
Datum: 13.11.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-15 U 65/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:1113.I15U65.14.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 38 O 133/13

Tenor:

I. Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 08.11.2013 (Az. 38 O 133/13) wird zurückgewiesen. Es wird festgestellt, dass der Tenor des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 08.11.2013 (Az. 38 O 133/13) insoweit wirkungslos ist, als er den Ausspruch unter Ziffer I. 2. der Beschlussverfügung des Landgerichts Düsseldorf vom 04.09.2013 (Az. 38 O 133/13) aufrecht erhält.

II. Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens trägt die Verfügungsklägerin zu einem Drittel und die Verfügungsbeklagte zu zwei Dritteln.

Gründe:

I.

Die Parteien sind Wettbewerber im Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen. Im Rahmen eines Arbeitskreises der Telekommunikationsnetzbetreiber und -hersteller (AKKN) wurde eine multilaterale Vereinbarung getroffen, die auch für die Parteien gilt. Die Vereinbarung betrifft unter anderem das Vorgehen, wenn Kunden mit ihrem Telefonanschluss von einem zum anderen Anbieter wechseln möchten. Sie besagt, dass in diesem Fall der Portierungsauftrag (zur Übertragung der Rufnummer) und die Kündigungsmittelung stets durch den neuen Teilnehmernetzbetreiber an den alten Teilnehmernetzbetreiber übermittelt werden und nicht durch den Kunden selbst. Die Kündigung und der Portierungsauftrag wird dann – regelmäßig über elektronische Schnittstellen – an den neuen Teilnehmernetzbetreiber

1

2

3

übertragen.

Die Verfügungsklägerin behauptet, der Kunde B, der einen Wechsel von der Verfügungsbeklagten zur Verfügungsklägerin beauftragt hatte, sei am 09.07.2013 von einer Kundenbetreuerin der Verfügungsbeklagten angerufen und danach gefragt worden, warum er wechseln wolle. Der Zeuge B habe daraufhin erklärt, er habe ein Portierungsauftragsformular ausgefüllt und unterschrieben und so die C beauftragt, den D-Vertrag zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen. Die Kundenbetreuerin habe daraufhin erklärt, dass D diese Kündigung nicht annehme. Sie habe weiterhin behauptet, der Kunde müsse selbst kündigen, die C dürfe das gar nicht. Mit bei Gericht am 03.09.2013 eingegangenem Schriftsatz hat die Verfügungsklägerin beantragt,

die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Verfügung, wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft – zu vollstrecken an ihren Geschäftsführern -, zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber Kunden, die ihr Anschlussvertragsverhältnis bei D kündigen und stattdessen einen Anschluss bei der C beziehen wollen, zu behaupten und/oder behaupten zu lassen,

1.dass die C die Kündigungserklärung, insbesondere im Rahmen eines ausgefüllten und unterzeichneten Portierungsauftragsformulars, nicht an D senden dürfe;

und/oder

2.

dass D eine von der C übersandte Kündigungserklärung, insbesondere im Rahmen eines ausgefüllten und unterschriebenen Portierungsauftragsformulars, nicht annehme.

Mit Beschluss vom 04.09.2013 hat das Landgericht Düsseldorf die beantragte einstweilige Verfügung auf Kosten der Verfügungsbeklagten erlassen, wobei es den Tenor gemäß § 938 ZPO dahingehend umformuliert hat, dass der Verfügungsbeklagten nach den in der Einleitung des Antrags genannten Maßgaben untersagt wurde,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber Kunden, die ihr Anschlussvertragsverhältnis durch die Verfügungsklägerin unter Einhaltung der Regeln des AKNN bei D kündigen und stattdessen einen Anschluss bei der C beziehen wollen, zu behaupten und/oder behaupten zu lassen,

1.wenn der Kunde kündigen wolle, müsse er es selbst machen, C dürfe das nicht;

und/oder

2.D nehme die Kündigung der C nicht an.

Bereits vor Erlass der vorgenannten einstweiligen Verfügung hatte das Landgericht Düsseldorf auf den Antrag der Verfügungsklägerin vom 22.07.2014 am 31.07.2013 gegen die Verfügungsbeklagte einen Beschluss erlassen (Az. 38 O 114/13 bzw. 15 U 63/14, im Folgenden: Parallelverfahren), nach dem dieser antragsgemäß untersagt worden war, gegenüber Kunden, die ihr Anschlussvertragsverhältnis bei D kündigen und stattdessen einen Anschluss bei der C beziehen wollen, zu behaupten und/oder behaupten zu lassen,

dass sie, wenn sie wechseln wollten, die Kündigung selbst schreiben müssten und dies nicht über Dritte, etwa die C, machen könnten, insbesondere, wenn dies mit der Begründung geschehe, dass die C keinen Vertrag mit D habe (im Folgenden: „Tenor zur Eigenkündigung“).

Den Antrag auf Erlass dieser einstweiligen Verfügung hatte die Verfügungsklägerin im Parallelverfahren damit begründet, der Kunde E habe, nachdem er sein Vertragsverhältnis mit der Verfügungsbeklagten gekündigt habe, einen Anruf des Kundenbetreuers F von der Verfügungsbeklagten erhalten. Darin sei ihm gesagt worden, dass er selbst die Kündigung schreiben müsse und er dies nicht über Dritte, etwa die C, machen könne. Diese habe nämlich keinen Vertrag mit D, sondern nur mit dem Kunden. Die Beschlussverfügung vom 31.07.2013 bezog sich auf diesen Sachverhalt. Gegenstand des Parallelverfahrens waren allerdings noch weitere Anträge. Im Hinblick auf diese entschied das Landgericht Düsseldorf im Parallelverfahren in seinem Beschluss vom 31.07.2013, dass darüber nicht ohne mündliche Verhandlung entschieden werden solle. Gegen die Beschlussverfügung vom 31.07.2013 legte die Verfügungsbeklagte im Parallelverfahren am 24.09.2013 Widerspruch ein. Im weiteren Verlauf des Parallelverfahrens trug die Verfügungsklägerin mit Schriftsatz vom 14.10.2013 vor, der „Tenor zur Eigenkündigung“ sei auch aufgrund eines weiteren Sachverhalts begründet: Eine Kundenbetreuerin habe dem Kunden B gesagt, er müsse die Kündigung selbst schreiben. Auf diesen Sachverhalt werde es allerdings letztlich nicht ankommen, soweit der Tenor schon aufgrund des Vorgangs „E“ bestätigt werde. Mit Urteil vom 08.11.2013 bestätigte das Landgericht Düsseldorf die Beschlussverfügung im Parallelverfahren, wobei es zur Begründung auf den Fall „E“ abstellte und dahinstehen ließ, ob auch der Fall B den Erlass der einstweiligen Verfügung rechtfertige. Gegen den „Tenor zur Eigenkündigung“ legte die Verfügungsbeklagte im Parallelverfahren keine Berufung ein. In der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren des Parallelverfahrens, die zeitlich vor der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Verfahren stattfand, hat die Verfügungsklägerin die noch im Berufungsverfahren befindlichen Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgenommen.

17

Gegen die vorliegend streitgegenständliche einstweilige Verfügung hat die Verfügungsbeklagte mit bei Gericht am 10.10.2013 eingegangenem Schriftsatz Widerspruch eingelegt.

18

Sie hat gemeint, dem Erlass der einstweiligen Verfügung stehe bereits entgegen, dass die streitgegenständliche Angelegenheit in dem Verfahren 38 O 114/13 anderweitig rechtshängig sei. Deshalb habe die Verfügungsklägerin den Fall „B“ auch in jenes Verfahren eingeführt und eine ergänzende Abmahnung ausgesprochen. Die Unterlassungsanträge und die vorgetragene Sachverhalte seien – jedenfalls im Kern – identisch. Der Verfügungsklägerin fehle angesichts der im Parallelverfahren bereits ergangenen Beschlussverfügung auch das Rechtsschutzbedürfnis, den vorliegenden Fall in einem getrennten Verfahren zu verfolgen.

19

Auch in der Sache sei die einstweilige Verfügung zu Unrecht erlassen worden. Es habe zwar am 24.07.2013 ein Telefongespräch zwischen Herrn B und der Kundenberaterin Frau F stattgefunden. Allerdings habe diese die behaupteten Äußerungen nicht getätigt.

20

Durch Urteil vom 08.11.2013 hat das Landgericht den Beschluss vom 04.09.2013 aufrecht erhalten. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Eine anderweitige Rechtshängigkeit stehe der Aufrechterhaltung des beschlossenen Verbots nicht entgegen, da beide Verfahren unterschiedliche und voneinander abgrenzbare Schwerpunkte hätten. Der Verfügungsanspruch ergebe sich aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 UWG. Die Verfügungsklägerin habe durch die eidesstattliche Versicherung des Zeugen B

21

hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Kunde – wie geltend gemacht – über die Modalitäten der Kündigung in die Irre geführt worden sei.

Mit Klageschrift vom 07.01.2014 hat die Verfügungsklägerin unter Berufung auf den Fall „E“ und den Fall „B“ Hauptsacheklage vor dem Landgericht Düsseldorf erhoben (Az. 38 O 5/14, im Folgenden: Hauptsacheverfahren). In jenem Verfahren hat sie unter anderem beantragt, die Verfügungsbeklagte zur Unterlassung der auf Seite 3 dieses Urteils unter 1. und 2. genannten dargestellten Handlungen zu verurteilen. Die mündliche Verhandlung, in der u.a. die Zeugen B und F vernommen wurden, fand im Hauptsacheverfahren am 26.09.2014 statt. Das Sitzungsprotokoll liegt dem Senat als Anlage BB 12 vor, auf dessen Inhalt verwiesen wird. 22

Die Verfügungsbeklagte wendet sich gegen das erstinstanzliche Urteil mit der Berufung, die sie im Wesentlichen folgendermaßen begründet: Die Verbote und Sachverhalte im vorliegenden Verfahren und im Parallelverfahren unterschieden sich nur in Nuancen, die keinen neuen Streitgegenstand begründeten. Es fehle der Verfügungsklägerin daher an einem Rechtsschutzbedürfnis für das beantragte Verbot. 23

Zudem handle die Verfügungsklägerin rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG, wenn sie nahezu identische Unterlassungsanträge stelle, die sich auf kerngleiche Verletzungshandlungen bezögen. Einen sachlichen Grund für die getrennte Geltendmachung gebe es nicht. Das prozessuale Vorgehen der Verfügungsklägerin lasse vielmehr den Schluss zu, dass es dieser vornehmlich darum gehe, die Verfügungsbeklagte mit möglichst hohen Prozesskosten zu überziehen. 24

In der Sache reiche die Glaubhaftmachung des behaupteten Verstoßes durch die eidesstattliche Versicherung des Kunden B angesichts der entgegen stehenden eidesstattlichen Versicherung der Kundenberaterin nicht aus. Es bestünden auch Zweifel an der Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung des Kunden B. Dieser gebe (sinngemäß) an, es sei eine „Frechheit“, dass die Verfügungsbeklagte seine Kündigung ohne seinen Auftrag rückgängig gemacht habe. Dies stehe im Widerspruch dazu, dass der Kunde B seine Kündigung im Telefonat vom 24.07.2013 selbst zurückgenommen habe, wie das Wortlautprotokoll gemäß Anlage BB 5 belege. Der Zeuge B habe bei seiner Aussage zudem Unsicherheiten gezeigt, wie sich aus dem Sitzungsprotokoll des Hauptsacheverfahrens ergebe. 25

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt, 26

das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 08.11.2013 (Az. 38 O 133/13) abzuändern und den Beschluss vom 04.09.2013 – einstweilige Verfügung – aufzuheben sowie den Antrag auf Erlass einer einstweilige Verfügung zurückzuweisen. 27

Die Verfügungsklägerin hat zunächst beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Verfügungsklägerin den Verfügungsantrag zu 2. zurückgenommen. 30

Die Verfügungsklägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Sie ergänzt: Zwischen den Verstößen im vorliegenden Verfahren und im Parallelverfahren bestehe keine Kernbereichsidentität. Dies 31

zeige bereits die Kontrollüberlegung, wonach dann, wenn die Behauptung aufgestellt werde, dass <i>die C</i> die Kündigungserklärung nicht an D senden dürfe, dies nicht in den Kern des Verbots im Parallelverfahren fallen würde. Hierfür bedürfe es eines eigenständigen Titels. Die Geltendmachung des vorliegend streitgegenständlichen Verstoßes in einem separaten Verfahren sei auch schon deshalb gerechtfertigt, weil es in den beiden Prozessen zu einer unterschiedlichen Beweissituation kommen könne.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten nebst Anlagen Bezug genommen.	32
II.	33
Nachdem die Verfügungsklägerin ihren Verfügungsantrag zu 2. zurückgenommen hat, ist nur noch über die gegen den Tenor zu I. 1. gerichtete Berufung zu entscheiden. Durch die teilweisen Antragsrücknahme der Verfügungsklägerin ist das landgerichtliche Urteil insoweit gemäß § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO wirkungslos, als es den Ausspruch unter Ziffer I. 2. der Beschlussverfügung vom 04.09.2013 aufrecht erhalten hat. Dies hat der Senat im Tenor zu I. (deklaratorisch) festgestellt. Die Berufung wurde form- und fristgerecht eingereicht, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die mit Beschluss vom 04.09.2013 erlassene einstweilige Verfügung in diesem Punkt zu Recht bestätigt.	34
A.	35
Der auf den Ausspruch zu I. 1. gerichtete Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.	36
I.	37
Der Zulässigkeit der Klage steht nicht schon der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO oder anderweitiger Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO entgegen. Beide Aspekte hat der Senat von Amts wegen zu untersuchen, auch wenn die Verfügungsbeklagte in ihrer Berufungsbegründung darauf nicht (mehr) abgestellt hat.	38
1.	39
Der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit scheidet schon deshalb aus, weil die Streitsache des Parallelverfahrens nicht mehr rechtshängig ist. Nachdem die Verfügungsbeklagte gegen den „Tenor zur Eigenkündigung“ des Parallelverfahrens keine Berufung eingelegt hat und das Verfahren durch die Antragsrücknahme der Verfügungsklägerin ihren Abschluss gefunden hat, ist dieser Teil des Tenors nicht mehr im Berufungsverfahren rechtshängig bzw. er kann es auch durch eine Anpassung der Berufungsanträge nicht mehr werden.	40
2.	41
Die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 08.11.2013 im Parallelverfahren steht der Zulässigkeit des vorliegenden Antrags zu I. 1. ebenfalls nicht entgegen. Denn das Urteil im Parallelverfahren bezog sich nicht auf denselben Streitgegenstand wie das vorliegende Verfahren.	42
Der Streitgegenstand bestimmt sich nach dem Antrag und dem zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt (BGH, GRUR 2013, 401, 402 – Biomineralwasser; BGH, GRUR 2007, 605, Rn. 25 – Umsatzzuwachs; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl.	43

Es kann vorliegend dahinstehen, ob ein unterschiedlicher Streitgegenstand schon deshalb gegeben ist, weil im vorliegenden und im Parallelverfahren unterschiedlich gefasste Anträge geltend gemacht werden, die sich – wie das Landgericht angenommen hat – nicht nur formal, sondern auch inhaltlich unterscheiden würden. Denn jedenfalls bilden die Sachverhalte „E“ und „B“ keinen einheitlichen Klagegrund. 44

Zu dem Lebenssachverhalt, der die Grundlage der Streitgegenstandsbestimmung bildet, zählen alle Tatsachen, die bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag der Klagepartei zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören (BGH, GRUR 2013, 401, 402 – Biomineralwasser). Das ist dann der Fall, wenn der Tatsachenstoff nicht sinnvoll auf verschiedene eigenständige, den Sachverhalt in seinem Kerngehalt verändernde Geschehensabläufe aufgeteilt werden kann, selbst wenn diese einer eigenständigen rechtlichen Bewertung zugänglich sind. Der Streitgegenstand wird damit durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren der Klagepartei bezieht, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht, und auch unabhängig davon, ob die Parteien die nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs kannten und hätten vortragen können (BGH, NJW 1993, 2684; BGH, GRUR 2013, 401, 402 - Biomineralwasser). Vielmehr gehören alle Tatsachen zu diesem Lebenssachverhalt, die bei einer natürlichen vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtung zu dem durch ihren Sachvortrag zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört hätten (BGH, NJW 1993, 2684). 45

Aus dieser wertenden Betrachtung folgt, dass mehrere gleichartige Verletzungshandlungen dann zu einem einheitlichen Streitgegenstand verschmelzen können, wenn sie prozessual mit einer einzigen Klage verfolgt werden und wenn auf sie ein Unterlassungsantrag mit einem bestimmten Klageziel gestützt wird (vgl. BGH, GRUR 2012, 630, 631 – Converse II). 46

Vorliegend handelt es sich aber bei den Fällen „E“ und „B“ um zeitlich und personell abgrenzbare Verletzungshandlungen, die bei der gebotenen natürlichen Betrachtungsweise zwei verschiedene Tatsachenkomplexe darstellen. Eine Verschmelzung beider Lebenssachverhalte zu einem einzigen Streitgegenstand ergibt sich auch nicht aus einer prozessualen Verknüpfung beider Vorgänge. Denn beide Lebenssachverhalte wurden nicht in einem einzigen Verfahren geltend gemacht. Zwar ist der Fall „B“ im Nachhinein, als im Parallelverfahren bereits die Beschlussverfügung vom 31.07.2013 ergangen war, in jenes Verfahren eingeführt worden. Allerdings stellt sich bereits die Frage, ob eine Zusammenfassung mehrerer Lebenssachverhalte zu einem einzigen Streitgegenstand auch dann in Betracht kommt, wenn ein weiterer Lebenssachverhalt erst nachträglich in ein Verfahren eingeführt wird (offen gelassen: BGH, GRUR 2012, 630, 631 – Converse II; ablehnend noch BGH, GRUR 2006, 421, 422 – Markenparfümverkäufe – freilich unter Zugrundelegung eines engen Streitgegenstandsbegriffs). Jedenfalls aber kommt eine Zusammenfassung beider Lebenssachverhalte zu einem einzigen Streitgegenstand vorliegend deshalb nicht in Betracht, weil die Verfügungsklägerin ihren Anspruch im Parallelverfahren nur hilfsweise auf den Sachverhalt „B“ gestützt hat. So führt sie in ihrem Schriftsatz vom 14.10.2013, mit dem sie den Fall „B“ in das Parallelverfahren einführt, aus, die Unterlassungsansprüche ergäben sich auch aus diesem Sachverhalt, wobei es darauf nicht mehr ankommen werde, soweit die einstweilige Verfügung bereits aufgrund des Vorgangs „E“ bestätigt werde. Wird aber ein Lebenssachverhalt lediglich nachrangig zur Entscheidung des Gerichts gestellt, wird damit ein selbstständig zu behandelnder Klagegrund 47

geschaffen (vgl. BGH, GRUR 2012, 630, 631 – Converse II). Über den selbstständigen Streitgegenstand „B“ hat das Landgericht Düsseldorf demnach auch durch sein Urteil vom 08.11.2013 nicht (rechtskräftig) entschieden. Da es dem Antrag bereits aufgrund der Begründung „E“ stattgegeben hatte, hatte es über den hilfsweise zur Entscheidung gestellten Sachverhalt nicht mehr zu entscheiden.

II. 48

Der Verfügungsklägerin fehlt für den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Zwar ist von dem Grundsatz auszugehen, dass einer Klage wegen einer Verletzungsform, die mit einer bereits verbotenen Verletzungsform kerngleich ist, das Rechtsschutzbedürfnis fehlt (Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 2.23g; BGH, GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich; OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2013, 09966). Diesem Grundsatz liegt der Gedanke zu Grunde, dass das durch eine Leistungsklage gegenüber dem Gericht geäußerte Verlangen, in die materiell-rechtliche Prüfung des Anspruchs einzutreten, dann nicht schutzwürdig ist, wenn die klagende Partei ihr Rechtsschutzziel ebenso sicher auf einfacherem, schnellerem und billigerem Weg in einem anderen Verfahren erreichen kann (BGH, NJW 1996, 3147, 3148; BAG, NZA 2009, 1300, 1301). Vorliegend stand der Verfügungsklägerin aber zur Verfolgung ihres Rechtsschutzziels kein einfacherer und gleich sicherer Weg offen. 49

1. 50

Ein solcher Weg hätte nicht darin gelegen, an Stelle der Einleitung eines erneuten Verfahrens unter Berufung auf einen bereits erstrittenen Titel ein Ordnungsmittelverfahren anzustrengen. Denn unabhängig davon, ob die den beiden Verfahren zu Grunde liegenden Handlungen im Kern identisch sind, stand der Verfügungsklägerin die Möglichkeit, wegen der beanstandeten Äußerung gegenüber dem Kunden B ein Ordnungsmittelverfahren in dem Parallelverfahren anzustrengen, nicht offen. In dem Parallelverfahren war am 31.07.2013 der Beschluss ergangen, wonach der Verfügungsbeklagten die auf der Grundlage des „Falles E“ beanstandete Äußerung untersagt wurde. Die im vorliegenden Verfahren streitgegenständliche Aussage gegenüber dem Zeugen B hatte jedoch schon vorher stattgefunden, nämlich am 24.07.13 (so die Zeugin F, Anlage AG 1) oder bereits eine Woche nach dem 09.07.2013 (so der Zeuge B, Anlage K 5), so dass diese Aussage nicht als Verstoß gegen die Untersagungsverfügung im Parallelverfahren hätte geahndet werden können. 51

2. 52

Es hätte auch keinen einfacheren und gleich sicheren Weg dargestellt, den vorliegenden Fall in das Parallelverfahren einzubringen. Denn dies hätte auf zwei verschiedene Arten erfolgen können, die jedoch jeweils für die Verfügungsklägerin nicht gleich sicher bzw. zumutbar waren. 53

a) 54

Auf der einen Seite hätte die Verfügungsklägerin unmittelbar nachdem sie die am 30.07.2013 abgegebene eidesstattliche Versicherung des Zeugen B erhalten hat, diesen Vorgang in das Parallelverfahren einbringen und den dort gestellten Antrag auch mit diesem Vorfall begründen können. Dieser Weg war der Verfügungsklägerin jedoch nicht zumutbar. Denn sie hatte ein berechtigtes Interesse daran, dass die von ihr mit Antragschrift vom 22.07.2013 im Parallelverfahren beantragte einstweilige Verfügung so schnell wie möglich erlassen wird, um baldmöglichst eine Handhabe gegen erneute Verstöße ähnlicher Art zu haben. Hätte die 55

Verfügungsklägerin ergänzenden Sachvortrag zum Fall „B“ am 30.07.2013 in das Parallelverfahren eingeführt (was darüber hinaus auf den unrealistischen Annahmen beruhen würde, dass der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsklägerin die eidesstattliche Versicherung vom 30.07.2013 an diesem Tag bereits erhalten hatte und Gelegenheit hatte, sich damit näher zu befassen), so hätte sie befürchten müssen, dass dies den Erlass der bereits acht Tage zuvor beantragten einstweiligen Verfügung weiter hinauszögern würde. Der Sachverhalt wäre verkompliziert worden, eine weitere, Zeit beanspruchende Sachprüfung durch die Kammer wäre erzwungen worden. Auf dieses prozessuale Risiko einer Verzögerung des Verfahrens musste sich die Verfügungsklägerin nicht einlassen.

b) 56

Auf der anderen Seite hätte die Verfügungsklägerin den Fall B *nach* Erlass der einstweiligen Verfügung durch Beschluss vom 31.07.2013 in das Parallelverfahren einführen können, wie sie es mit Schriftsatz vom 14.10.2013 (Anlage BB 3) letztlich auch getan hat. Allerdings stand dieser Weg der Verfügungsklägerin zunächst tatsächlich nicht offen. Denn zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verfügungsklägerin – um nicht dem Vorwurf der mangelnden Dringlichkeit ausgesetzt zu sein – entscheiden musste, wie sie im Fall „B“ vorgeht, war noch nicht absehbar, ob die dortige Verfügungsbeklagte überhaupt Widerspruch gegen die Beschlussverfügung vom 31.07.2013 einlegen würde. Denn die Verfügungsbeklagte hat im Parallelverfahren erst am 24.09.2013 Widerspruch eingelegt. Nachdem die eidesstattliche Versicherung am 30.07.2013 abgegeben wurde, durfte die Verfügungsklägerin aber unter dem Aspekt des sichersten Weges davon ausgehen, dass sie spätestens Anfang September wegen des beanstandeten Verstoßes aktiv werden musste. 57

Zu diesem Zeitpunkt war die Verfügungsklägerin in dem Parallelverfahren auf dem Stand, dass wegen der Äußerung, die Kunden müssten selbst kündigen und könnten dies nicht über die C tun, bereits eine Beschlussverfügung erlassen worden war, gegen die noch kein Widerspruch eingelegt worden war. Die Verfügungsklägerin durfte daher die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass das Parallelverfahren mit diesem Beschluss seinen Abschluss finden würde. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass das Landgericht im Parallelverfahren entschieden hatte, dass über die weiteren Anträge nicht ohne mündliche Verhandlung entschieden werden sollte. Denn wenn die Verfügungsbeklagte im Parallelverfahren keinen Widerspruch eingelegt hätte, wäre in der Verhandlung nur noch über diese weiteren Anträge verhandelt worden. Eine tatsächliche Ergänzung in Form des „Falls B“ hätte aber diejenigen Anträge betroffen, über die bereits entschieden worden war. Dieser Vortrag wäre deshalb in der Verhandlung nicht berücksichtigt worden. 58

3. 59

Der Verfügungsklägerin war es auch nicht zumutbar, wegen des Falls „B“ schlicht gar nichts zu unternehmen. Zwar hätte sich die Verfügungsklägerin auf den Standpunkt stellen können, das am 31.07.2013 durch Beschlussverfügung im Parallelverfahren erlassene Verbot erfasse auch solche Sachverhalte wie den Fall B. Es kann der Verfügungsklägerin aber nicht verwehrt werden, dass sie diesen weiteren Fall zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens macht, da nicht auszuschließen war, dass die Beschlussverfügung vom 31.07.2013 nach einem Widerspruch der Verfügungsbeklagten und nach einer Beweisaufnahme wieder aufgehoben werden würde. 60

In der Rechtsprechung werden zwar unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs und des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses verschiedene Vorgehensweisen als unzulässig angesehen. So ist etwa die Einleitung eines weiteren Erkenntnisverfahrens unzulässig, wenn 61

ein Ordnungsmittelverfahren nach § 890 ZPO möglich wäre (OLG Frankfurt, BeckRS 2013, 09966). Eine Klage kann unzulässig sein, wenn wegen eines einheitlichen Wettbewerbsverstoßes oder wegen gleichartiger Wettbewerbsverstöße getrennte Verfahren angestrengt werden (BGH, GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, GRUR 2006, 243, Rdnr. 16 – MEGA SALE) oder wenn ein weiterer Verstoß durch eine separate Abmahnung geltend gemacht wird, obwohl dieser ohne Weiteres in einer erweiterten Abmahnung hätte geltend gemacht werden können (KG, WRP 2010, 1273, 1274). Auch kann eine Klage unzulässig sein, wenn mehrere konzernmäßig verbundene und von einem Rechtsanwalt vertretene Unternehmen jedes für sich einen Verstoß geltend macht statt gemeinsam als Streitgenossen vorzugehen (BGH, GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung). Dieser Rechtsprechung liegt allerdings die grundsätzliche Überlegung zu Grunde, dass nicht beanstandet werden kann, dass ein weiterer Verstoß *überhaupt* geltend gemacht wird, sondern lediglich, dass dies auf eine bestimmte Art und Weise erfolgt. Vorliegend ist aber die Art und Weise der Geltendmachung – wie ausgeführt – mangels prozessualer Alternativen nicht zu beanstanden. Dass die Verfügungsklägerin aber den Verstoß insgesamt ungeahndet lässt, ist ihr angesichts des tatsächlich von der Verfügungsbeklagten begangenen Wettbewerbsverstoßes nicht zumutbar.

Vorliegend liegt die das Rechtsschutzbedürfnis tragende Besonderheit des vorliegenden Falles darin, dass die Verfügungsklägerin zu einem Zeitpunkt von dem weiteren Verstoß Kenntnis erlangt hat, der zeitlich nach der Einreichung des ersten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung liegt, so dass ihr nicht vorgehalten werden kann, sie hätte beide Verstöße gleichzeitig geltend machen müssen, dass die zweite beanstandete Handlung aber noch vor der Zustellung der Beschlussverfügung vom 31.07.2013 lag, so dass ein Ordnungsmittelverfahren gemäß § 890 ZPO nicht in Betracht kam.

62

III.

63

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung stellt sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG dar. Von einem derartigen Missbrauch 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 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, GRUR 2006, 243, Rdnr. 16 – MEGA SALE). Diese vom Bundesgerichtshof zunächst auf einen einheitlichen Wettbewerbsverstoß beschränkten Grundsätze sind ebenfalls anwendbar, wenn es um die Mehrfachverfolgung gleichartiger oder ähnlich gelagerter Wettbewerbsverstöße geht (BGH, GRUR 2009, 1180, Rn. 20 – 0,00 Grundgebühr; BGH, GRUR 2013, 307, Rn. 19 – Unbedenkliche Mehrfachabmahnung).

64

Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei den Fällen, die dem vorliegenden Verfahren und dem Parallelverfahren zu Grunde liegen, um im Kern gleichartige Verstöße handelt. Denn jedenfalls erscheint die Einleitung eines zweiten Verfügungsverfahrens nicht willkürlich und ohne sachlichen Grund erfolgt. Wie bereits unter II. dargestellt, stand der Verfügungsklägerin kein zumutbarer, prozessual gleich sicherer Weg, ihr Rechtsschutzziel zu verfolgen, zur Verfügung. Ein weiterer Aspekt, der in der im Rahmen des § 8 Abs. 4 UWG anzustellenden Gesamtabwägung (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 4.11) zu

65

berücksichtigen ist, ergibt sich daraus, dass die Verfügungsklägerin den Fall „B“ mit Schreiben vom 20.08.2013 (Anlage K 6) abgemahnt hat. Die Verfügungsbeklagte hat die darin geforderte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung jedoch nicht abgegeben. Angesichts dieser vollständig ablehnenden Haltung durfte die Verfügungsklägerin aber davon ausgehen, dass sie den prozessual sichersten Weg gehen muss, um zu ihrem Rechtsschutzziel zu gelangen. So hat die Verfügungsbeklagte nicht etwa erklärt, sie werde im Parallelverfahren ohnehin Widerspruch einlegen und werde keine Einwände dagegen erheben, dass dieser Sachverhalt mit ins Parallelverfahren eingeführt wird. Damit hätte sie der Verfügungsklägerin den Weg zu einem prozessual gleich sicheren Weg der Anspruchsdurchsetzung gewiesen, der der Verfügungsklägerin bei entsprechend verbindlicher Zusage auch zumutbar gewesen wäre (vgl. zur Berücksichtigung derartigen vorgerichtlichen Verhaltens OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2013, 09966).

B. 66

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist in dem Umfang, in dem er nach der teilweisen Antragsrücknahme der Verfügungsklägerin noch zur Entscheidung des Senats steht, auch begründet. 67

I. 68

Die Verfügungsklägerin hat gemäß §§ 935, 936, 922 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht, dass ihr gegen die Verfügungsbeklagte ein Anspruch aus § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 oder i.V.m. § 4 Nr. 10 UWG zusteht. 69

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die beanstandeten Aussagen, wonach die Kunden selbst kündigen müssten und wonach die C das nicht dürfe, unwahr sind. Tatsächlich soll nach den Vereinbarungen des AKNN nämlich der neue Anbieter die Portierungsmittelung und die Kündigung an den alten Anbieter übermitteln. 70

Durch die eidesstattliche Versicherung des Kunden B (Anlage K 5) und durch das Sitzungsprotokoll im Hauptsacheverfahren 38 O 5/14 (Anlage BB 12) ist hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Kundenbetreuerin F die beanstandete Äußerung gegenüber dem Kunden B getätigt hat, wonach der Kunde nicht durch die C kündigen könne, sondern selbst kündigen müsse. 71

