

**Volltext zu MIR Dok.:** 126-2010  
**Veröffentlicht in:** MIR 08/2010  
**Gericht:** KG Berlin  
**Aktenzeichen:** 5 W 65/10  
**Entscheidungsdatum:** 13.04.2010  
**Vorinstanz(en):** LG Berlin, Az. 96 O 15/10

**Permanenter Link zum Dokument:** [http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir\\_dok\\_id=2226](http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2226)

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenen 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.

## KAMMERGERICHT Beschluss

### In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch ... am 13. April 2010

#### beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Kammer für Handelssachen 96 des Landgerichts Berlin vom 10. Februar 2010 - 96 O 15/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
3. Der Wert des Beschwerdeverfahrens beträgt 30.000 €.

#### Gründe

I. Die gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2, § 569 ZPO zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet, §§ 935, 940 ZPO. Zutreffend hat das Landgericht im angefochtenen Beschluss gerichtlich verfolgbarer Unterlassungsansprüche der Antragstellerin gegen den Antragsgegner aus dessen Internetauftritten (eBay-Angebot und Onlineshop) wegen eines Rechtsmissbrauchs gem. § 8 Abs. 4 UWG verneint.

1. Von einem Missbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG ist auszugehen, wenn sich der Gläubiger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs von sachfremden Motiven leiten lässt. Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen. Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten können sich unter anderem daraus ergeben, dass ein Gläubiger bei einem einheitlichen Wettbewerbsverstoß getrennte Verfahren anstrengt und dadurch die Kostenlast erheblich erhöht, obwohl eine Inanspruchnahme in nur einem Verfahren für ihn mit keinerlei Nachteilen verbunden ist (BGH, GRUR 2000, 1089, 1093 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; GRUR 2006, 243,

TZ. 16 – MEGA SALE; Urteil vom 22. Oktober 2009, I ZR 58/07, juris Rn. 18 - Klassenlotterie). Diese zunächst auf einen einheitlichen Wettbewerbsverstoß beschränkten Grundsätze sind ebenfalls anwendbar, wenn es um die mehrfache Verfolgung gleichartiger oder ähnlich gelagerter Wettbewerbsverstöße geht (BGH, GRUR 2009, 1180, TZ. 20 - 0,00 Grundgebühr; a.a.O., Klassenlotterie) und sie erfassen bereits das Abmahnverhalten des Unterlassungsgläubigers (BGH, GRUR 2002, 357, 359 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung; Senat, NJWE-WettbewerbsR 1998, 160, 161).

2. Vorliegend bestehen hinreichende Anhaltspunkte, die es rechtfertigen, ein missbräuchliches Verhalten der Antragstellerin wegen der in getrennten Verfahren erfolgten Abmahnungen 1586/09 und 1590/09 (jeweils Geschäftszeichen des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers) anzunehmen.

a) Eine die Verfahrensaufspaltung sachlich rechtfertigende unterschiedliche Rechts - oder Beweissituation war nicht gegeben. Die beanstandeten Klauseln waren teilweise inhaltsgleich. Die Glaubhaftmachungslage hinsichtlich der Abmahnung des eBay-Angebots (1586/09) unterschied sich nicht von der für die Abmahnung des Onlineshops (1590/09). Darüber hinaus wären, worauf schon das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, etwaige unterschiedliche rechtliche und tatsächliche Risiken eines gerichtlichen Verfahrens für die vorhergehende Obliegenheit der Abmahnung unerheblich.

b) Die Antragstellerin hatte sich bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie vom Antragsgegner urheberrechtlich abgemahnt worden ist, durch die rechtliche Ausgestaltung der Internetauftritte des Antragsgegners nicht behindert gefühlt. Erst diese Abmahnung war für sie Veranlassung, das Verhalten des Antragsgegners im Internet rechtlich überprüfen zu lassen. Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass eine solche eigene Abmahnung nicht alleine schon wegen ihres Charakters als Gegenangriff missbräuchlich ist. Nichts desto trotz ist schon die Ausgangssituation einer "Retourkutsche" regelmäßig nicht unbedenklich und sie zwingt den (abgemahnten) Abmahnenden in einem besonderen Maß zu einer zurückhaltenden, kostensparenden Verfahrensweise. Denn es ist nach der Lebenserfahrung nicht völlig fern liegend, dass die eigene Abmahnung vorwiegend deshalb ausgesprochen werden soll, um (auch) den Gegner kostenmäßig zu belasten, so wie der Abmahnende zuvor selbst kostenmäßig belastet worden ist. Vorliegend kommt insoweit noch hinzu, dass die Antragstellerin selbst offenbar noch keinerlei konkrete Zweifel hinsichtlich der Internetauftritte des Antragsgegners hegte, sondern sie insoweit ihren Verfahrensbevollmächtigten erst mit näheren Ermittlungen beauftragt hat.

