Ausfertigung

Landgericht Kempten (Allgäu)

Az.: 23 O 1660/16

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Verfügungskläger -

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwältin

gegen

- Verfügungsbeklagte -

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Sieling**, Klingenderstraße 5, 33100 Paderborn, Gz.: 16/737

wegen einstweiliger Verfügung

erlässt das Landgericht Kempten (Allgäu) - 2. Zivilkammer - durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht , den Richter am Landgericht und die Richterin am Landgericht auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 09.11.2016 folgendes

Endurteil

1.
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird als unzulässig zurückgewiesen.

2.
Dem Verfügungskläger werden die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens auferlegt.

3.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Verfügungskläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch den Verfügungsbeklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Verfügungsbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120

% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Parteien streiten über wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit der Versendung alterskennzeichnungspflichtiger Trägermedien.

Der Verfügungskläger vertreibt unter der Website
im Internet u.a. Computer-, Videospiele und DVDs, u.a. auch indizierte Artikel. Interessenten, die in den geschlossenen Bereich der Website gelangen möchten, sehen sich der Anforderung einer notariell beurkundeten Kopie des Personalausweises sowie des Gewerbescheins und eines Verrechnungsschecks über 9,90 EUR zzgl. gesetzlicher Steuer gegenüber gestellt.

Die Verfügungsbeklagte bot auf der Internetplattform roteerdbeere.com unter dem Verkäufernamen „ ' die (Film-)DVD „Eaten Alive - Im Blutrausch" an. Die DVD verfügt über keine FSK-Freigabe.

Der Verfügungskläger erwarb am 18.9.2016 diesen Film. Dieser wurde dem Verfügungskläger am 23.09.2016 durch den Zustelldienst Hermes mittels einfachem Brief übersandt. Nach dem Versand fand keine Altersverifikation statt.

Der Verfügungskläger behauptet,
dass er gewerblich tätig sei und somit anspruchsberechtigter Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG sei.
Er macht geltend, dass die Verfügungsbeklagte sich wettbewerbswidrig verhalte. Ein Film wie der streitgegenständliche dürfe nicht im Rahmen des Versandhandels angeboten werden, ohne dass durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt sei, dass der Empfänger kein Kind oder Jugendlicher sei. Diesbezüglich habe die Verfügungsbeklagte daher gegen § 12 Abs. 3 JSchG verstoßen. Dies stelle unlauteren Wettbewerb im Sinne der §§ 3, 4 Nr.11 UWG dar, da das Verbot des Versandhandels mit entsprechenden Trägermedien die Tätigkeit gleichartiger Unternehmen beim Absatz der Ware und damit das Marktverhalten im Interesse der Minderjährigen regle. Dem Verfügungskläger stehe damit ein Unterlassungsanspruch zu. Eine Wiederholungsgefahr liege vor, da diese durch die bereits begangene Rechtsverletzung indiziert sei. Für den Verfügungskläger streite darüber hinaus die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG.

Der Verfügungskläger beantragt:

Der Verfügungsbeklagten wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist, wegen jeder Zuwiderhandlung untersagt, im geschäftlichen Verkehr im Internet alterskennzeichnungspflichtige Trägermedien, die nicht oder mit der Alterskennzeichnung „keine Jugendfreigabe" (FSK 18) versehen sind, im Wege des Versandhandels anzubieten und zu überlassen, ohne dass durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass ein Versand an Kinder und Jugendliche nicht erfolgt.

Die Verfügungsbeklagte beantragt:

Zurückweisung des Antrags

Die gewerbliche Tätigkeit des Verfügungsklägers sei zu bestreiten. Die Domain des Klägers solle lediglich den Eindruck eines Handels erwecken. Der Zugriff auf diese sei derart kompliziert, dass ein Geschäftsmodell nicht darauf ausgelegt sein könne.
Das Vorgehen des Verfügungsklägers sei evident rechtsmissbräuchlich. Im Übrigen liege Dringlichkeit nicht vor.

Für das Vorbringen der Parteien im Übrigen wird auf deren Schriftsätze Bezug genommen.

Das Gericht hat den Verfügungskläger im Hauptverhandlungstermin vom 09.11.2016 angehört. Auf das Hauptverhandlungsprotokoll wird verwiesen.

Entscheidungsgründe

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war wegen fehlender Prozessführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen.

I.

Das Landgericht Kempten ist örtlich und sachlich gem. §§ 937 Abs. 1, 943 Abs. 1, 32 ZPO, 14 UWG, 71, 23 GVG zuständig.

II.

Das Gericht ist vorliegend der Ansicht, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG vorliegen. In einem solchen Fall ist die Klage wegen fehlender Prozessführungsbefugnis abzuweisen (siehe Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Auflage 2016, zu § 8 Rd.Nr. 155).

§ 8 Abs. 4 Satz 1 setzt voraus, dass unter Berücksichtigung der gesamten Umstände die Geltendmachung von Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüchen missbräuchlich ist.
Dies insbesondere dann, wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Missbräuchlich handelt, wer sich bei der Geltendmachung von Abwehransprüchen von sachfremden Absichten leiten lässt, die als beherrschendes Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen. Das Hinzutreten sachlicher Gründe schließt die Annahme einer missbräuchlichen Geltendmachung nicht aus, wenn die sachfremden Gründe überwiegen. Ob die Anspruchsverfolgung vorwiegend von sachfremden Überlegungen bestimmt ist, muss im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände beurteilt werden.
Die Abmahnpraxis von Mitbewerbern kann auch bei umfangreichen Tätigkeiten für sich allein einen Missbrauch noch nicht hinreichend belegen. Dazu müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung des Anspruchs dartun (Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Auflage zu § 8 Rd.Nr. 158). Ein Anhaltspunkt für die Rechtsmissbräuchlichkeit liegt vor, wenn die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zu der gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht. Für eine missbräuchliche Geltendmachung spricht ferner die Beschränkung der Verfolgung von Ansprüchen auf einfach gelagerte, risikolos verfolgbare Verstöße. Auch die Verwendung vorformulierter Unterlassungserklärungen mit verschuldensunabhängigen Vertragsstrafversprechen kann ein Anhaltspunkt hierfür sein (a.a.O. Rd.-Nr. 159).

Das Gericht kommt vorliegend unter Gesamtschau sämtlicher Umstände, insbesondere auch unter Berücksichtigung der soeben aufgeführten Indizien, zu dem Schluss, dass Rechtsmissbrauch vorliegt:

Zunächst ist die Anzahl der allein beim hiesigen Gericht anhängigen Verfahren bereits ein Indiz. Am 07.11.2016 waren bereits 16 Verfahren des Verfügungsklägers auf Erlass einstweiliger Verfügungen eingereicht worden. Wie bereits ausgeführt, ist die Summe der Verfahren allein noch nicht ausschlaggebend. Ihr kommt im vorliegenden Fall allerdings eine Bedeutung zu, da der Verfügungskläger unstreitig erst im Juli 2016 sein Gewerbe angemeldet hat und somit auf diesen kurzen Zeitraum seiner gewerblichen Tätigkeit gesehen die Anzahl der eingeleiteten Verfahren äußerst ungewöhnlich ist.

Nach eigenen Auskünften in der mündlichen Verhandlung hat der Verfügungskläger derzeit unter 10 Käufer und bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nach eigenen Angaben lediglich Umsätze im unteren vierstelligen Bereich erzielt. Damit steht die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis mehr zu der gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden. Der Verfügungskläger gab in der mündlichen Verhandlung an, dass sein Sortiment 300 Artikel in Form von Filmen, DVDs, Büchern, Schallplatten CDs und Konsolen umfasse. Vor diesem Hintergrund ist die Geltendmachung von Ansprüchen betreffend teilweise indexierter und beschlagnahmter Waren auffallend. Dass sich ein Mitbewerber mit gerade neu errichtetem Gewerbe gerade im Bereich der rechtlich äußerst diffizil zu handhabenden Waren gezielt engagiert, lässt den Einwand der Verfügungsbeklagtenseite, dass es sich vorliegend um gezielte Testkäufe handelt, als nachvollziehbar scheinen.
Die Einlassung des Verfügungsklägers dahingehend, dass er bei der Bestellung noch nicht überprüfe, ob es sich um indexierte Ware handelt oder nicht, ist nicht einleuchtend. Gerade bei Filmen in diesem Themenbereich ist eine Indexierung nicht unwahrscheinlich. Eine Überprüfung der Indexlisten vor dem Kauf wäre folglich das naheliegende Vorgehen, welches vom Kläger aber gerade nicht durchgeführt wird.

Des Weiteren wurden hier vorliegend vorformulierte Unterlassungserklärungen in großen Mengen versandt, welche die Höhe der Vertragsstrafe in das völlige Belieben des Verfügungsklägers stellen. Der Kläger wandte in der mündlichen Verhandlung ein, dass ihm mehrfach von diversen Verfügungsbeklagte angeboten worden sei, dass die Anwaltskosten bezahlt würden, die Unterlassungserklärung aber nicht unterzeichnet würde. Er hätte auf die Zahlung der Anwaltskosten verzichtet, es wäre ihm nur um die Unterlassungerklärung gegangen. Dass ein Mitbewerber aber nicht einen „Blanko"-Scheck ausstellt, wobei er dem Verfügungskläger die Höhe der Vertragsstrafe nach dessen Belieben überlässt, ist naheliegend. Letzten Endes ist der Verfügungskläger auch auf die Zahlung der vorgerichtlichen Anwaltskosten nicht angewiesen, wenn er sich die Höhe der Vertragsstrafe selbst aussuchen kann. Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation des Verfügungsklägers, dass es ihm nur um die Unterlassungserklärung zum Zwecke des Jugendschutzes ginge, nicht überzeugend.

In die Gesamtbetrachtung muss auch noch mit einbezogen werden, dass die vorgelegten Anwaltsschriftsätze sich rein aus Textbausteinen zusammensetzen und somit eine Abmahnung in großem Umfang ermöglichen. So bezieht sich im vorliegenden Fall die Hauptargumentationsschiene auf Computerspiele, obwohl es sich streitgegenständlich um einen Film handelt. Außerdem scheint auf Verfügungsklägerseite mittlerweile der Überblick verloren gegangen zu sein, welche Anwälte in welchem Verfahren tätig sind. So wurde im hiesigen Verfahren vorgetragen, dass

eine Abmahnung durch Rechtsanwalt erfolgt sei. Tatsächlich ist die Abmahnung durch Rechtsanwalt erfolgt. Im Parallelverfahren 22 O 1659/16 wurden Schriftsätze durch Rechtsanwalt vorgelegt, obwohl er diesem Verfahren überhaupt nicht mandatiert ist.

III.

Der Einwand der Dringlichkeit war vorliegend nicht durchgreifend. Zwar ist der Verfügungsbeklagtenseite dahingehend recht zu geben, dass das Oberlandesgericht München offensichtlich in dieser Rechtsfrage, welche laut Kommentarliteratur äußerst umstritten ist, eine starre Regelfrist von 1 Monat ab Kenntnis des zu beanstandeten Verhaltens bis zur Antragstellung bei Gericht aufstellt (OLG München, Az. 6 U 4127/10).

Vorliegend lag diese Kenntnis mit Versendung an den Verfügungskläger am 23.09.2016 vor. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ging hier am 24.10.2016 per Fax ein. Da der 23.10. allerdings ein Sonntag war, ist gem. § 193 BGB das Fristende erst am 24.10.2016, an welchem auch das Fax bei Gericht einging.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 ZPO.

V.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 6 ZPO i.V.m. § 711 Satz 1 Nr. 2 ZPO.

gez.

Vorsitzender Richter
am Landgericht
(zugleich für den aus dienstlichen Gründen an der Unterschriftsleistung verhinderten Richter am Landgericht Eichinger)

Richterin
am Landgericht

Verkündet am 14.11.2016

gez.
, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

BAYERN LANDGERICHT

Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift

Kempten (Allgäu), 17.11.2016

...., JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle