



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 83/23

vom

7. März 2024

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja
JNEU: nein

Vielfachabmahner II

BGB § 242 D

- a) Der Geltendmachung einer Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht aus einem aufgrund einer missbräuchlichen Abmahnung geschlossenen Unterlassungsvertrag kann der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 - I ZR 6/17, GRUR 2019, 638 [juris Rn. 33 f.] = WRP 2019, 727 - Kündigung der Unterlassungsvereinbarung).
- b) Die Frage, ob die Geltendmachung der auf einer Unterlassungsvereinbarung beruhenden Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB), wobei die Umstände, die im Rahmen des § 8c Abs. 1 UWG nF (§ 8 Abs. 4 UWG aF) einen Rechtsmissbrauch begründen, auch im Rahmen der Prüfung des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB herangezogen werden können (vgl. BGH, GRUR 2019, 638 [juris Rn. 17 f. und 33 f.] - Kündigung der Unterlassungsvereinbarung).
- c) Von einem rechtsmissbräuchlichen Abmahnverhalten ist auszugehen, wenn sich der Gläubiger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs überwiegend von sachfremden Gesichtspunkten leiten lässt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 111/22, GRUR 2023, 585 [juris Rn. 40] = WRP 2023, 576 - Mitgliederstruktur, mwN). Ohne Hinzutreten weiterer Indizien kann dies regelmäßig nicht allein deshalb angenommen werden, weil der Gläubiger die geltend gemachten Unterlassungsansprüche in einer Vielzahl von Fällen trotz ausgebliebener Unterwerfungserklärungen der Schuldner nicht gerichtlich weiterverfolgt hat.

BGH, Urteil vom 7. März 2024 - I ZR 83/23 - OLG Hamm
LG Essen

ECLI:DE:BGH:2024:070324UIZR83.23.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2024 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterinnen Dr. Schwonke, Pohl und Dr. Schmaltz sowie den Richter Odörfer für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Mai 2023 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte bietet Waren, insbesondere Haushaltswaren, auf der Handelsplattform Amazon an. Mit Schreiben vom 17. Juli 2020 mahnte ihn der Kläger, ein als Verein eingetragener Interessenverband von Online-Unternehmen, wegen behaupteter Wettbewerbsverstöße im Zusammenhang mit der Präsentation von Waren ab. Unter dem 23. Juli 2020 gab der Beklagte eine strafbewerte Unterlassungserklärung ab, die inhaltlich der der Abmahnung beigefügten vorformulierten Erklärung entsprach und die der Kläger annahm. Mit Schreiben vom 24. März 2021 forderte der Kläger den Beklagten wegen eines Verstoßes gegen die Unterlassungsverpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 5.000 € auf. Mit Schreiben vom 26. Mai 2021 erklärte der Beklagte die Anfechtung sowie hilfsweise die Kündigung der strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 23. Juli 2020.

2 Mit seiner daraufhin erhobenen Klage hat der Kläger eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 5.000 € nebst Zinsen beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht zurückgewiesen (OLG Hamm, GRUR 2023, 1126 = WRP 2023, 998). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

3 A. Das Berufungsgericht hat die Klage für zulässig, aber unbegründet erachtet. Dem geltend gemachten Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe stehe der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, weil die Unterlassungsvereinbarung aufgrund einer missbräuchlichen Abmahnung geschlossen worden sei. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Kläger unter anderem im Jahr 2020 eine große Zahl von Abmahnungen ausgesprochen habe, ohne bei Ausbleiben einer Unterwerfung eine gerichtliche Klärung herbeigeführt zu haben. Ein solches Verhalten lasse keinen anderen Schluss zu, als dass der Kläger seine Abmahntätigkeit in erster Linie dazu einsetze, Ansprüche auf Aufwendungsersatz und gegebenenfalls Vertragsstrafeansprüche entstehen zu lassen.

