



## **BUNDESGERICHTSHOF**

### **Urteil**

Aktenzeichen: I ZR 300/02

Entscheidung vom 17. November 2005

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 13. November 2002 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 07 für Handelssachen, vom 19. Februar 2002 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand:**

Die Beklagten, drei Gesellschaften des M. Markt/S. -Konzerns, betreiben in H. Fachmärkte für elektrische und elektronische Geräte.

In mehreren in H. erscheinenden Zeitungen warben die Beklagten am 9. August 2001 für Geräte der Unterhaltungselektronik wie nachstehend wiedergegeben:



Die Anzeigen enthielten unter der Schlagzeile "MEGA SALE" den Hinweis "Schnäppchen, Auslaufmodelle, Restposten und Einzelstücke zu Wahnsinnspreisen. Alle Bilder sind nur Symbolabbildungen für den jeweiligen Produktbereich" sowie die Angaben "Toll", "SUPER BILLIG", "Billiger als Rabatt", "HOT", "Special Offer", "BIG" und "HAU WEG".

Der klagende Verein zur Förderung gewerblicher Belange hat in dem Verhalten der Beklagten nach § 7 UWG a.F. unzulässige Sonderveranstaltungen gesehen. Nachdem er die Beklagten zunächst erfolglos abgemahnt hatte, hat er sie in getrennten Verfahren auf Erlass einstweiliger Verfügungen auf Unterlassung der Werbung und Durchführung der Veranstaltungen in Anspruch genommen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

1. wie aus der vorstehend wiedergegebenen Anzeige ersichtlich, in Zeitungsanzeigen oder sonstigen Mitteilungen, die sich an einen größeren Personenkreis richten, mit dem blickfangartig hervorgehobenen Hinweis "MEGA-SALE" zu werben;
2. entsprechend der vorstehenden Ankündigung zu verfahren, mithin einen "MEGA-SALE" durchzuführen.

Die Beklagten haben geltend gemacht, das Vorgehen des Klägers in jeweils getrennten Verfügungsverfahren sei rechtsmissbräuchlich.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagten antragsgemäß verurteilt (OLG Hamburg MD 2003, 157).

Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision begehren die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Im Hinblick auf die Aufhebung des § 7 UWG a.F. durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 hat der Kläger beantragt festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat, und mit dieser Maßgabe die Revision zurückzuweisen.

## **Entscheidungsgründe:**

I. Das Berufungsgericht hat das Unterlassungsbegehren nach § 7 UWG a.F. für begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

Das Vorgehen des Klägers gegen die Beklagten sei nicht rechtsmissbräuchlich i.S. von § 13 Abs. 5 UWG a.F. Die Abmahnung der Beklagten in getrennten Abmahnschreiben sei nicht zu beanstanden. Zwischen den Parteien sei unstrittig, dass die Gesellschaften der M. Markt/S. -Gruppe grundsätzlich keine Unterwerfungserklärungen abgaben. Die anwaltlichen Abmahnungen enthielten dementsprechend auch keine Aufforderung, Abmahnkosten zu erstatten. Die Abmahnungen hätten nur den Zweck gehabt, den Kläger vor den nachteiligen Folgen eines sofortigen Anerkenntnisses zu bewahren.

Das Vorgehen des Klägers in drei getrennten Verfügungsverfahren führe nicht zur Unzulässigkeit der Anspruchsverfolgung nach § 13 Abs. 5 UWG a.F. Sachfremde Motive seien für die gesonderte Inanspruchnahme der Beklagten nicht erkennbar. Es sei nicht ersichtlich, dass der Kläger, der zur Erleichterung der Aktenbearbeitung von einem einheitlichen Vorgehen gegen die Beklagten im Verfügungsverfahren abgesehen habe, etwa die Absicht verfolgt habe, die Beklagten unnötig mit Kosten und Gebühren zu belasten und im Wettbewerb zu behindern. Es sei fern liegend, dass die höheren Kosten der getrennten Inanspruchnahme in den Verfügungsverfahren geeignet seien, den Konzernverbund der M. - und S. -Märkte im Wettbewerb zu behindern. Es sei auch nicht stets rechtsmissbräuchlich, wenn die Möglichkeit einer streitgenössischen Inanspruchnahme bei einer zentralen Koordinierung nicht genutzt werde.

Der Unterlassungsanspruch folge aus § 7 UWG a.F. Die Beklagten hätten mit der blickfangartig hervorgehobenen Bezeichnung "MEGA SALE" im Kontext der Werbung eine unzulässige Sonderveranstaltung angekündigt. Die Anpreisungen vermittelten dem Publikum in der Massierung den Eindruck, es werde eine einmalige, vorübergehend überaus günstige Gelegenheit zum Einkauf angeboten, die so bald nicht wiederkehre. Es habe sich auch nicht um eine zulässige Bewerbung von Sonderangeboten nach § 7 Abs. 2 UWG a.F. gehandelt, weil nicht einzelne nach Güte und Preis gekennzeichnete Waren angeboten worden seien. Dies folge aus dem Hinweis, es handele sich bei allen Bildern nur um symbolische Abbildungen.

II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der gegen das landgerichtliche Urteil gerichteten Berufung.

1. Die Klage ist unzulässig. Sie ist deshalb auch nach der im Streitfall noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigenden einseitigen Erledigungserklärung des Klägers abzuweisen. Nach § 13 Abs. 5 UWG a.F. (vgl. auch § 8 Abs. 4 UWG) kann ein Unterlassungsanspruch nicht gerichtlich durchgesetzt werden, wenn die Geltendmachung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, das Vorgehen des Klägers gegen die Beklagten in drei getrennten Verfügungsverfahren führe nicht zur Unzulässigkeit der Anspruchsverfolgung. Dem kann nicht zugestimmt werden. Von einem Missbrauch i.S. von § 13 Abs. 5 UWG a.F. (§ 8 Abs. 4 UWG) ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind (vgl. BGHZ 144, 165, 170 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung). Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (BGH, Urt. v. 6.4.2000 - I ZR 114/98, WRP 2000, 1266, 1267 - Neu in Bielefeld II, wtrp 02/06). Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten können sich u.a. daraus ergeben, dass ein Gläubiger bei einem einheitlichen Wettbewerbsverstoß gegen mehrere verantwortliche Unterlassungsschuldner getrennte Verfahren anstrengt und dadurch die Kostenlast erheblich erhöht, obwohl eine streitgenössische Inanspruchnahme auf der Passivseite mit keinerlei Nachteilen verbunden wäre (vgl. BGHZ 144, 165, 171 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 215/98, GRUR 2002, 715, 716 = WRP 2002, 977 - Scanner-Werbung).

b) Im Streitfall sind ausreichende Anhaltspunkte vorhanden, die eine missbräuchliche Rechtsverfolgung durch

den Kläger nahe legen. Dieser hat die Beklagten in getrennten Verfügungsverfahren auf Unterlassung in Anspruch genommen, ohne dass hierfür berechtigte Gründe ersichtlich sind. Zu beurteilen war ein einheitlicher Wettbewerbsverstoß aufgrund einer Gemeinschaftswerbung der Beklagten, für den dieselben wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe anzuwenden und identische Feststellungen zu treffen waren. Dies gilt nicht nur für die angegriffene Gemeinschaftswerbung, sondern auch insoweit, als das Verbot der Durchführung des "MEGA SALE" in Rede stand. Für sämtliche Beklagten war im Verfügungsverfahren ein einheitlicher Gerichtsstand beim Landgericht Hamburg gegeben. Durch ein einheitliches Vorgehen im Verfügungsverfahren gegen sämtliche Beklagten wären nur einmal Prozess- und Rechtsanwaltskosten nach einem Streitwert von 180.000 DM statt dreimal nach einem Streitwert von 60.000 DM und damit wesentlich geringere Prozess- und Rechtsanwaltskosten entstanden.

Im Ergebnis ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang geltend, dass geringere Rechtsanwaltskosten nur bei einer einheitlichen Vertretung sämtlicher Beklagten durch dieselben Rechtsanwälte angefallen wären und das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, dass für die Beklagten vorprozessual ein gemeinsamer Rechtsanwalt aufgetreten sei. Bereits vor Einleitung der getrennten Verfügungsverfahren hatten sich für sämtliche Beklagten gemeinsame Rechtsanwälte bestellt. Dies folgt aus dem Schreiben der Rechtsanwälte B. und Q. vom 9. August 2001, das dem Kläger, wie seiner Berufungsbegründung im Zusammenhang zu entnehmen ist, bereits vor Einleitung der Verfügungsverfahren vorlag.

