzichts auf Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung eingegangen wäre.

Zu Unrecht habe das Landgericht die Dringlichkeit im Streitfall bejaht. Denn der Antragsgegner habe bereits am 4.1.2013, mithin einen Tag nach der Abmahnung, die streitgegenständlichen Verletzungshandlungen beendet, insbesondere die Widerrufsbelehrung rechtskonform aktualisiert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei demgegenüber erst am 17.1.2013 gestellt worden. Nach ständiger Rechtsprechung des Landgerichts und des Oberlandesgerichts München bestehe keine Dringlichkeit mehr, wenn die Verletzungshandlung im Zeitpunkt der Antragstellung bereits beendet sei. Hierzu werde auch auf die Kommentierung in Harte-Bavendamm/ Henning-Bodewig, UWG 2. Aufl. 2009, § 12 Rz. 333 Bezug genommen. Damit sei die Dringlichkeitsvermutung widerlegt. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte, dass die streitgegenständlichen Verletzungshandlungen vom Antragsgegner wieder aufgenommen würden. Durch den Beratungsvertrag mit der Kanzlei "J." sei künftig gewährleistet, dass die Widerrufsbelehrung stets dem aktuellen Rechtsstand entspreche. Soweit die Antragstellerin im Termin in erster Instanz einen Screenshot vorgelegt habe, aus dem sich angeblich ergebe, dass der Antragsgegner sich weiterhin an anderen Stellen als "Geschäftsführer" bezeichne, sei dies unzutreffend. Der Antragsgegner habe seinerzeit alles Erforderliche veranlasst, um auf eBay die geforderten Angaben zu aktualisieren. Das Impressum bei eBay sei daraufhin auch sofort geändert worden. Bei dem Screenshot müsse es sich daher um eine Unterseite - ähnlich einem Google-Cache - handeln, welche von dem Antragsgegner nicht geändert werden könne. Auch in Bezug auf die Facebook-Seite sei die Änderung des Impressums erfolgt; der Antragsgegner habe noch am 3.1.2013 seine Sekretärin entsprechend angewiesen, alle Angaben in "Inhaber" zu aktualisieren. Es werde daher bestritten, dass auf der Facebook-Seite, wie die Antragstellerin geltend mache, unter einem anderen Link "Info" - dort unter "mehr" noch eine alte Angabe vorhanden gewesen sei. In jedem Fall könne es sich allenfalls um eine fahrlässige Übersehen handeln.

Selbst wenn der Senat die Dringlichkeit für gegeben halte, sei die beanstandete Bezeichnung des Verfügungsbeklagten als "Geschäftsführer" materiell-rechtlich nicht zu beanstanden, da hierdurch jedenfalls keine Irreführung im Geschäftsverkehr hervorgerufen werde. Zum einen verende auch der Gesetzgeber die Bezeichnung "Geschäftsführer" nicht ausschließlich für die GmbH. So sei in § 677 BGB vom "Geschäftsführer" die Rede, obwohl dort die Geschäftsführung von Einzelpersonen und Unternehmen jeglicher Rechtsform und jeglicher Unternehmensgröße getätigt werden könne. Auch das HGB verende den Begriff "Geschäftsführer" an unterschiedlichen Stellen, z.B. in § 110. Wenn das Gesetz den Begriff "Geschäftsführer" daher für verschiedene Rechtspersönlichkeiten benutze, sei nicht nachvollziehbar, warum nach Ansicht des Ausgangsgerichts der Verkehr den Begriff "Geschäftsführer" nur mit einer GmbH assoziieren sollte. Ferner sei die Angabe erst dann irreführend, wenn sie aus der Sicht der relevanten Verkehrskreis einen unrichtigen Eindruck vermittele. Dagegen seien der Sache nach unzutreffende Werbeaussagen, die der maßgebliche Verkehr trotz ihrer Unrichtigkeit als richtig auffasse, mangels irreführender Wirkung nicht nach § 5 UWG zu beanstanden (BGH GRUR 57, 285, 286 - Ersters Kulmbacher; BGH GRUR 58, 444, 446 f. - Emaillelack). Dies sei vorliegend der Fall, da der angesprochene Verkehr, an welchen sich das Angebot des Antragsgegners richte und bei welchem es sich um Nicht-Juristen handle, den Begriff "Geschäftsführer" lediglich mit demjenigen verbinde, der die Geschäfte führe - unabhängig davon, in welcher Rechtsform dies geschehe.