4 Ohne Erfolg berufe sich der Kläger darauf, die nicht weiter verfolgten Abmahnungen hätten sich auf unterschiedliche Weise erledigt, weshalb die Wiederholungsgefahr entfallen sei. Die tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr nach einem Wettbewerbsverstoß werde grundsätzlich nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oder durch einen rechtskräftigen Unterlassungstitel ausgeräumt. Rein tatsächliche Veränderungen der Verhältnisse berührten die Wiederholungsgefahr nicht, solange nicht auch

jede Wahrscheinlichkeit für eine Wiederaufnahme des unzulässigen Verhaltens durch den Verletzer beseitigt sei. Soweit der Kläger auf die faktisch kaum mögliche oder mit erheblichen Schwierigkeiten verbundene Rechtsverfolgung gegenüber im Ausland ansässigen Verletzern abstelle, müsse er sich fragen lassen, aus welchem Grund (außer der erhofften Einnahmeerzielung) er zuvor gleichwohl Abmahnungen ausspreche. Gleiches gelte, soweit er vorgebe, die nötigenfalls höchstrichterliche Klärung herbeiführen zu wollen und hierfür einige "Musterverfahren" auszuwählen. Auch dieser Umstand rechtfertige es nicht, zuvor in großer Anzahl Abmahnungen auszusprechen in der Hoffnung, der Abgemahnte werde sich strafbewehrt unterwerfen.

5 B. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann nicht angenommen werden, dass dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht.

7 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Geltendmachung einer Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht aus einem aufgrund einer missbräuchlichen Abmahnung geschlossenen Unterlassungsvertrag der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 - I ZR 6/17, GRUR 2019, 638 [juris Rn. 33 f.] = WRP 2019, 727 - Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; KG, GRUR-RR 2017, 114 [juris Rn. 163 bis 173]; OLG Brandenburg, NJW-RR 2022, 1402 [juris Rn. 21], jeweils mwN; vgl. auch Feddersen in Köhler/

Bornkamm/Feddersen, UWG, 42. Aufl., § 8c Rn. 6; MünchKomm.UWG/Fritzsche, 3. Aufl., § 8c Rn. 86a).

- 8 a) Die Frage, ob die Geltendmachung der auf einer Unterlassungsvereinbarung beruhenden Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich ist, beurteilt sich aufgrund des auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG beschränkten Anwendungsbereichs des § 8c Abs. 1 UWG nF (§ 8 Abs. 4 UWG aF) nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben, § 242 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 - I ZR 5/21, GRUR 2012, 949 [juris Rn. 20 f.] = WRP 2012, 1086 - Missbräuchliche Vertragsstrafe; BGH, GRUR 2019, 638 [juris Rn. 17 f. und 33 f.] - Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; zu Gewinnabschöpfungsansprüchen vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 [juris Rn. 35 bis 37] = WRP 2018, 1452 - Prozessfinanzierer I; Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 8c Rn. 9). Im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung ist zu prüfen, ob das Verhalten des Abmahnenden vor, bei oder nach der Abmahnung den Schluss rechtfertigt, dass die Geltendmachung des Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt (vgl. BGH, GRUR 2019, 638 [juris Rn. 36] - Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; zum Markenrecht vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2019 - I ZR 46/19, GRUR 2020, 292 [juris Rn. 6] = WRP 2020, 330 - Da Vinci). Die Umstände, die im Rahmen des § 8c Abs. 1 UWG nF (§ 8 Abs. 4 UWG aF) einen Rechtsmissbrauch begründen, können auch im Rahmen der Prüfung des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB herangezogen werden (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2012, 949 [juris Rn. 21] - Missbräuchliche Vertragsstrafe; GRUR 2019, 638 [juris Rn. 17] - Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 - I ZR 205/17, GRUR 2019, 850 [juris Rn. 23] = WRP 2019, 1009 - Prozessfinanzierer II).

- 9 b) Nach § 8c Abs. 1 und 2 Nr. 1 UWG nF (inhaltsgleich mit § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG aF) ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtsmissbräuchlich ist, wobei eine missbräuchliche Geltendmachung im Zweifel anzunehmen ist, wenn die Geltendmachung der Ansprüche vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder von Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung ist von einem Rechtsmissbrauch in diesem Sinne auszugehen, wenn sich der Gläubiger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs von sachfremden Gesichtspunkten leiten lässt. Diese müssen jedoch nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (vgl. nur BGH, Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 [juris Rn. 38] = WRP 2021, 746 - Berechtigte Gegenabmahnung; Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 111/22, GRUR 2023, 585 [juris Rn. 40] = WRP 2023, 576 - Mitgliederstruktur, jeweils mwN).
- 10 c) Ein Indiz für ein solches rechtsmissbräuchliches Vorgehen stellt es dar, wenn bei wettbewerbsrechtlich zweifelhafter Beurteilung in großer Zahl Abmahnungen ausgesprochen werden, ohne dass bei Ausbleiben einer Unterwerfung eine gerichtliche Klärung herbeigeführt wird. Dadurch kann sich der Verdacht aufdrängen, die Abmahntätigkeit werde in erster Linie dazu eingesetzt, Ansprüche auf Aufwendungsersatz und gegebenenfalls Vertragsstrafeansprüche entstehen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2019 - I ZR 149/18, GRUR 2019, 966 [juris Rn. 34] = WRP 2019, 1182 - Umwelthilfe; zur Klagebefugnis von Wettbewerbsverbänden vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 1999 - I ZR 66/97, GRUR 1999, 1116 [juris Rn. 33] = WRP 1999, 1163 - Wir dürfen nicht feiern). Das Berufungsgericht