c) Unerheblich ist vorliegend der Vortrag der Antragstellerin, die den beiden vorgenannten Abmahnungen zu Grunde liegenden Wettbewerbsverstöße seien ihrem Verfahrensbevollmächtigten zeitlich nacheinander bekannt geworden, und zwar die Wettbewerbsverstöße der Abmahnung zum Onlineshop (1590/09) erst nach dem Versand der Abmahnung zum eBay-Angebot (1586/09).

aa) Es mag sein, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin sich mit dem Onlineshop des Antragsgegners erst nach der Versendung der Abmahnung zum eBay-Angebot näher befasst hat.

Die Antragstellerin trägt aber selbst vor, sie habe ihren Verfahrensbevollmächtigten als Gegenreaktion auf die urheberrechtliche Abmahnung des Antragsgegners damit beauftragt, "den Internetauftritt des Antragsgegners auch wettbewerbsrechtlich prüfen und dann abmahnen zu lassen". Dabei rückt als erstes der Onlineshop des Antragsgegners in den Blick, erst nachrangig ein irgendwie, irgendwann und irgendwo gefundenes einzelnes eBay-Angebot des Antragsgegners. Auch die Antragstellerin trägt vor, "Es wurde dann am gleichen Tag" [gemeint ist der 1.12.2009] "die Wettbewerbswidrigkeit des Gegners bei eBay festgestellt und nach Übersendung des Entwurfs der ersten Abmahnung 1586/09 mitgeteilt, dass der Internetauftritt ..." [des Antragsgegners] "noch geprüft und gegebenenfalls abgemahnt werden sollte". Es spricht somit vorliegend alles dafür, dass im Zeitpunkt der Absendung der ersten Abmahnung betreffend das eBay-Angebot der Antragstellerin und ihrem Verfahrensbevollmächtigten bewusst war, dass der Internetauftritt des Antragsgegners in seinem Onlineshop jedenfalls noch zu prüfen war. Abgesehen davon, dass schon ein kurzer Blick in die rechtliche Ausgestaltung des Onlineshops wesentliche inhaltliche Übereinstimmungen zu den Beanstandungen bezüglich des eBay-Angebots aufgezeigt hätte, bestand für die Absendung der ersten Abmahnung betreffend das eBay-Angebot keine so große Eilbedürftigkeit, dass mit dieser Abmahnung nicht einige wenige Stunden bis zur Prüfung des Onlineshops hätte zugewartet werden können. Nach den eingereichten Faxprotokollen ist die erste Abmahnung betreffend das eBay-Angebot (1586/09) am 2.12.2009 gegen 9:30 Uhr versendet worden, die zweite Abmahnung bezüglich des Onlineshops (1590/09) nach Übermittlung der diesbezüglichen zweiten Vollmacht durch den Antragsteller (am 2.12.2009 um 12: 56 Uhr).

bb) Darüber hinaus hätte es sich der Antragstellerin und ihrem Verfahrensbevollmächtigten - auch bei einer zeitversetzten Kenntniserlangung bezüglich der jeweils abgemahnten Wettbewerbsverstöße - aufdrängen müssen, die spätere Abmahnung nicht als gesonderte Angelegenheit zum Gegenstand einer gesonderten Abmahnung zu machen, sondern diese Abmahnung hätte unter Bezugnahme auf die erste Abmahnung um

die neu hinzutretenden bzw. zu wiederholenden Beanstandungen ergänzt und erweitert werden können, so wie auch ein gerichtliches Verfahren nach seiner Einleitung um neue Streitgegenstände erweitert werden kann.

Angesichts der wenigen Stunden Zeitunterschied waren insoweit keine Probleme hinsichtlich der Fristabläufe zu befürchten. Denn die Frist hätte einheitlich auf die Zustellung der zweiten, ergänzenden Abmahnung berechnet werden können. Dass in der Praxis Empfangsbekanntnisse verschwinden und auch nicht "retourniert" werden könnten, mag im Einzelfall so sein. Dieses Problem hätte sich aber gleichermaßen gestellt, und zwar unabhängig davon, ob eine gesonderte zweite oder nur eine ergänzende Abmahnung versandt wird. Im Übrigen ging es bei den hier in Rede stehenden Abmahnungen nicht um eine Zustellung durch Empfangsbekanntnis, sondern durch die Post an den Antragsgegner persönlich.

d) Unerheblich ist es, wenn die Antragstellerin mit Fax vom 10.12.2009 dem Antragsgegner angeboten hat, die zu erstattenden Kosten auf die einer einzigen Abmahnung zu beschränken. Zu Recht hat das Landgericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung hierzu darauf hingewiesen, dass dieses Angebot nur bedingt für den Fall erfolgt ist, dass der Antragsgegner insgesamt eine Unterlassungserklärung abgibt. Zudem war der Antragstellerin (aus der zeitlich vorhergehenden Antwort des Antragsgegners vom 9.12.2009 auf seine Abmahnungen) das Problem des Vorwurfs eines Rechtsmissbrauchs bereits offenbar geworden. Deshalb hilft der Antragstellerin auch nicht ihr Hinweis darauf weiter, sie habe im vorliegenden Eilverfahren die Beanstandungen beider Abmahnungen zusammengeführt (vgl. hierzu Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Auflage, § 8 Rn. 4.17) und auch mit 30.000 € insgesamt nur einen geringen Verfahrenswert geltend gemacht.

e) Zwar hat die Antragstellerin vereinzelt sogar rechtlich umstrittene Gestaltungen des Antragsgegners beanstandet und in das vorliegende gerichtliche Verfahren eingeführt. In ihrer ganz überwiegenden Mehrzahl betrafen ihre Abmahnungen aber doch rechtlich einfach gelagerte, weit gehend (jedenfalls im Hinblick auf die Entscheidungspraxis des Senats) rechtlich unumstrittene und über das Internet leicht feststellbare Verstöße.

d) Vorliegend ist die Missbräuchlichkeit nicht nur auf die der zweiten Abmahnung zu Grunde liegenden Beanstandungen bzw. Verstöße beschränkt.

aa) Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist zwar für jeden mit der Klage oder dem Verfügungsantrag geltend gemachten Anspruch selbstständig zu prüfen (Köhler, a.a.O., § 8 Rn. 4.17). Das kann aber, insbesondere bei mehr oder weniger gleichzeitig erhobenen Klagen dazu führen, dass alle Klagen unzulässig sind (Köhler, a.a.O.). Liegt dagegen zwischen der Erhebung der Klagen eine gewisse Zeitspanne, so ist aus der Erhebung der späteren Klage nicht unbedingt zu schließen, dass auch bereits die frühere Klage als unzulässig anzusehen ist (vgl. BGH, GRUR 2000, 1089, 1093 - Missbräuchliche mehrfache Verfolgung; Köhler, a.a.O.).

bb) Vorliegend beziehen sich die oben erörterten Umstände, die einen Rechtsmissbrauch belegen, im Wesentlichen auf beide Abmahnungen gleichermaßen. Da insbesondere davon auszugehen ist, dass bei der Versendung der ersten Abmahnung die Prüfung des Onlineshops des Antragsgegners bewusst noch (zumindest) offen war, stellt sich schon die (unter einen willkürlichen Zeitdruck gestellte) erste Abmahnung als maßgeblich im Kostenbelastungsinteresse veranlasst und damit rechtsmissbräuchlich dar. Die Ausgangssituation einer "Retourkutsche" bestand ohnehin schon bei der ersten Abmahnung. Darüber hinaus sprechen der enge zeitliche und rechtliche Zusammenhang beider Abmahnungen für ein von Anfang an durch ein Kostenbelastungsinteresse geprägtes Verhalten der Antragstellerin.

II. Die Nebenentscheidungen zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und zur Wertfestsetzung beruhen auf § 97 Abs. 1, § 3 ZPO.