Eine Irreführung des Verkehrs sei auch deshalb ausgeschlossen, weil aus dem Impressum des Antragsgegners unmissverständlich zu entnehmen sei, dass es sich nicht um eine GmbH handle. Die konkret beanstandete Verletzungshandlung finde sich im Impressum des Antragsgegners und werde damit vom Verkehr zusammen mit den anderen Angaben aus dem Impressum wahrgenommen. Eine angeblich unrichtige Angabe werde daher durch eine zutreffende Angabe neutralisiert (BGH GRUR 2012, 286 Tz. 21 - Falsche Suchrubrik). In diesem Fall fehle es bereits an dem Merkmal der Irreführung, so dass es auf die Frage der Relevanz nicht mehr ankomme.

Letztlich scheidet eine Irreführung auch deshalb aus, weil der Verkehr selbst bei einer unterstellten Irreführung keine Nachteile erleide. Denn im Fall einer Irreführung würde der Verkehr von einer beschränkt haftbaren Persönlichkeit ausgehen, während tatsächlich eine unbeschränkte persönliche Haftung vorliege.

Der **Antragsgegner** beantragt:

Das Urteil des Landgerichts München I vom 14.3.2013, Az. 17 HK O 1267/13, wird abgeändert.

Die Einstweilige Verfügung vom 21.1.2013 wird aufgehoben. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 17.1.2013 wird zurückgewiesen.

Die **Antragstellerin** beantragt Zurückweisung der Berufung.

Sie verteidigt die ergangene Entscheidung und wiederholt ihren Sachvortrag in erster Instanz.

Ergänzend trägt sie vor:

Soweit der Antragsgegner geltend gemacht habe, dass er bereits einen Tag nach der Abmahnung sämtliche Wettbewerbsverstöße abgestellt habe, habe die Antragstellerin dies bestritten und in erster Instanz Unterlagen vorgelegt, die das Gegenteil belegten. Die zur Glaubhaftmachung des Vortrags vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Antragsgegners vom 12.3.2013 sei daher falsch und nicht zur Glaubhaftmachung geeignet. Der Antragsgegner habe insbesondere auf der sog. "mich-Seite" bei eBay nach wie vor das Impressum, in welchem er als "Geschäftsführer" bezeichnet sei, vorgehalten (am 11.1.2013 gefertigte Screenshots, Anlage ASt. 7). Bei der Abbildung handle es sich um dieselbe Seite, die auch der Abmahnung vom 3.1.2013 zugrunde gelegen habe und dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 17.1.2013 als Anlage beigefügt worden sei, wie sich bereits aus dem auf dem Screenshot erkennbaren URL (...) ergebe. Dasselbe gelte für den geschäftlichen Auftritt des Antragsgegners in Facebook (Screenshots vom 4.6.2013, Anlage ASt 8).

Die Dringlichkeitsvermutung sei auch nicht durch die vom Antragsgegner zitierte Kommentarstelle in Harte-Bavendamm/ Henning-Bodewig (s.o.) mit der Überschrift "e) Zeitgebundene Ereignisse" widerlegt, da es sich bei den streitgegenständlichen Verletzungshandlungen - fehlerhafte Belehrung des Verbrauchers über das ihm gesetzlich zustehende Widerrufsrecht sowie unzutreffende Bezeichnung als "Geschäftsführer" im Rahmen der Impresen verschiedener Telemedien - gerade nicht um ein zeitgebundenes Ereignis handle. Im Übrigen sei zusätzlich zur Beendigung der Verstöße erforderlich, dass es sich zugleich jeweils um einen Verstoß handle, der seiner Natur nach erst nach längerer Zeit wiederholbar sei.

Eine Wiederholungsgefahr sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, da der Antragsgegner ein Abonnement mit der Kanzlei J. über die Zusendung der stets aktuellen Widerrufsbelehrung abgeschlossen habe, wie sich daran zeige, dass er es vorliegend gleichwohl verabsäumt hat, seine Widerrufsbelehrung zu aktualisieren.

Die zitierte Rechtsprechung des Landgerichts sowie des Oberlandesgerichts München zur fehlenden Dringlichkeit sei nicht einschlägig, als es sich um Eilverfahren in Bezug auf urheberrechtliche Verstöße handle, für welche keine Vermutung der Dringlichkeit gelte.

Das Vorgehen der Antragstellerin im Rahmen der Gegenabmahnung sei nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG. Keineswegs sei die Abmahnung vom 3.1.2013 ausschließlich oder überwiegend darauf gerichtet gewesen, Gebühren zu erzielen, um den Gegenanspruch im Sinne einer "Aufrechnung" zu Fall zu bringen. Auch ergebe sich aus dem Begleitschreiben lediglich eine - zudem unbestimmte - Anregung, über eine außergerichtliche Streitbeilegung nachzudenken. Es sei auch nicht angeregt worden, generell auf die Abgabe von Unterlassungserklärungen zu verzichten, sondern lediglich auf Abgabe strafbewehrter Unterlassungserklärungen. Nichts anderes ergebe sich auch aus den vom Antragsgegner zitierten Gerichtsentscheidungen. Unzutreffend sei ferner die Behauptung, die Antragstellerin habe den Gegenstandswert "manipuliert". Unstreitig habe es sich bei der Abmahnung des Antragsgegners vom 27.12.2012 um eine Serienabmahnung gehandelt; den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin seien alleine binnen kurzer Zeit

dreizehn quasi wortlautidentische Abmahnschreiben des Antragsgegners zur Kenntnis gekommen. Aufgrund dieses nachträglich bekannt gewordenen Sachverhalts habe der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin dieser geraten, eine 1,3 Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von nur mehr 10.000,-- € zu bezahlen. Auch aus dem Ansatz eines Gegenstandswerts von 40.000,-- € (nach teilweiser Rücknahme der Abmahnung) ließen sich keine Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Antragstellerin herleiten. Bei vergleichbaren Sachverhalten würden vom Landgericht München I ähnliche Streitwerte festgesetzt; diese bewegten sich pro Verstoß in der Widerrufsbelehrung regelmäßig zwischen 5.000,-- und 7.500,-- € sowie im Rahmen der Irreführung des Verbrauchers je nach Intensität regelmäßig zwischen 10.000,-- € und 20.000,-- € (vgl. Urteile im Schriftsatz vom 25.7.2013, S. 16/17 sowie Anlage ASt 11).

Die Bezeichnung als "Geschäftsführer" im Rahmen der drei streitgegenständlichen Impressen stelle eine relevante Irreführung der Verkehrskreise gemäß §§ 5, 3 UWG dar. Gerade im Rahmen eines Impressums erwarte ein Verbraucher rechtlich zutreffende Informationen über den Diensteanbieter - seinen potentiellen Vertragspartner. Der Verbraucher habe ein gesteigertes Interesse daran, rechtlich zutreffende Angaben über den Anbieter vorzufinden. Er erwarte daher, dass in einem Impressum die Bezeichnung "Geschäftsführer" nur von demjenigen verwendet werde, der Vertretungsberechtigter einer juristischen Person sei. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall, so dass der Antragsgegner bei den beteiligten Verbrauchern eine Fehlvorstellung auslöse. Da der Antragsgegner nur seine eigenen Geschäfte führen könne, während der Geschäftsführer nach dem Verkehrsverständnis fremde Geschäfte führe, ergebe sich hieraus, dass er sich nach außen hin größer gebe, als er sei.

Desweiteren werde durch die vom Antragsgegner vorgehaltenen und von der Antragstellerin beanstandeten Impressen jeweils nicht ersichtlich, wer Vertragspartner des interessierten Verbrauchers werde. Denn bei dem bereits vorgelegten eBay-Impressum sei lediglich ein Logo mit dem Schriftzug "L. D.(R) WHITENING" abgebildet; ferner sei von einer "Firma L.d." die Rede. Der Name des Antragsgegners sei nur hinter dem Zusatz Geschäftsführer genannt. Der Verbraucher gehe daher davon aus, dass er den Vertrag mit der Fa. "L. D. ® WHITENING" bzw. einer "Firma L.d." abschließe. Eine solche gebe es jedoch nicht als eigene Rechtspersönlichkeit. Umfrage (Anlage ASt 13)

Unzutreffend sei die Behauptung des Antragsgegners, dass der Verkehr in Wahrheit durch die irreführende Bezeichnung einen Vorteil erlangt habe, da bei einer GmbH eine Stammeinlage von 25.000,-- € zu erbringen sei.

Soweit die Antragstellerin durch die Bezeichnung als "Geschäftsführer" einen Verstoß gegen die Vorgaben des § 5 TMG, da Sinn und Zweck der Regelung des § 5 TMG sei, den beteiligten Verkehrskreisen einen raschen Überblick über die Identität des Anbieters zu verschaffen, was jedoch vorliegend gerade nicht geschehe, hat sie im Termin vor dem Senat klargestellt, dass sie insoweit keinen eigenständigen Verstoß gegen das TMG rüge, sondern es sich insoweit um ein weiteres Kriterium im Rahmen der geltend gemachten Irreführung handle.

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 10.10.2013 Bezug genommen.

II. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte (§§ 519 Abs. 1, Abs. 2, 517 ZPO) und am 17.6.2013 begründete Berufung des Antragsgegners bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Im Einzelnen:

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig. Insbesondere war die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch die Antragstellerin nicht rechtsmissbräuchlich.

aa. Zu Recht hat das Landgericht den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) nicht für durchgreifend erachtet.

(1) Nach allgemeiner Ansicht (vgl. Nachweise bei Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 8 Rdnr. 4.10) ist die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche als rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig (Köhler/ Bornkamm, a.a.O., § 8 Rdnr. 4.4) anzusehen, wenn sie überwiegend der Verfolgung sachfremder, für sich gesehen nicht schutzwürdiger Interessen und Ziele dient und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen. Dagegen setzt die Bejahung eines Rechtsmissbrauchs i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG nicht voraus, dass legitime wettbewerbsrechtliche Ziele beim Agierenden vollständig fehlen oder gänzlich in den Hintergrund treten. Vielmehr genügt es, dass sachfremde Beweggründe überwiegen. Die Frage eines Missbrauchs ist dabei im Einzelfall unter

Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen, wobei nicht nur Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 Rdnr. 4.10 a.E.) einzubeziehen sind, sondern alle äußeren Umstände – wie Art und Umfang des Wettbewerbsverstoßes, "Nachtatverhalten" des Verletzers, aber auch das Verhalten des Anspruchsberechtigten bei der Rechtsverfolgung –, welche Rückschlüsse auf Motiv und Zweck der Anspruchsverfolgung erlauben (Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 8 Rdnr. 4.11).

(2) Ausgehend von diesen Grundsätzen erachtet der Senat das Vorgehen der Antragstellerin vorliegend nicht als rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG.

Der Umstand, dass ein Mitbewerber – wie im Streitfall die Antragstellerin – erst aus Anlass einer eigenen vorangegangenen Inanspruchnahme (Abmahnschreiben des Antragsgegners vom 27.12.2012, Anlage 1) im Sinne einer "Retourkutsche" – einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch diesem gegenüber geltend macht, begründet kein rechtsmissbräuchliches Verhalten, denn ein Mitbewerber geht seiner Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nicht schon dadurch verlustig, dass er sich selbst in der Vergangenheit einer "erfolgreichen" Abmahnung ausgesetzt gesehen hat. Vielmehr müssen zusätzliche Gesichtspunkte hinzutreten, aus denen die sachfremden Motive deutlich werden.

(3) Sachfremde Motive der Antragstellerin ergeben sich vorliegend auch nicht aufgrund der Höhe der in Ansatz gebrachten vorgerichtlichen Anwaltsgebühren hinsichtlich der erfolgten Abmahnung vom 3.1.2013. Nach der Definition von § 8 Abs. 4 UWG ist das Gebührenerzielungsinteresse dann rechtsmissbräuchlich, wenn es vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Anspruchsberechtigte kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbsliches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann. Maßgebend ist dabei die Sichtweise eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers (vgl. Köhler, a.a.O. § 8 Rdnr. 4.12 m.w.N.). Hiervon kann im Streitfall jedoch nicht ausgegangen werden. Bei den Parteien des Verfügungsverfahrens handelt es sich um Wettbewerber, die über die Verkaufsplattform eBay gewerblich Waren, u.a. Zahnaufhellungsprodukte vertreiben. Der Antragsteller hat mithin sowohl ein wirtschaftliches wie auch ein wettbewerbsliches Interesse an der Rechtsverfolgung von Wettbewerbsverstößen des Antragsgegners. Es ist zudem auch naheliegend, dass ein wegen Wettbewerbsverstößen abgemahnter Wettbewerber seinerseits die Werbung des Abmahnenden Mitbewerbers einer kritischen Prüfung auf das Vorliegen von Wettbewerbsverstößen unterzieht. Die abgemahnten Verstöße wegen unrichtiger Widerrufsbelehrung (vgl. LGU Ziff. 1 a-e), die der Antragsgegner nach eigenen Angaben zum Anlaß genommen hat, sie bereits am nächsten Tag (4.1.2013) abzustellen, waren aus dessen Sicht offensichtlich gegeben.

Ohne Erfolg macht der Antragsgegner geltend, dass aus dem Ansatz eines völlig überhöhten Streitwertes von 90.000,- € für die Berechnung der Abmahnkosten im Streitfall darauf geschlossen werden könne, dass das Gebührenerzielungsinteresse bei der Abmahnung durch die Antragstellerin im Vordergrund gestanden habe, da es der Antragstellerin erkennbar nur darauf angekommen sei, einen Gegenanspruch in mindestens derselben Höhe wie der aufgrund der vorausgegangenen Abmahnung vom 27.12.2012 gegen diese bestehende Kostenerstattungsanspruch zu generieren, um diesen anschließend "im Wege der Aufrechnung" zu beseitigen. Soweit die Antragstellerin zunächst gleichfalls einen Gegenstandswert in Höhe von 50.000,- € – ebenso wie der Antragsgegner – für einen Verstoß gegen die Kosmetik-Verordnung in Ansatz gebracht hat, hat sie diesen geltend gemachten Verstoß bereits mit Schreiben vom 4.1.2013 zurückgenommen und auch den Gegenstandswert entsprechend korrigiert (vgl. Anlage 4). Auch vermag der Umstand, dass die Antragstellerin den identischen Verstoß, für den sie seitens des Antragsgegners in Anspruch genommen wurde, lediglich mit 10.000,- € bewertet hat, kein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu begründen. Vielmehr hat die Antragstellerin hierzu plausibel dargetan, dass sie nach Bekanntwerden der Mehrfachabmahnung durch den Antragsgegner auf Anraten ihres anwaltlichen Vertreters Abmahnkosten in Höhe einer 1,3 Geschäftsgebühr nur mehr aus einem reduzierten Gegenstandswert in Höhe von 10.000,- € gezahlt habe. Auch kann aus dem Umstand, dass die Antragstellerin im Verfügungsverfahren einen um 10.000,- € geringeren Streitwert als im Rahmen der Abmahnung (30.000,- €) angegeben hat, nicht bereits auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Antragstellerin geschlossen werden. Zwar ist auch dieser, von der Antragstellerin angegebene Streitwert von 30.000,- € objektiv überhöht; das Landgericht ist den Angaben der Antragstellerin jedoch gefolgt und hat den Streitwert in dieser Höhe festgesetzt. Der angegebene Streitwert begründet für sich betrachtet daher keine Rechtsmissbräuchlichkeit, da bei der Streitwertbemessung von Verstößen betreffend die fehlende Widerrufsbelehrung Beträge in dieser Größenordnung auch in anderen Verfahren vom Landgericht festgesetzt werden.

(4) Eine rechtsmissbräuchliche Anspruchsverfolgung ergibt sich auch nicht aus dem Begleitschreiben der Antragstellerin vom 3.1.2013 zu der am selben Tag gegenüber dem Antragsgegner ausgesprochenen Abmahnung, in welchem sie zur einvernehmlichen Beilegung der Angelegenheit angeregt hat, "gegenseitig auf die Abgabe von strafbewehrten Unterlassungserklärungen zu verzichten" (Anlage 2). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird in bestimmten Fallgestaltungen ein Rechtsmissbrauch dann bejaht, wenn die

Rechtsverfolgung des Antragstellers allein dazu dient, die vorherige Abmahnung des Antragsgegners aus der Welt zu schaffen und höhere Gegenforderungen zu begründen, da es dem Antragsgegner dann nicht in erster Linie um die Unterbindung des wettbewerbswidrigen Verhaltens des Antragsgegners geht, sondern sachfremde Gründe im Vordergrund stehen, nämlich die Streitigkeit zu erledigen, ohne dass gerade auch das Abstellen der beanstandeten Verstöße gesichert wird (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20.1.2011, Az. I-4 U 175/10, Tz. 39,40). Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Die Formulierung auf S. 2 des anwaltlichen Begleitschreibens der Antragstellerin vom 3.1.2013, in der diese vorschlägt, dass vor dem Hintergrund der wechselseitig erhobenen Ansprüche "in Erwägung gezogen werden sollte, die Angelegenheiten einvernehmlich beizulegen" und "...beispielsweise erwogen werden könne, gegenseitig auf die Abgabe von strafbewehrten Unterlassungserklärungen zu verzichten", lässt nicht die zwingende Schlussfolgerung zu, dass es der Antragstellerin auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bei ihrer Abmahnung nicht ankam, sondern allein sachfremde Erwägungen, insbesondere die Beseitigung der eigenen Kostenerstattungspflicht und die Fortsetzung ihres nicht wettbewerbskonformen Verhaltens eine Rolle gespielt haben. Ohne Erfolg macht der Antragsgegner insoweit geltend, dass ein Rechtsmissbrauch im vorliegenden Fall jedenfalls aus Gründen des öffentlichen Gesundheitsschutzes angenommen werden müsse, da die Antragstellerin ihre gesundheitsgefährdenden Produkte weiter in den Verkehr hätte bringen können, wenn der Antragsgegner auf das Angebot des wechselseitigen Verzichts auf Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung eingegangen wäre. Denn die Antragstellerin hat lediglich die einvernehmliche Beilegung der wechselseitig erhobenen Ansprüche angeregt, sodass die konkrete Ausgestaltung der vergleichsweise Erledigung daher durch beiden Parteien hätte erfolgen müssen. Diese hätten eine Regelung dergestalt treffen können, dass beide Parteien wechselseitig auf Abgabe strafbewehrter Unterlassungserklärungen verzichten und sich gleichzeitig verpflichten, künftig Wettbewerbsverstöße der abgemahnten Art zu unterlassen.

Die von der Antragstellerin gewählte Formulierung in dem Begleitschreiben vom 3.1.2013, um den Antragsgegner zu einem Verzicht zu bewegen, lässt daher auch nicht in Verbindung mit dem angesetzten hohen Gegenstandswert in der Abmahnung vom 3.1.2013 eine Rückschluss auf sachfremde Beweggründe zu.

bb. Mit Recht hat das Landgericht einen Verfügungsgrund bejaht.

Bei der Geltendmachung wettbewerbslicher Unterlassungsansprüche wird die Dringlichkeit gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Die Antragstellerin hat innerhalb der Monatsfrist ab Kenntniserlangung (3.1.2013) den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt (17.1.2013). Die Dringlichkeitsvermutung ist auch nicht deshalb widerlegt, weil der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erst gestellt wurde, nachdem der Antragsgegner die gerügten Verstöße nach eigenen Angaben beseitigt hat. Ob der Antragsgegner, wie die Antragstellerin dargetan und durch Vorlage von Screenshots belegt hat (vgl. Anlagen ASt 7 - ASt 13), auch weiterhin innerhalb der Anbieterkennung geschäftsmäßig angebotener Telemedien für "L.D." als "Geschäftsführer" auftritt, kann dahingestellt bleiben. Denn die Einstellung des beanstandeten Verhaltens widerlegt die gemäß § 12 Abs. 2 UWG zu vermutende Dringlichkeit nicht. Soweit der Antragsgegner Entscheidungen des Landgerichts sowie des Oberlandesgerichts München zitiert, in denen regelmäßig nach Beendigung der Verletzungshandlung eine Dringlichkeit für ein einstweiliges Verfügungsverfahren verneint worden sei (vgl. Berufungsbegründung, S. 10 oben = Bl. 118 d.A.), bezieht sich die zitierte Rechtsprechung ausschließlich auf Streitigkeiten, für die die Vermutung gemäß § 12 Abs. 2 UWG nicht gilt. Sie sind daher auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Auch gibt die zitierte Kommentarstelle in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG 2. Aufl. 2009, § 12 Rz. 333 für die vom Antragsgegner vertretene Auffassung nichts her, da sie sich mit mit anders gelagerten Sachverhalten, nämlich zeitgebundenen Ereignissen, wie etwa einmaligen Sonderveranstaltungen befasst. Eine solche Sachlage ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es ist auch nicht gewährleistet, dass das angegriffene Verhalten des Antragsgegners überhaupt nicht mehr oder erst nach längerer Zeit wieder begangen werden könnte, da hierfür - wie bereits ausgeführt - nicht ausreichen würde, dass der Antragsgegner, wie behauptet, sämtliche irreführenden Angaben beseitigt hätte.

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch begründet.

a. Soweit das Erstgericht die Beschlussverfügung vom 21.1.2013 hinsichtlich Ziffer 1 a) - e) bestätigt hat, wird dies mit der Berufung nicht angegriffen.

b. Zutreffend hat das Landgericht einen Verfügungsanspruch (§ 8 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG) gemäß Antrag 2) bejaht. Der Antragsgegner wendet sich im Wesentlichen gegen die Beurteilung des Erstgerichts, wonach die Angabe "Geschäftsführer" in den drei streitgegenständlichen Impresen (LGU Ziff. 2) eine Irreführung darstelle (§§ 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG). Ohne Erfolg macht er insoweit geltend, dass eine Irreführung im Geschäftsverkehr nicht hervorgerufen werde, da auch der Gesetzgeber die Bezeichnung "Geschäftsführer" nicht ausschließlich für die GmbH verwende (vgl. § 677 BGB), so dass nicht nachvollziehbar sei, warum nach Ansicht des Ausgangsgerichts der Verkehr den Begriff "Geschäftsführer" nur mit einer GmbH assoziieren sollte.

aa. Bei der Feststellung, ob eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG geeignet ist, den Verkehr irrezuführen, ist auf die Auffassung der Verkehrskreise abzustellen, an die sich die Werbung richtet (st. Rspr., z.B. BGH GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft, BGH GRUR 1996, 910, 912 - Die meistverkaufte Europas, Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage, § 5 Rdnr. 2.75 ff.), hier mithin den allgemeinen Verkehr, der die beworbenen Zahnaufhellungsprodukte bzw. Zahnpastaartikel im Internet kauft.

bb. Zur Ermittlung von dessen Verständnis hinsichtlich der verwendeten Bezeichnung "Geschäftsführer" ist auf die Angaben in den beanstandeten Impressen abzustellen, wobei unter dem Gesichtspunkt von § 5 UWG entscheidend ist, wie der angesprochene Verkehr die Angaben aufgrund des Gesamteindrucks des jeweiligen Impressums versteht, wenn er sich über den Anbieter als potentiellen Vertragspartner informieren will.

Bei dem eBay-Impressum (LGU S. 5) ist lediglich ein Logo mit dem Schriftzug "L. D. ® WHITENING" abgebildet; in der Fußzeile des Impressums ist eine Steuernummer enthalten. Der Name des Antragsgegners ist hinter der Angabe "Geschäftsführer" genannt. Ein relevanter Teil des angesprochenen Verkehrs wird aufgrund dieser Angaben in dem Impressum aus der Bezeichnung "Geschäftsführer" daher darauf schließen, dass es sich bei der nicht näher bezeichneten "L.D.i" um eine juristische Person handelt, dessen Vertretungsorgan der Antragsgegner ist. Er geht davon aus, dass er den Vertrag mit der Fa. "L. D. ®" bzw. "L. D.i® WHITENING" abschließt. Eine solche Firma gibt es jedoch nicht als eigene Rechtspersönlichkeit, so dass die Angabe unzutreffend und daher irreführend ist. Nach der Wertung, die der Gesetzgeber in § 5 a Abs. 3 UWG vorgenommen hat, müssen beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen an Verbraucher im Internet jedoch Informationspflichten beachtet werden, die für die Kaufentscheidung wesentlich sind. Hierzu gehört auch, dass der Verbraucher den Vertragspartner bzw. - bei Unternehmen - die Identität des Unternehmens kennt (vgl. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG). Die bloße Bezeichnung "LI DI ® WHITENING" ohne Zusatz einer Gesellschaftsform macht für den Verbraucher jedoch nicht transparent, wer sein Vertragspartner ist. Mit der Bezeichnung "Geschäftsführer" assoziiert ein erheblicher Teil der Verbraucher mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so dass er annimmt, dass es sich bei der Firma um eine juristische Person handelt. Etwas anderes würde dann gelten, wenn hinter dem Schriftzug "LI DI ® WHITENING" unmittelbar der Name des Antragsgegners - wie in Ziff. 1 e) des erstgerichtlichen Urteils - genannt würde (vgl. LGU S. 3). Der Verbraucher würde dies als Angabe des Inhabers der Firma verstehen und annehmen, dass es sich insoweit um eine Einzelfirma handelt. Der Gesamteindruck des Impressums wäre dann ein anderer, so dass der Verkehr die Angabe "Geschäftsführer" in diesem Fall so verstehen würde, dass es sich um die Person handelt, die tatsächlich die Geschäfte dieser Firma führt.

Ebenso verhält es sich mit dem beanstandeten Impressum bei Facebook, das als Überschrift die Bezeichnung "LI Di Deutschland" enthält, sowie dem beanstandeten Impressum auf der Homepage des Antragsgegners, wo einleitend das Logo mit dem Schriftzug "LI DI® WHITENING" platziert ist. In beiden Fällen schließt der angesprochene Verkehr wegen der fehlenden Angabe eines Inhabers in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit der Firmenbezeichnung aufgrund der Nennung eines Geschäftsführers darauf, dass es sich bei den genannten Firmen um juristische Personen handelt.

Die unzutreffende Bezeichnung als "Geschäftsführer" ist auch nach der Wertung des § 5 a Abs. 3 UWG sowie des § 5 TMG irreführend, da der Antragsgegner als Diensteanbieter von Telemedien verpflichtet war, dem Verbraucher korrekte Informationen über die Identität des Unternehmens (§ 5 a Abs. 3 Nr. 2 UWG, § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG) zu geben. Er hätte daher einen Zusatz anbringen müssen, aus welchem die Gesellschaftsform der von ihm vertretenen Firma als juristischer Person klar ersichtlich gewesen wäre.

Die unzutreffende Bezeichnung des Antragsgegners als "Geschäftsführer" in der Anbieterkennung der drei streitgegenständlichen Impressen ist auch geeignet, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irriige Vorstellungen über das Angebot hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen. Denn für den Verbraucher, der Waren im Internet erwirbt ist die Frage, mit welchem Vertragspartner der Vertrag geschlossen wird, durchaus von Bedeutung für seine Kaufentschließung. Für die Beurteilung der wettbewerblichen Relevanz der streitgegenständlichen Angaben ist die vom Gesetzgeber in § 5 a Abs. 3 UWG vorgenommene Wertung heranzuziehen. Danach ist der Verbraucher über alle für seine Kaufentscheidung wesentlichen Informationen korrekt aufzuklären. Gerade im Rahmen eines Impressums erwartet der Verbraucher rechtlich zutreffende Informationen über den Diensteanbieter, seinen potentiellen Vertragspartner. Er geht daher aufgrund der Bezeichnung "Geschäftsführer" in einem Impressum davon aus, dass es sich um den Vertretungsberechtigten einer juristischen Person handelt. Sind die Angaben zu dem Vertragsunternehmen im Impressum jedoch unrichtig, da es sich bei der bezeichneten Firma "L.D. ® WHITENING" nicht um eine juristische Person handelt, und geht der Verbraucher daher irrig aufgrund der Bezeichnung "Geschäftsführer" davon aus, dass der Vertrag mit der genannten Firma "L. D. ® WHITENING" zustande kommt, obwohl es sich bei dieser tatsächlich um eine Einzelhandels-

firma handelt, ist diese Fehlvorstellung über den tatsächlichen Vertragspartner für die Kaufentscheidung relevant.

III. 1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47 Abs. 1, 39 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO. Die Höhe des Streitwerts beurteilt sich nach dem Interesse der Antragstellerin, die beanstandete Werbung zu unterbinden. Hierbei ist auf die Verhältnisse bei Eingang des Verfügungsantrags abzustellen (§ 40 GKG). Für die Verstöße betreffend die fehlende Widerrufsbelehrung erscheint ein Betrag in Höhe von 1.000,-- € je Verstoß (LGU Ziff. 1 a) - e), insgesamt € 5.000,-- angemessen. Die irreführende Bezeichnung des Antragsgegners als "Geschäftsführer" in den drei streitgegenständlichen Impressen (LGU Ziff. 2) bewertet der Senat mit 2.000,--€ je Verstoß, da keine erhebliche Beeinträchtigung der wettbewerblichen Belange der Antragstellerin erkennbar ist.