hat mit Recht angenommen, dass der Umstand, dass eine große Zahl von Abmahnungen ausgesprochen wird, ohne bei Ausbleiben einer Unterwerfung den Unterlassungsanspruch gerichtlich weiterzuverfolgen, einen solchen Verdacht begründen und ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen darstellen kann.

- 11 d) Allerdings ist nicht jedes Bestreben eines Verbands, durch die Gestaltung seines Vorgehens gegen Wettbewerbsverstöße auch Einnahmen in Form von Abmahnkostenerstattungen oder Vertragsstrafen zu erzielen, als Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen anzusehen (BGH, GRUR 2019, 966 [juris Rn. 35] - Umwelthilfe; zur Klagebefugnis von Wettbewerbsverbänden vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 - I ZR 56/89, GRUR 1990, 282 [juris Rn. 39] = WRP 1990, 255 - Wettbewerbsverein IV; Urteil vom 27. Januar 2005 - I ZR 146/02, GRUR 2005, 689, 690 [juris Rn. 20] = WRP 2005, 1007 - Sammelmitgliedschaft III). Auch können in gewissen, den Verbandszweck nicht außer Acht lassenden Grenzen Überlegungen, Kostenrisiken des Vorgehens gegen Wettbewerbsverstöße vorsichtig abzuschätzen und möglichst begrenzt zu halten, sachgerecht sein. Entscheidend ist, ob solche Überlegungen und Verhaltensweisen als dem Vereinszweck der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dienlich und diesem untergeordnet angesehen werden können oder ob sie so bestimmend in den Vordergrund treten, dass der angebliche Vereinszweck als vorgeschobenes Mittel zur Verwirklichung der Einnahmeerzielung angesehen werden muss (vgl. BGH, GRUR 1990, 282 [juris Rn. 39] - Wettbewerbsverein IV; GRUR 2019, 966 [juris Rn. 35] - Umwelthilfe). Ist das Verhalten eines Verbands danach als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen, liegt in dieser Beurteilung entgegen der Ansicht der Revision keine Verletzung der durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vereinsautonomie. Spricht ein Verein in rechtsmissbräuchlicher Weise Abmahnungen aus, nimmt er die satzungsgemäßen Aufgaben gegenüber seinen Mitgliedern, aufgrund derer ihm die Klagebefugnis zusteht, nicht sachgerecht wahr.

- 12 e) Grundsätzlich ist es Sache des Beklagten, Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen und dafür Beweis anzubieten (vgl. BGH, GRUR 2023, 585 [juris Rn. 51] Mitgliederstruktur). Dies gilt auch für das Vorgehen eines Verbands, für den die Vermutung spricht, seinen satzungsmäßigen Zwecken nachzugehen (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2000 - I ZR 294/97, GRUR 2001, 178 [juris Rn. 8] = WRP 2000, 1397 - Impfstoffversand an Ärzte). Ist diese Vermutung allerdings durch entsprechenden Tatsachenvortrag erschüttert, so muss der Kläger substantiiert die Gründe darlegen, die gegen einen Missbrauch sprechen (zum Unterlassungsanspruch vgl. BGH, GRUR 2001, 178 [juris Rn. 8] - Impfstoffversand an Ärzte; BGH, Urteil vom 17. November 2005 - I ZR 300/02, GRUR 2006, 243 [juris Rn. 21] = WRP 2006, 354 - MEGA SALE; OLG Brandenburg, CR 2023, 757 [juris Rn. 78]; Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 8c Rn. 42). Dabei obliegt es ihm insbesondere, zur Klärung der in seiner Sphäre liegenden und dem Anspruchsgegner nicht bekannten Umstände vorzutragen (vgl. OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2017, 506 [juris Rn. 25]; Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 8c Rn. 42).
- 13 2. Nach diesen Maßstäben kann die Abmahnung des Klägers vom 17. Juli 2020, die dem streitgegenständlichen Vertragsstrafeverlangen zugrunde liegt, mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden.
- 14 a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Kläger habe allein im Jahr 2020 3.520 Abmahnungen ausgesprochen, woraufhin lediglich 1.325 Unterlassungserklärungen abgegeben und weitere 528 Fälle gerichtlich verfolgt worden seien. Es verblieben mithin 1.667 trotz Ausbleibens einer Unterwerfungserklärung nicht verfolgte Fälle, was rund 47 % entspreche. Dass es sich hierbei um keinen Einzelfall handele, ergebe sich aus der Statistik betreffend die Vorjahre

und das Folgejahr 2021. So seien im Jahr 2017 5.945 Abmahnungen ausgesprochen, 4.966 Unterlassungserklärungen abgegeben und 421 gerichtliche Verfahren geführt worden, so dass eine Differenz von 558 (rund 9 %) nicht verfolgter Fälle verbleibe. Im Jahr 2018 habe der Kläger 4.795 Abmahnungen ausgesprochen, 2.919 Unterlassungserklärungen erhalten und 256 Fälle gerichtlich verfolgt. Es verbleibe eine Differenz von 1.620 nicht verfolgten Fällen, was rund 34 % entspreche. Im Jahr 2019 stünden 4.066 ausgesprochenen Abmahnungen 1.353 Unterlassungserklärungen und 414 gerichtliche Verfahren gegenüber, so dass sogar 2.299 nicht verfolgte Fälle (rund 57 %) verblieben. Im Jahr 2021 habe der Kläger rund 1.200 Abmahnungen ausgesprochen und in etwa der Hälfte der Fälle Unterlassungserklärungen erhalten, 378 Fälle habe er gerichtlich weiterverfolgt. Auch hier verblieben 222 trotz Ausbleibens einer Unterwerfungserklärung nicht verfolgte Fälle, was rund 19 % entspreche.

15 Hierbei hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz zugrunde gelegt, das es als unstreitig angesehen und deshalb nicht als verspätet zurückgewiesen hat. Selbst wenn - wie die Revision meint - die Berücksichtigung dieses Tatsachenvortrags fehlerhaft sein sollte, könnte dies mit der Revision nicht mit Erfolg gerügt werden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 22. Januar 2004 - V ZR 187/03, NJW 2004, 1458 [juris Rn. 11]; Urteil vom 27. Februar 2019 - VIII ZR 255/17, NJW-RR 2019, 719 [juris Rn. 16], jeweils mwN). Von den entsprechenden Feststellungen des Berufungsgerichts ist daher in der Revisionsinstanz auszugehen.

16 Anzumerken ist allerdings, dass sich die vom Berufungsgericht errechneten prozentualen Anteile der gerichtlich nicht weiterverfolgten Fälle offenbar jeweils auf die Gesamtzahl der vom Kläger im betroffenen Jahr ausgesprochenen Abmahnungen beziehen. Setzte man die Anzahl der betriebenen gerichtlichen

Verfahren zu der Anzahl derjenigen Fälle in Bezug, in denen keine Unterwerfungserklärung abgegeben wurde, ergäbe sich hieraus jeweils ein deutlich höherer Prozentsatz. So wurde etwa im Jahr 2020 in 2.195 Fällen keine Unterwerfungserklärung abgegeben, davon wurden 528 Fälle gerichtlich weiterverfolgt; in rund 76 % der Fälle, in denen keine Unterwerfungserklärung abgegeben wurde, blieb bei Zugrundelegung dieser Berechnungsmethode eine gerichtliche Weiterverfolgung damit aus. Noch höhere Prozentsätze ergäben sich für die Jahre 2018 (rund 86 %) und 2019 (rund 85 %), während im Jahr 2017 rund 57 % der Fälle, in denen keine Unterwerfungserklärung abgegeben wurde, nicht gerichtlich weiterverfolgt wurden und im Jahr 2021 rund 37 % der Fälle.