Von einer entsprechenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. zu diesem Erfordernis BGHZ 156, 139, 142) ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Bei diesen Feststellungen, die das Landgericht durch Würdigung der vorhandenen Beweismittel getroffen hat, handelt es sich um Tatsachen, an die der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Solche Zweifel sind jedoch vorliegend nicht begründet, denn die Beweiswürdigung ist nicht zu beanstanden. Tatsächlich liegt in der eidesstattlichen Versicherung des Zeugen B eine glaubhafte und in sich schlüssige Darstellung des Gesprächsablaufs. Der Zeuge hat sich nicht nur auf die Wiedergabe der zentralen, vorliegend beanstandeten Äußerung der Kundenbetreuerin konzentriert, sondern den Ablauf des Telefonats im Einzelnen geschildert. Äußerungen der Kundenberaterin und eigene Äußerungen konnte er wiedergeben, so dass sich ein logischer und nachvollziehbarer Gesprächsverlauf ergibt. Hinzu kommt, dass ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Zeugen B am Ausgang des Verfahrens nicht ersichtlich ist. Dies spricht ebenso für die Glaubhaftigkeit der an Eides Statt versicherten Aussage wie die emotionale Äußerung des Zeugen am Ende der eidesstattlichen Versicherung, das Vorgehen 72

sei „eine Frechheit von D“.

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass diese Glaubhaftmachung nicht durch die eidesstattliche Versicherung der Zeugin F (Anlage AG 1) entkräftet wird. Tatsächlich ist schon nicht ersichtlich, dass beide Zeugen von demselben Telefonat berichten. Denn der Zeuge B spricht von einem Telefonat „eine Woche nach dem 09.07.2013“ und die Zeugin F von einem Telefonat, das am 24.07.2013 stattgefunden haben soll. Passend zu seiner Zeitangabe ordnet der Zeuge B auch das unstreitig auf den 25.07.2013 datierende Schreiben zur Rücknahme der Kündigung ein: dieses habe er eine Woche nach dem Telefonat erhalten. Dafür, dass er das streitgegenständliche Telefonat zeitlich zutreffend eingeordnet hat, spricht auch, dass er die eidesstattliche Versicherung am 20.07.2013 und damit zeitnah abgegeben hat. 73

Selbst wenn beide Zeugen aber von demselben Telefonat berichten sollten, ergibt sich aus der eidesstattlichen Versicherung der Zeugin F auch nicht klar, dass sich die Zeugin überhaupt an die entscheidende Passage des konkreten Telefongesprächs erinnert. Denn sie gibt nur an, sie kenne die durch den AKNN geregelten Vorgaben und habe „daher“ Herrn B nicht gesagt, dass er die Kündigung selbst übermitteln müsse. Offensichtlich beruht die eidesstattliche Versicherung daher auf einer gedanklichen Rekonstruktion dessen, was sie wohl gesagt haben wird. 74

Zweifel an dem Beweisergebnis des Landgerichts ergeben sich auch nicht etwa aus dem weiteren Vortrag der Verfügungsbeklagten in der Berufungsinstanz. Danach soll sich der Inhalt des streitgegenständlichen Telefongesprächs aus dem Wortlautprotokoll gemäß Anlage BB 5 und dem Audio-Mitschnitt ergeben. Die Zulässigkeit dieses neuen Vorbringens, insbesondere die Frage, ob § 531 ZPO im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung findet (str., vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 922 Rn. 15; MüKoZPO/Rimmelspacher ZPO, 4. Aufl. 2012, § 531 Rn. 3) kann offen bleiben. Jedenfalls bleibt es auch angesichts dieses Mitschnitts dabei, dass die Angaben des Zeugen B nicht an Glaubhaftigkeit verlieren. Denn zum einen betrifft der Mitschnitt wiederum ein Telefonat vom 24.07.2013, von dem nicht klar ist, ob es sich um dasselbe Gespräch handelt, von dem der Zeuge B berichtet. Zum anderen wurde unstreitig nur das Ende eines Telefonats mitgeschnitten. Die im Wortlautprotokoll wiedergegebenen Aussagen widersprechen aber inhaltlich nicht der hier entscheidenden Aussage des Zeugen B, wonach die Kundenberaterin gesagt habe, der Kunde müsse selbst kündigen, die C dürfe dies nicht und D würde eine Kündigung der C nicht annehmen. Denn der Mitschnitt bezieht sich nur auf die Rücknahme der Kündigung. Aussagen dazu, wie diese Kündigung formell richtig auszusprechen (gewesen) wäre, sind hier nicht enthalten. Im Übrigen zeigt die Antwort des Zeugen B „Ja, muss ich ja wohl“, dass der Zeuge sich aus irgendeinem Grund zur Zustimmung zu diesen Angaben genötigt fühlte. Vor diesem Hintergrund wäre seine in der eidesstattlichen Versicherung emotional zum Ausdruck gebrachte Verärgerung („eine Frechheit von D“) nach wie vor nachvollziehbar. 75

Auch das Sitzungsprotokoll des Hauptsacheverfahrens 38 O 5/14 (Anlage BB 12) spricht dafür, dass die Aussage des Zeugen B insoweit der Wahrheit entspricht. Die Aussage des Zeugen B enthält eine mit der eidesstattlichen Versicherung übereinstimmende, schlüssige Schilderung des Gesprächsverlaufs und zeigt, dass der Zeuge eine konkrete Erinnerung an das Gespräch hat. Der Zeuge hat das Gespräch so geschildert, dass ihm gesagt worden sei, die C könne nicht für ihn kündigen. Nach dieser Aussage habe er selbst die Kündigung schreiben müssen, nicht die C. Die Aussage ist glaubhaft. Der Zeuge gibt nicht nur die beanstandete Aussage der Kundenberaterin wieder, sondern auch weitere Ausführungen der 76

Beraterin: Diese habe ihre Angabe, die C dürfe nicht für ihn kündigen, noch damit begründet, dass schließlich nicht die C, sondern er, der Zeuge B, einen Vertrag mit der Verfügungsbeklagten habe. Er sei es, der mit den Leistungen der Verfügungsbeklagten unzufrieden sei. Auch auf mehrfache Nachfrage des Gerichts hat der Zeuge bekundet, ihm sei gesagt worden, er müsse die Kündigung selbst vornehmen. Der Zeuge hat zudem wiedergegeben, dass er sich unmittelbar nach dem Telefonat an die C gewandt habe, und dass diese sehr überrascht gewesen seien.

Im Übrigen ergibt nur dann, wenn die Kundenberaterin von einer Verpflichtung zur eigenhändigen Kündigung gesprochen hat, der weitere Verlauf des Gesprächs einen Sinn: Der Zeuge B hat bekundet, dass ihm im Hinblick auf den Wechsel von D zur C bewusst war, dass er noch im Rahmen einer Mindestvertragslaufzeit an D gebunden sei. Trotz dieser Mindestvertragslaufzeit habe die Kündigung bereits zum nächsten zulässigen Zeitpunkt ausgesprochen werden sollen. Vor diesem Hintergrund entbehrt es jeder Logik, wenn der Zeuge B – wie die Verfügungsbeklagte meint – in dem mitgeschnittenen Teil des Telefonats die Kündigung allein deshalb zurückgenommen habe, weil ihm mitgeteilt wurde, eine fristlose Kündigung sei nicht zulässig. Dies war dem Zeugen schließlich bekannt, wie er glaubhaft geschildert hat. Nachvollziehbar wird die Widerrufserklärung des Zeugen B vielmehr dann, wenn ihm – wie der Zeuge schildert – gesagt wurde, die Kündigung durch die C sei unwirksam. Der Zeuge B ist von seiner Aussage, ihm sei gesagt worden, er müsse selbst kündigen, auch nicht etwa im weiteren Verlauf der Vernehmung abgewichen. Zwar hat er eingeräumt, es könne sein, dass die Kundenberaterin nicht davon gesprochen habe, dass die Verfügungsbeklagte eine Kündigung der C nicht annehme und dass diese dem Zeugen B erklärt habe, die C könne keine *fristlose* Kündigung einreichen. Wenn der Zeuge hier Unsicherheiten eingeräumt hat, spricht dies dafür, dass er um die Wahrheit bemüht war. Seine Aussage, ihm sei gesagt worden, dass er selbst kündigen müsse und dass er dies nicht durch die C tun könne, hat er dadurch aber nicht revidiert.

77

Die im Sitzungsprotokoll dokumentierte Aussage der Zeugin F vermag nichts daran zu ändern, dass der von der Verfügungsklägerin geschilderte Sachverhalt hinreichend glaubhaft gemacht ist. Aus der Aussage der Zeugin wird deutlich, dass die Zeugin keine konkrete Erinnerung an das fragliche Telefongespräch mehr hat. So ergibt sich aus mehreren Wendungen in der Aussage der Zeugin, dass diese sich bei sämtlichen Aussagen, die sie zum Inhalt des Telefonats macht – ebenso wie bereits in der eidesstattlichen Versicherung – darauf bezieht, wie derartige Telefonate üblicherweise ablaufen. So schildert sie, es habe sich um eine „Standardsituation für die Rückgewinnungsabteilung“ gehandelt. Wenn sie angibt, sie habe dem Kunden nicht gesagt, dass er selbst kündigen müsse, begründet sie dies damit, dass sie keinen Grund wüsste, warum sie so etwas sagen sollte. Zum weiteren Ablauf des Telefonats befragt, hat die Zeugin keine Einzelheiten zum konkreten Telefonat geschildert, sondern lediglich allgemeine Ausführungen zu den Möglichkeiten der weiteren Gesprächsführung in einem Rückgewinnungsgespräch gemacht. Sie hat eingeräumt, sie erinnere sich an Einzelheiten des Gesprächs nicht mehr; auch der Vorhalt des Wortprotokolls des Gesprächsmitschnitts weckte bei der Zeugin keine konkrete Erinnerung an dieses Telefonat. Vor diesem Hintergrund wäre nicht nachvollziehbar, warum die Zeugin an den ersten Teil des Gesprächs eine derart konkrete Erinnerung haben sollte, die es ihr ermöglichen würde, hierzu „hundertprozentige Aussagen“ zu treffen, wie sie es im weiteren Verlauf der Aussage angegeben hat.

78

II.

79

80

Die Verfügungsklägerin hat auch das Vorliegen eines Verfügungsgrundes glaubhaft gemacht. Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG wurde nicht erschüttert.

C. 81

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Verfügungsklägerin hat die Mehrkosten zu tragen, die durch die Geltendmachung des später zurückgenommenen Antrags entstanden sind. Einer Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedurfte es nicht, da sich die Vollstreckbarkeit aus der Natur einer einstweiligen Verfügung erlassenden Urteils ergibt (Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 708 Rn. 7). Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz der Verfügungsklägerin rechtfertigt keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO. 82

D. 83

Der Streitwert wird gemäß § 51 Abs. 2, 4 GKG bis einschließlich zum 23.10.2014 auf 100.000,- Euro und danach auf 50.000,00 Euro festgesetzt. 84