Anders als das Berufungsgericht meint, stehen der Annahme eines Missbrauchs i.S. von § 13 Abs. 5 UWG a.F. (§ 8 Abs. 4 UWG) weder eine maßvolle Streitwertpolitik des Klägers noch der Umstand entgegen, dass die höhere Kostenbelastung durch drei getrennte Verfahren nicht geeignet ist, einen Konzernverbund von der Größe der M. - und S. -Märkte im Wettbewerb zu behindern. Dass sich eine konkrete Behinderung der Beklagten im Wettbewerb durch die Kostenbelastung bei der Größe des Konzerns, dem die Beklagten angehören, nicht feststellen lässt, schließt eine missbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch den Gläubiger nicht aus. Ansonsten würden allein die Größe und finanzielle Leistungsfähigkeit des Schuldners den Gläubiger von jedem Missbrauchsvorwurf entlasten.

Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung weiter geltend, bei sukzessiver Mehrfachverfolgung beschränke sich der Missbrauchseinwand auf die später eingeleiteten Verfahren. Zwar kann es bei einer Mehrfachverfolgung eines Wettbewerbsverstoßes durch zeitversetzte Verfahren an einer missbräuchlichen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs bei dem ersten Verfahren fehlen und nur nachfolgende Parallelprozesse vom Missbrauchseinwand betroffen sein (vgl. BGHZ 144, 165, 181 - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 15/98, GRUR 2002, 713, 714 = WRP 2002, 980 - Zeitlich versetzte Mehrfachverfolgung). Die verschiedenen Verfügungsverfahren hat der Kläger aber nicht zeitlich versetzt eingeleitet. Nach den Abmahnungen vom 9. August 2001 hat der Kläger die einstweiligen Verfügungen gegen die Beklagten, die am 10. August 2001 erlassen worden sind, zeitgleich beantragt.

c) Haben die Beklagten danach in ausreichendem Umfang Indizien vorgetragen, die für eine missbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sprechen, obliegt es dem Kläger, diese Umstände zu widerlegen (BGH, Urt. v. 6.4.2000 - I ZR 294/97, GRUR 2001, 178 = WRP 2000, 1397 - Impfstoffversand an Ärzte; Ahrens/Jestaedt, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl., Kap. 20 Rdn. 5). Dies ist im Streitfall nicht geschehen. Die vom Kläger in den Vordergrund gestellte einfachere und - nach seiner Darstellung - weniger fehlerträchtige Verfolgung der Unterlassungsansprüche in getrennten Verfügungsverfahren gegen jeweils nur eine Verfügungsbeklagte ergibt keinen vernünftigen Grund für die Verfahrensaufteilungen. Die Aktenbearbeitung und Abwicklung eines Verfahrens, in dem die drei Beklagten zusammen in Anspruch genommen werden, begründet keine erhöhten Anforderungen, die eine getrennte Rechtsverfolgung als sachgemäß erscheinen lassen könnten. Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung weiter geltend, die Beklagten seien nicht gehindert gewesen, die Verbindung der Verfahren anzuregen. Ob das Landgericht einer entsprechenden Anregung der Beklagten nachgekommen wäre, steht nicht sicher fest. Die Verbindung der Verfügungsverfahren stand nach § 147 ZPO im Ermessen des Gerichts. Verbleibende Zweifel müssen zu Lasten des Klägers gehen, der es in der Hand hatte, von Anfang an ein einheitliches Verfügungsverfahren gegen die Beklagten einzuleiten. Zudem hätte die nachträgliche Verbindung gemäß § 147 ZPO nur eine Kostenreduzierung bewirkt, die bereits entstandenen Prozessgebühren nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO aber

unberührt gelassen.

Stellt sich die getrennte Rechtsverfolgung in drei Verfügungsverfahren als missbräuchlich i.S. von § 13 Abs. 5 UWG a.F. (§ 8 Abs. 4 UWG) dar, hat dies die Unzulässigkeit der Klage zur Folge (vgl. BGHZ 149, 371, 379 - Missbräuchliche Mehrfachabmahnung).

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 23

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 19.02.2002 - 407 O 156/01 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 13.11.2002 - 5 U 35/02 -