- 17 b) Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die unstreitig große Zahl der Fälle, in denen der Kläger (nicht nur) im Jahr 2020 Abmahnungen ausgesprochen habe, ohne bei Ausbleiben einer Unterwerfung eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, lasse keinen anderen Schluss zu, als dass der Kläger seine Abmahntätigkeit in erster Linie dazu einsetze, Ansprüche auf Aufwendungsersatz und gegebenenfalls Vertragsstrafansprüche entstehen zu lassen. Dieser Bewertung liegt eine unvollständige und damit rechtsfehlerhafte Abwägung zugrunde (§ 286 ZPO).
- 18 c) Noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Umstand, dass der Kläger eine Vielzahl von Abmahnungen ausspricht, für sich genommen nicht auf ein im Vordergrund stehendes Gebührenerzielungsinteresse deutet. Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen geschieht in Wahrnehmung des Satzungszwecks des Klägers. Gibt es eine Vielzahl von Verstößen, setzt eine effektive Durchsetzung der Mitgliederinteressen eine damit korrespondierende Vielzahl von Abmahnungen und - soweit keine Unterlassungserklärungen abgegeben werden - gerichtlicher Verfahren voraus (vgl. BGH, GRUR 2019,

966 [juris Rn. 44] - Umwelthilfe; GRUR 2023, 585 [juris Rn. 45] - Mitgliederstruktur).

- 19 d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann das Abmahnverhalten des Klägers allerdings nicht bereits deshalb als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, weil er in vielen Fällen trotz ausgebliebener Unterwerfungen der Schuldner keine gerichtliche Klärung herbeigeführt hat. Ohne Hinzutreten weiterer Indizien kann ein rechtsmissbräuchliches Abmahnverhalten regelmäßig nicht allein deshalb angenommen werden, weil der Gläubiger die geltend gemachten Unterlassungsansprüche in einer Vielzahl von Fällen trotz ausgebliebener Unterwerfungserklärungen der Schuldner nicht gerichtlich weiterverfolgt hat (vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2022, 1403 [juris Rn. 46]; CR 2023, 757 [juris Rn. 97 f.]; vgl. auch OLG Köln, WRP 2023, 1385 [juris Rn. 36 und 57 f.]). Das Berufungsgericht hat zudem die vom Kläger aufgeführten Gründe für die unterbliebene gerichtliche Weiterverfolgung der ausgesprochenen Abmahnungen, die gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen können, rechtsfehlerhaft außer Acht gelassen.
- 20 aa) Nach dem vom Berufungsgericht wiedergegebenen und revisionsrechtlich als zutreffend zu unterstellenden Vorbringen des Klägers haben sich die nicht weiter verfolgten Abmahnungen auf unterschiedliche Weise erledigt, nämlich beispielsweise durch Geschäftsaufgabe, Tod des Inhabers, Wechsel des Inhabers, Unzustellbarkeit, dauerhafte Abschaltung von Webseiten, Wechsel des Warensortiments, Insolvenz, soziale Aspekte, nicht aufklärbare, aber nach Antwort auf die Abmahnung transparent werdende Umstände, zwischenzeitlich in anderen Verfahren geklärte Rechtsfragen und Anerkenntnisse ohne förmliche Unterwerfung bei kompletter Überarbeitung von Webseiten mit anwaltlicher Hilfe. Der Kläger hat sich auf den Standpunkt gestellt, durch diese "Erledigungen" sei die Wiederholungsgefahr entfallen.

21 bb) Das Vorbringen des Klägers ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht bereits deshalb unbehelflich, weil nach der Senatsrechtsprechung die tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr nach einem Wettbewerbsverstoß grundsätzlich nur dann entfällt, wenn der Schuldner eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt, ein rechtskräftiger Unterlassungstitel in der Hauptsache ergangen ist oder nach Erlass eines Verbotstitels im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eine Abschlusserklärung erfolgt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 30. April 2014 - I ZR 170/10, GRUR 2014, 1120 [juris Rn. 31] = WRP 2014, 1304 - Betriebskrankenkasse II; Urteil vom 4. Juli 2019 - I ZR 161/18, GRUR 2020, 299 [juris Rn. 19] = WRP 2020, 317 - IVD-Gütesiegel, jeweils mwN; zum Markenrecht vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2024 - I ZR 95/22, juris Rn. 38 - Peek & Cloppenburg V, mwN).

22 Zwar trifft es zu, dass nach dieser Rechtsprechung die vom Kläger angeführten Gründe für eine "Erledigung" der Abmahnungen die Wiederholungsgefahr für einen Wettbewerbsverstoß nicht entfallen lassen. Für die im Streitfall zu beantwortende Frage, ob die Abmahntätigkeit des Klägers als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, kommt es nach den dargelegten Grundsätzen, die auch das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend zugrunde gelegt hat, auf die in der Senatsrechtsprechung aufgestellten Maßstäbe zum Wegfall der Wiederholungsgefahr aber nicht an. Ebenso wenig ist es maßgeblich, ob der Gläubiger - fälschlich - von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr ausging. Entscheidend ist vielmehr, ob unter Berücksichtigung der gesamten Umstände der Schluss gerechtfertigt erscheint, dass sich der Gläubiger bei der Rechtsverfolgung überwiegend von sachfremden Zielen hat leiten lassen (vgl. nur BGH, GRUR 2023, 585 [juris Rn. 40] - Mitgliederstruktur, mwN sowie oben unter Rn. 9). Indem das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, auf die vom Kläger aufgeführten Gründe für die unterbliebene gerichtliche Weiterverfolgung der ausgesprochenen Abmahnungen komme es nicht an, hat es gewichtige Aspekte außer Acht gelassen,

die gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen können, und die gebotene Gesamt abwägung nicht durchgeführt.

23 (1) Das Berufungsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, eine Rechtfertigung für die unterbliebene Weiterverfolgung in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen (nach dem vom Berufungsgericht wiedergegebenen Klagevorbringen sind dies 25 % der nicht weiter verfolgten Abmahnungen) könne nicht darin gesehen werden, dass der Kläger einige "Musterverfahren" habe auswählen wollen, um diese einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen; dieses Anliegen allein rechtfertige es nicht, zuvor in großer Zahl Abmahnungen in der Hoffnung auszusprechen, der Abgemahnte werde sich bereits vor einer höchstrichterlichen Klärung strafbewehrt unterwerfen. Dieser Bewertung kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Die Auswahl und das Betreiben geeigneter "Musterverfahren" sowie das Abwarten von deren Ausgang können durchaus sachgerecht sein. Für die Frage, ob in dem Ausspruch einer erheblichen Anzahl weiterer Abmahnungen in vergleichbaren Fällen ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch gesehen werden kann, kommt es entscheidend darauf an, ob auch diese Fälle nach einer zugunsten des Abmahnenden ausgegangenen Klärung der Rechtslage bei Ausbleiben einer Unterwerfung gerichtlich weiterverfolgt werden oder nicht.

24 (2) Das Berufungsgericht hat außerdem gemeint, der Einwand des Klägers, eine Rechtsverfolgung gegenüber im Ausland ansässigen Schuldern sei faktisch kaum möglich oder mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, überzeuge nicht, da außer der erhofften Einnahmeerzielung kein Grund erkennbar sei, warum der Kläger gegenüber im Ausland ansässigen Schuldern gleichwohl Abmahnungen ausspreche. Auch dies begegnet Bedenken. Sollte die gerichtliche Weiterverfolgung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche gegenüber im Ausland ansässigen Schuldern tatsächlich erschwert oder gar faktisch

kaum möglich sein, folgt allein daraus noch keine Rechtsmissbräuchlichkeit den- noch ausgesprochener gerechtfertigter Abmahnungen, da durchaus denkbar ist, dass die Schuldner das beanstandete Verhalten allein aufgrund der Abmahnun- gen einstellen.

25 (3) Mit den sonstigen vom Kläger angeführten Gründen für die unterblie- bene Weiterverfolgung seiner Ansprüche hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Es hat weder Feststellungen dazu getroffen, wie häufig die beschriebenen Umstände jeweils auftreten, noch hat es geprüft, ob einzelne der angeführten Gründe oder die Umstände in ihrer Gesamtschau gegen das Über- wiegen sachfremder Ziele bei der Rechtsverfolgung sprechen könnten. Diese un- terbliebene Gesamtabwägung ist auch nicht etwa deshalb unerheblich, weil es auf die weiteren vom Kläger vorgetragene und vom Berufungsgericht nicht in die Abwägung eingestellten Fallumstände unter keinem denkbaren Gesichts- punkt ankommen kann.

26 (a) So kann etwa der vom Kläger vorgetragene Umstand, dass er gele- gentlich aus sozialen Gründen auf die Weiterverfolgung seiner Ansprüche ver- zichtet, gegen die Annahme des Berufungsgerichts sprechen, das vordringliche Ziel des Klägers sei das Auslösen von Zahlungsansprüchen (vgl. OLG Branden- burg, CR 2023, 757 [juris Rn. 97]).

27 (b) Auch kann es durchaus sachgerecht erscheinen, dass der Kläger in Fällen, in denen eine weitere Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint (wie etwa bei Unzustellbarkeit von Schriftstücken oder der Insolvenz des bisherigen Ge- schäftsführers), nach dem Ausspruch einer Abmahnung zur Vermeidung zusätz- licher Kosten davon absieht, weitere rechtliche Schritte vorzunehmen (vgl. OLG Brandenburg, CR 2023, 757 [juris Rn. 97]). Wie dargelegt kommt es hierbei maßgeblich darauf an, ob solche Überlegungen und Verhaltensweisen

als dem Vereinszweck der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dienlich und diesem untergeordnet angesehen werden können oder ob die Vermeidung von Kostenrisiken so bestimmend in den Vordergrund tritt, dass der angebliche Vereinszweck als vorgeschobenes Mittel zur Verwirklichung der Einnahmeerzielung angesehen werden muss (vgl. BGH, GRUR 1990, 282 [juris Rn. 39] - Wettbewerbsverein IV; GRUR 2019, 966 [juris Rn. 35] - Umwelthilfe; OLG Brandenburg, CR 2023, 757 [juris Rn. 97] sowie oben unter Rn. 11). Auch hiermit hat sich das Berufungsgericht bislang nicht auseinandergesetzt.

28 (c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger mit seiner Berufung außerdem geltend gemacht, in 18 Ordnungsmittelverfahren seien insgesamt 27.900 € Ordnungsgeld zugunsten der Staatskasse verhängt worden. Stellt ein Verband in erheblichem Umfang Ordnungsgeldanträge zu Gunsten der Staatskasse kann dies - wie die Revision zu Recht betont - indiziell gegen eine vorwiegend zur Erzielung von Einnahmen und Vertragsstrafen dienende Geltendmachung der Abmahnbefugnis sprechen (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, BT-Drucks. 19/12084, S. 28), zumal der Gläubiger mit der Beantragung eines Ordnungsgelds auch ein Kostenrisiko eingeht. Ob im Streitfall allerdings von einem erheblichen Umfang von Ordnungsgeldanträgen ausgegangen werden kann, die zugunsten der Staatskasse gestellt wurden, wird das Berufungsgericht zu gewichten haben.

29 (d) Soweit die Revision meint, das Berufungsgericht hätte außerdem berücksichtigen müssen, dass im Jahr 2020 bedingt durch die COVID-19-Pandemie schwierige Verhältnisse vorgelegen hätten und es organisatorisch nicht möglich gewesen sei, alle Vorgänge einer gerichtlichen Klärung zuzuführen, zeigt sie keinen entsprechenden Vortrag des Klägers aus den Vorinstanzen auf, den das Be-

rufungsgericht übergangen haben könnte. Hinzu kommt, dass der Anteil gerichtlich verfolgter Fälle nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Jahr 2020 nicht - was unter Zugrundelegung der Argumentation der Revision zu erwarten gewesen wäre - geringer ausgefallen ist als in den Vorjahren, sondern vielmehr deutlich darüber lag.

30 cc) Die Bewertung des Berufungsgerichts kann darüber hinaus auch deshalb keinen Bestand haben, weil es sich nicht damit auseinandergesetzt hat, dass nach der Senatsrechtsprechung ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen unter anderem dann angenommen werden kann, wenn bei wettbewerbsrechtlich zweifelhafter Beurteilung eine ins Gewicht fallende Zahl von Abmahnungen ausgesprochen wird, ohne bei ausbleibender Unterwerfung eine gerichtliche Klärung herbeizuführen (vgl. BGH, GRUR 1999, 1116 [juris Rn. 33] - Wir dürfen nicht feiern; GRUR 2019, 966 [juris Rn. 34] - Umwelthilfe; vgl. auch oben unter Rn. 10). Das Berufungsgericht hat diesen Maßstab zwar wiedergegeben, aber keine Feststellungen dazu getroffen, ob eine ins Gewicht fallende Zahl von Fällen, in denen der Kläger Abmahnungen ausgesprochen hat, wettbewerbsrechtlich nicht eindeutig zu beurteilen waren.

31 Zwar kann bereits der Umstand, dass eine große Zahl von Abmahnungen ausgesprochen wird, ohne bei Ausbleiben einer Unterwerfung den Unterlassungsanspruch gerichtlich weiterzuverfolgen, ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen darstellen (vgl. oben Rn. 10). Ist eine ins Gewicht fallende Zahl von Abmahnungen aber zudem bei wettbewerbsrechtlich zweifelhafter Beurteilung ausgesprochen worden, kann in dem Umstand, dass bei ausbleibender Unterwerfung keine gerichtliche Klärung der zweifelhaften Rechtslage herbeigeführt worden ist, ein weiteres Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu sehen sein.

32 II. In die unter Berücksichtigung der voranstehenden Maßgaben erneut vorzunehmende umfassende Gesamtabwägung sind gegebenenfalls auch die weiteren Umstände des Streitfalls einzubeziehen, die für eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung sprechen können und mit denen sich das Berufungsgesicht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - bislang nicht auseinandergesetzt hat.

33 1. So kann entsprechend der in § 8c Abs. 1 Nr. 5 UWG nF zum Ausdruck kommenden Wertung ein Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Abmahnverhalten - gegebenenfalls in der Zusammenschau mit weiteren Umständen - auch darin gesehen werden, dass die vom Gläubiger vorgefertigte Unterlassungsverpflichtungserklärung so weit gefasst ist, dass darunter auch andere als die abgemahnten Verstöße fallen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - I ZR 174/10, GRUR 2012, 730 [juris Rn. 25 bis 29] = WRP 2012, 930 - Bauheizgerät [zu § 8 Abs. 4 UWG aF]; OLG Brandenburg, CR 2023, 757 [juris Rn. 91 f.]). Dies setzt allerdings, wie die in § 8c Abs. 1 Nr. 5 UWG nF enthaltene Einschränkung verdeutlicht, in aller Regel voraus, dass die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht, dem Abmahnenden also nicht lediglich ein Flüchtigkeitsfehler unterlaufen ist oder die Forderung sich aus seiner ex ante Sicht noch im üblichen Rahmen hielt (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Abmahnmissbrauchs, BT-Drucks. 19/22238, S. 17; Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 8c Rn. 21; MünchKomm.UWG/Fritzsche aaO § 8c Rn. 43; Russlies, Die Abmahnung im gewerblichen Rechtsschutz, 1. Aufl., § 8 Rn. 556).

34 Von einem solchen, den Rechtsmissbrauch begründenden offensichtlichen Überhang der Unterlassungsverpflichtungserklärung ist das Landgericht für den Streitfall ausgegangen und hat betont, Anlass für die Abmahnung des Beklagten sei unter anderem dessen pauschale Werbung mit der Aussage "Garantie" gewesen, ohne dass Angaben zu deren Inhalt und Umfang gemacht worden wären; die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtungserklärung habe sich jedoch weitergehend auch auf den Fall bezogen, dass nicht auf eine beim Kauf der Ware vom Hersteller angebotene Garantie hingewiesen werde.

35 2. Ein weiterer Anhaltspunkt für ein missbräuchliches Abmahnverhalten kann darin zu sehen sein, dass der Kläger Nichtmitglieder systematisch anders behandelt als Mitglieder (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 - I ZR 21/19, GRUR 2020, 294 [juris Rn. 58] = WRP 2020, 459 - Culatello di Parma, mwN).

36 Hiervon ist das Landgericht für den Streitfall ausgegangen, da Mitglieder des Klägers bei Wettbewerbsverstößen zunächst nur ein Anschreiben erhielten, während Nichtmitglieder unmittelbar abgemahnt würden.

37 3. Das Landgericht hat außerdem darauf abgestellt, dass die Abmahnung in Zusammenschau mit der vorformulierten Unterlassungsverpflichtungserklärung den Eindruck erwecke, Unterwerfungserklärung und Anerkenntnis der Kostenerstattungspflicht gehörten zusammen und ein gerichtliches Verfahren könne nur durch die Unterzeichnung der beigefügten Unterlassungserklärung vermieden werden (vgl. dazu auch OLG Hamburg, WRP 2020, 499 [juris Rn. 48 bis 53]).

38 III. Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Koch

Schwonke

Pohl

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 25.02.2022 - 45 O 23/21 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 30.05.2023 - I-4 U 78/22 -

Verkündet am:

7. März 2024

Hemminger Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle