
Datum: 07.05.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-15 U 15/15
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0507.I15U15.15.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 38 O 64/14
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

I.

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 10. Oktober 2014 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

II.

Die Verfügungsbeklagte hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Gründe:

I.

Von der Wiedergabe des Tatbestandes wird nach §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO abgesehen.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung entsprochen. Das Berufungsvorbringen der Verfügungsbeklagten führt zu keiner anderen Beurteilung.

1.

1

2

3

4

5

6

Der Verfügungsantrag ist zulässig. 7

a) 8

Das am 25. Juli 2012 verkündete Anerkenntnisurteil des Landgerichts Düsseldorf aus dem dortigen Verfahren 38 O 13/13 begründet nicht den Einwand der entgegenstehenden anderweitigen Rechtskraft. Der Senat hat diese Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen (BGH GRUR 2006, 421, 422 Tz. 6 – Markenparfümverkäufe; GRUR 2011, 743, 744, Tz. 13 – Leistungspakete im Preisvergleich, jew. m.w.N.). Die materielle Rechtskraft der im vorbezeichneten Verfahren ergangenen Unterlassungsverurteilung beschränkt sich nach § 322 Abs. 1 ZPO auf den dort entschiedenen Streitgegenstand, der seinerseits durch die konkrete Verletzungshandlung begrenzt wird, aus der das Klagebegehren hergeleitet worden ist. 9

aa) 10

Welcher Streitgegenstand mit einem Unterlassungsantrag zur Entscheidung gestellt wird und über welchen Streitgegenstand das Gericht entschieden hat, hängt nicht allein vom Wortlaut von Antrag und Urteilsausspruch ab. Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Das entspricht der prozessrechtlichen Auffassung vom zweigliedrigen Gegenstand im Zivilprozess, der der Bundesgerichtshof folgt (vgl. BGH NJW 2001, 157, 158; GRUR 2006, 421, 422, Tz. 25 – Markenparfümverkäufe; GRUR 2011, 743, 744, Tz. 15 – Leistungspakete im Preisvergleich). Den Klagegrund, der den Streitgegenstand einer Unterlassungsklage mitbestimmt, bilden die zu seiner Begründung vorgetragenen Verletzungsfälle. Mehrere mit der Klage vorgetragene gleichartige Verletzungshandlungen, auf die ein Unterlassungsantrag mit einem bestimmten Klageziel gestützt wird, bilden dabei einen einheitlichen Klagegrund. Die spätere Einführung weiterer Verletzungshandlungen in einem Unterlassungsprozess ohne Änderung des Klageantrages ist eine Änderung des Streitgegenstandes und damit auch eine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO (BGH, a.a.O., Tz. 26, Markenparfümverkäufe). Da der Gegenstand eines Unterlassungsurteils grundsätzlich maßgeblich durch den Streitgegenstand bestimmt wird, ist der Umstand, dass der Unterlassungsantrag auf einen bestimmten Klagegrund, nämlich die konkret benannte Verletzungshandlung, gestützt ist, auch für den Umfang der materiellen Rechtskraft des Unterlassungsurteils entscheidend. In Rechtskraft erwächst danach der in die Zukunft gerichtete Verbotsausspruch nicht als solcher, sondern nur in seinem Bezug auf die vom Gericht festgestellte Verletzungshandlung (vgl. BGH GRUR 1963, 378, 381 = NJW 1963, 1004 = WRP 1963, 211 – Deutsche Zeitung; NJW 1995, 967; GRUR 2006, 421, 423, Tz. 29 – Markenparfümverkäufe; vgl. auch BGHZ 82, 299, 304 = GRUR 1982, 301 = NJW 1982, 1154 – Kunststoffhohlprofil II; BGH GRUR 2006, 136, Tz. 19 = NJW 2006, 615 = WRP 2006, 274 – Pressefotos). 11

bb) 12

Der Umfang der Rechtskraft eines Urteils geht in erster Linie aus der Urteilsformel hervor. Reicht diese allein nicht aus, den Umfang der Rechtskraft zu bestimmen, sind zur Auslegung der Tatbestand und die Entscheidungsgründe, erforderlichenfalls auch das Parteivorbringen, heranzuziehen (BGH GRUR 2015, 269 – K-Theory (Urheberrecht); BGH NJW 1997, 3447; GRUR 2008, 933 – Schmiermittel). Bei einem Anerkenntnisurteil kommt es für die Auslegung der Urteilsformel in erster Linie darauf an, was die Parteien gewollt und erklärt haben, weshalb das Parteivorbringen, insbesondere die Klage- bzw. Antragsbegründung 13

heranzuziehen ist (BGH GRUR 2015, a.a.O.; BGH GRUR 1952, 577 – Zwilling (Kennzeichenrecht); OLG Stuttgart, BAP 1987, 406; Harte/Henning/Grüning, UWG, 3. Aufl., Vorbemerkung zu § 12 Rdnr. 228).

- cc) 14
- Geht man hiervon aus, haben das vorausgegangene Verfahren Landgericht Düsseldorf 38 O 13/12 und das vorliegende Verfahren schon deshalb verschiedene Streitgegenstände, weil der später anhängig gemachte Unterlassungsantrag im vorliegenden Verfahren auf eine neue Verletzungshandlung gestützt worden ist. Gegenstand des älteren Verfahrens war eine Prospektwerbung zu Silvester 20..., in Bezug auf die das Landgericht im Anerkenntnisurteil untersagt hat, 15
- im geschäftlichen Verkehr gegenüber dem Letztverbraucher zu werben, ohne gleichzeitig die Identität und die Anschrift des Unternehmers anzugeben, wenn dies geschieht wie in dem Prospekt „A.“ (Anlage K 1) wiedergegeben. 16
- Auch wenn der Ausspruch die abstrakte Umschreibung „im geschäftlichen Verkehr gegenüber dem Letztverbraucher zu werben, ohne gleichzeitig die Identität und die Anschrift des Unternehmers anzugeben“ enthält, wird er durch den Hinweis auf die konkret beanstandete Verletzungshandlung (wenn dies geschieht wie...) näher bestimmt. Anders als Verbotsfassungen, die die konkrete Verletzungsform nur als Beispiel heranziehen, bringt eine unmittelbare Bezugnahme auf die konkrete Werbeanzeige mit dem Vergleichspartikel „wie“ oder – (wie hier) durch einen Konditionalsatz (wenn dies geschieht wie...) in der Regel zum Ausdruck, dass Gegenstand des Verbotes allein die konkrete Werbeanzeige sein soll (BGH GRUR 2011, 742, 744, Tz. 17 ff. – Leistungspakete im Preisvergleich GRUR 2010, 454, 455, Tz. 12 und 13 – Klassenlotterie; GRUR 2010, 248, 249, Tz. 13 – Kamerakauf im Internet). 17
- Ebenso ist auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens eine konkret in Bezug genommene Werbung in der Zeitung „B.“ vom ..., an der beanstandet wird, 18
- im geschäftlichen Verkehr gegenüber dem Letztverbraucher zu werben, und hierbei die Identität (vollständige Firmierung inklusive Rechtsformzusatz) und die Anschrift des Unternehmens (Sitz des Unternehmens) dem Verbraucher vorzuenthalten, wenn dies geschieht wie in Anlage A 6 zur Antragsschrift wiedergegeben. 19
- Auch dieses Verbot beschränkt sich nach dem zuvor Gesagten auf die konkret zur Überprüfung gestellte Werbeanzeige und war nicht Gegenstand des vorausgegangenen Verfahrens. Dem steht nicht entgegen, dass aus einem Unterlassungsurteil auch wegen solcher Verstöße vollstreckt werden kann, die der verbotenen Handlung zwar nicht genau entsprechen, aber den Kern der Verbotsform unberührt lassen (BGHZ 5, 189, 193 f. = GRUR 1952, 577 – Zwilling; BGH GRUR 1994, 844 – Rotes Kreuz; BGH, GRUR 2006, 421, 422 Tz. 27 – Markenparfümverkäufe). Denn diese nach der Kerntheorie angenommene Rechtskraftwirkung setzt – schon im Hinblick auf die Bindung des Gerichts an den gestellten Antrag (§ 308 Abs. 1 ZPO) voraus, dass auch kerngleiche Abweichungen, wie sie der materiell-rechtliche Unterlassungsanspruch mit umfasst, mit Streitgegenstand gewesen sind und die gerichtliche Entscheidung über den Streitgegenstand daher solche Abweichungen von der konkreten Verletzungsform mit verboten hat (BGH, WRP 1989, 572, 574 – Bioäquivalenz-Werbung; BGH, a.a.O. – Markenparfümverkäufe). Die Annahme, dass das Unterlassungsbegehren grundsätzlich auch auf das Verbot kerngleicher Abweichungen von der konkreten Verletzungsform gerichtet ist, bezieht sich nur auf die mit dem Klageantrag begehrte Rechtsfolge und hat mit der Abgrenzung des Klagegrundes, aus dem diese 20

Rechtsfolge hergeleitet wird, nichts zu tun. In Rechtskraft erwächst der in die Zukunft gerichtete Verbotsausspruch nur in seinem Bezug auf die vom Gericht festgestellte Verletzungshandlung (BGH, a.a.O. Tz. 27 – 29 - Markenparfümverkäufe).

b) 21

Das im Jahre 2012 ergangene Anerkenntnisurteil beseitigt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis für das Unterlassungsbegehren des vorliegenden Falles. Auch das Bestehen des Rechtsschutzbedürfnisses ist von Amts wegen zu berücksichtigen (BGH GRUR 2006, 421, 423, Tz. 31 – Markenparfümverkäufe m.w.N.). 22

aa) 23

Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses soll verhindern, das Klagebegehren in das Stadium der Begründetheitsprüfung gelangen, die ersichtlich eines Rechtsschutzes durch eine solche Prüfung nicht bedürfen (BGH a.a.O. Tz. 32). Für eine Unterlassungsklage kann dementsprechend das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn der Kläger bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt. Aus einem Unterlassungsurteil können, wie bereits ausgeführt wurde, auch solche Verstöße gegen das verhängte Verbot vollstreckt werden, die den Kern der Verbotsform unberührt lassen, weshalb einer Klage wegen einer Verletzungsform, die mit der bereits verbotenen Handlung kerngleich ist, das Rechtsschutzbedürfnis fehlt (BGH GRUR 2011, 742, 744 Tz. 20 – Leistungspakete im Preisvergleich; OLG Frankfurt am Main, Beck RS 2013, 09966; Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 2.23 g). Denn das durch eine Leistungsklage gegenüber dem Gericht geäußerte Verlangen, in die materiellrechtliche Prüfung des Anspruchs einzutreten, ist nicht schutzwürdig, wenn die klagende Partei ihr Rechtsschutzziel ebenso sicher auf einfacherem, schnellerem und billigerem Weg in einem anderen Verfahren erreichen kann (BGH NJW 1966, 3147, 3148; BAG NZA 2009, 1300, 1301). 24

bb) 25

Als kerngleich werden Handlungen angesehen, die mit der konkreten Verletzungsform im Kern wesensgleich sind, in denen also das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (BGH a.a.O., Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH GRUR 1999, 1017, 1018 - Kontrollnummernbeseitigung I; BGH GRUR 2005, 443, 446 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; BGH GRUR 2006, 421, 423 – Markenparfümverkäufe; BGH GRUR 2006, 504 Tz. 36 – Parfümtestkäufe; BGH GRUR 2010, 749 Tz. 42 – Erinnerungswerbung im Internet). Um solche unerheblichen Abweichungen handelt es sich dann, wenn der konkrete Wettbewerbsverstoß und die mit diesem nicht identische, aber gleichartige Verletzungshandlung aus lauterkeitsrechtlicher Sicht gleichwertig sind und bestehende Unterschiede den lauterkeitsrechtlich erheblichen Kern der Handlung unberührt lassen, was etwa bei der Abänderung eines Werbetextes ohne inhaltliche Veränderung der Sachaussage, bei einer Änderung der Größe der Werbeanzeige oder einem Wechsel des Werbemediums der Fall ist. Maßgebend dafür, ob sich das Charakteristische der konkreten Verletzungshandlung in der gleichartigen Handlung wiederfindet, ist die Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers (vgl. Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rdnrn. 104 ff.). 26

cc) 27

Im vorliegenden Fall geht es um eine Werbeanzeige in der Zeitung „B.“ vom ... betreffend ein ...-Internet-Flat-Paket, der unstreitig der vollständige Hinweis auf die Identität der Verfügungsbeklagten in Bezug auf Rechtsform und Anschrift fehlte und die deshalb gegen § 28

5a Abs. 3 Nr. 2 UWG verstieß. Dem Anerkenntnisurteil lag demgegenüber der mehrseitige Prospekt „A.“ zugrunde, der als Beilage zur Weihnachtsausgabe der Zeitung „B.“ im Jahre 2011 verteilt worden war und in dem verschiedene Produkte der Verfügungsbeklagten beworben wurden, ohne dass – ebenfalls unstrittig – die vollständige Angabe der Verfügungsbeklagten in Bezug auf Rechtsform und Anschrift erfolgte.

Beiden Werbungen der Verfügungsbeklagten ist zwar gemeinsam, dass sie wegen fehlender vollständiger Hinweise auf die Verfügungsbeklagte in Bezug auf Rechtsform und Anschrift gegen dieselbe Rechtsnorm, nämlich § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG, verstießen; jedoch zieht der Antrag in beiden Verfahren, wie vorstehend dargelegt wurde, die konkrete Werbeanzeige nicht nur als Beispiel heran, sondern ist durch die unmittelbare Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform beschränkt. Bereits das macht deutlich, dass eine Werbeanzeige untersagt werden sollte, die neben den abstrakt umschriebenen Merkmalen noch eine Reihe weiterer Eigenschaften aufweist. Ist das begehrte Verbot aber eng auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkt, so sind einer erweiternden Auslegung des Unterlassungsantrages und dementsprechend auch der Urteilsformel im Hinblick auf den Sanktionscharakter der Ordnungsmittel des § 890 ZPO ebenfalls enge Grenzen gezogen (BGH GRUR 2010, 454, 455 Tz. 12; NJW 1989, 2327 = WRP 1989, 572, 574 – Bioäquivalenz-Werbung). Beide Verletzungshandlungen unterscheiden sich auch in mehrfacher Hinsicht. Sie liegen nicht nur zeitlich weit auseinander, nämlich drei Jahre, sondern betreffen auch unterschiedliche Werbeformen, nämlich im vorausgegangenen Verfahren einen mehrseitigen Prospekt und im vorliegenden Verfahren eine Zeitungsanzeige, und in beiden Fällen werden unterschiedliche Produkte beworben, nämlich im Streitfall ein Festnetzanschluss/C. und im vorausgegangenen Verfahren Mobiltelefone, Tablet-Computer und weitere Artikel der Telekommunikation.

dd) 30

Die Kerngleichheit beseitigt das Rechtsschutzbedürfnis nicht immer. Auch wenn der erneute Verstoß dem bereits untersagten Verhalten kerngleich ist und in einem Ordnungsmittelverfahren nach § 890 ZPO verfolgt werden könnte, kann das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses einer erneuten Unterlassungsklage nicht entgegen gehalten werden, wenn der Ausgang des Zwangsvollstreckungsverfahrens ungewiss ist und eine Verjährung der aufgrund des erneuten Verstoßes geltend zu machenden wettbewerbsrechtlichen Ansprüche droht (BGH GRUR 2011, 742, 744 – Tz. 20 – Leistungspakete im Preisvergleich).

ee) 32

So liegen die Dinge auch hier. Die schon im ersten Verfahren vorgenommene Beschränkung des Antrages auf die konkrete Verletzungsform und die dargelegten Unterschiede der beiden Verletzungshandlungen bedeuteten trotz der zweifellos vorhandenen Gemeinsamkeiten einen erheblichen Unsicherheitsfaktor für den Ausgang eines Zwangsvollstreckungsverfahrens. Der Verfügungskläger musste damit rechnen, dass die Verfügungsbeklagte in einem Ordnungsmittelverfahren der Kerngleichheit sämtliche vorstehend aufgezeigten Unterschiede entgegenhalten würde. Dass sie auf die Abmahnung des Verfügungsklägers in ihrem Antwortschreiben vom 28. Mai 2014 (Anlage A 8) ihre Weigerung zur Abgabe der geforderten vertragsstrafebewehrten Unterlassungserklärung nur mit der ihrer Ansicht nach nicht gegebenen Aktivlegitimation des Verfügungsklägers begründet hatte, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dass sie die Kerngleichheit damals nicht thematisiert hat, bedeutet ebenso wenig wie der Umstand, dass sie im vorliegenden Verfahren in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, von ihrem hier vertretenen

Standpunkt aus sei ein Ordnungsmittelantrag begründet, dass sie im Falle eines tatsächlich eingeleiteten Ordnungsmittelverfahrens darauf verzichtet hätte, die Kerngleichheit in Abrede zu stellen. Dies kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Leugnung der Kerngleichheit in einem Ordnungsgeldverfahren die einzige Verteidigungsmöglichkeit gewesen wäre und auch durchaus nicht aussichtslos erschien, zumal die Reichweite der Kerngleichheit in Fällen, in denen die Tragweite des Unterlassungsgebots sich auf die konkrete Verletzungsform beschränkt, in jedem Fall eng zu ziehen sind und in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung sogar die Auffassung vertreten wird, es gebe praktisch keinen Anwendungsbereich einer kerngleichen Verletzungshandlung, wenn sich der Klageangriff lediglich gegen eine einzige konkret in Bezug genommene Werbeanzeige richtet (vgl. Thüringisches OLG, Urteil vom 26. November 2014 – 2 U 753/23, Anlage BB 1). Da sie in ihrer Antwort auf die Abmahnung zu diesem Thema nichts ausgeführt hat, stand es ihr ohne weiteres offen, dies einem Ordnungsgeldverfahren vorzubehalten. Unter diesen Umständen wäre der Verfügungskläger Gefahr gelaufen, mit einem Ordnungsmittelantrag zu scheitern und in einem erst nach Abschluss des Ordnungsmittelverfahrens einzuleitenden neuen Erkenntnisverfahren der Verjährungseinrede ausgesetzt zu sein. Dies war ihm nicht zuzumuten.

c) 34

Zutreffend hat das Landgericht auch die nach § 12 Abs. 2 UWG gegebene Dringlichkeitsvermutung nicht als widerlegt angesehen. Dass der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte im Verfahren 38 O 13/12 nicht im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, sondern im ordentlichen Verfahren angegriffen hat, steht dem nicht entgegen. Der Verfügungskläger hat seinerzeit nach fruchtloser Abmahnung den auf die konkrete Prospektwerbung bezogenen Anspruch unstreitig noch im Januar 2012 gerichtlich geltend gemacht und sodann ein Anerkenntnisurteil vom 25. Juli 2012 erstritten. Das Verhalten des damaligen Klägers und heutigen Verfügungsklägers bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass ihm nicht jeweils an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung gelegen gewesen sei. Es steht dem Verfügungskläger frei, zwischen dem Eilverfahren des vorläufigen Rechtsschutzes und einem Hauptsacheverfahren zu wählen und den zweiten Weg zu gehen, wenn ihm der erstgenannte nicht erfolgversprechend erscheint. Dass er sich in zurückliegenden Verfahren für die Erhebung einer Hauptsacheklage entscheiden hat, obwohl ihm auch der Wege der einstweiligen Verfügung offengestanden hätte, legt ihn nicht in späteren Verfahren fest; dort wird allein anhand der dann relevanten Umstände beurteilt, ob die Voraussetzungen für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erfüllt sind. Im vorliegenden Fall ist der Verfügungskläger zweifelsfrei mit der gebotenen Zielstrebigkeit gegen die Verfügungsbeklagte vorgegangen: Nachdem die Verfügungsbeklagte auf seine Abmahnung vom 21. Mai 2014 (Anlage A 7) nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist bis zum 28. Mai 2014 die Unterlassungserklärung abgegeben hatte, ist sein Verfügungsantrag bei Gericht am 10. Juni 2014 eingegangen.

2. 36

Zutreffend hat das Landgericht den Verfügungsantrag auch für begründet erachtet. 37

a) 38

Der Verfügungskläger ist aktivlegitimiert nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Er nimmt im Sinne dieser Vorschrift die Interessen einer erheblichen Zahl von Unternehmen wahr, die auf demselben Markt tätig sind wie die Verfügungsbeklagte. Das Landgericht hat die Aktivlegitimation des Verfügungsklägers mit der Begründung anerkannt, die angegriffene 39

Werbeanzeige betreffe Telekommunikationsdienstleistungen (Telefonieren und Surfen), so dass ein Konkurrenzverhältnis zu allen Unternehmen bestehe, die Telefon- und Internetdienstleistungen anböten, auch wenn dies nicht „C.“ sei, jedoch andere Möglichkeiten bestünden. Festnetz- und Mobilfunkprodukte seien geeignet, einander zu ersetzen. Ausweislich der Mitgliederliste gehörten dem Verfügungskläger zwei bundesweit tätige Mitgliedsunternehmen im Bereich Telekommunikations-/Mediendienste an; ferner weise sie weitere Unternehmen aus, die (auch) Mobiltelefone und Telefonkarten vertrieben. Soweit die Verfügungsbeklagte die Richtigkeit der Mitgliederliste und die Existenz einzelner Mitglieder in Abrede gestellt habe, sei durch die eidesstattliche Versicherung D. ausreichend glaubhaft gemacht, dass die Liste aktuell sei. Nach Zahl und Bedeutung seien die in der Liste aufgeführten Unternehmen in ihrer Gesamtheit jedenfalls als ausreichend anzusehen, um die Voraussetzungen einer erheblichen Zahl von Vertreibern von Waren und Dienstleistungen mindestens verwandter Art zu erfüllen. Maßstab sei insoweit die Prüfung missbräuchlichen Vorgehens; hierfür lägen jedoch keine Anhaltspunkte vor. In dem von ihr selbst als vergleichbar vorgestellten Fall vom 4. Januar 2012 habe die Verfügungsbeklagte die Aktivlegitimation nicht bemängelt. Diese Ausführungen greift die Berufung erfolglos an. Der Senat hat die Aktivlegitimation des Verfügungsklägers bereits in dem zwischen denselben Parteien anhängig gewesenen Verfahren I-15 U 64/14 anerkannt. An seiner damals verlautbarten Beurteilung hält er auch für den vorliegenden Fall fest.

aa) 40

Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG ist weit auszulegen. Die beiderseitigen Waren oder Dienstleistungen müssen sich nach ihrer Art so gleichen oder nahe stehen, dass der Vertrieb des einen durch ein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Bei der Beurteilung der Klagebefugnis eines Verbandes zur Förderung gewerblicher Interessen ist nicht allein auf solche Mitgliedsunternehmen abzustellen, welche mit dem angegriffenen Werbenden auf der gleichen Wirtschafts- oder Handelsstufe stehen. Es können vielmehr auch solche Unternehmen zu berücksichtigen sein, die einen unterschiedlichen Abnehmerkreis haben und deren Angebot – gleich ob Ware oder Dienstleistung – sich (auch nur zeitweilig) mit demjenigen des Wettbewerbers überschneidet oder dieses – auch künftig – ersetzen kann. Maßgeblich ist, ob eine nicht gänzlich unbedeutende potenzielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann. Ein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis wird wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur selben Branche oder zumindest zu angrenzenden Branchen begründet (vgl. BGH GRUR 1996, 804 – Preistrüffel-Gewinnauslosung III zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.; GRUR 2006, 778 – Sammelmitgliedschaft IV m.w.N.; Köhler/Bornkamm a.a.O., § 8 Rdnr. 3.38 f.). Die Beurteilung, ob dies der Fall ist, hat von Wettbewerbshandeln des in Anspruch Genommenen auszugehen. Wird die Werbung für ein Produkt beanstandet, ist jedoch nicht das Gesamtsortiment maßgeblich, sondern grundsätzlich der Branchenbereich, dem die beanstandete Werbemaßnahme zuzurechnen ist (BGH GRUR 2006, 778 – Sammelmitgliedschaft IV m.w.N.; GRUR 2007, 610 – Sammelmitgliedschaft V).

Danach besteht ein Wettbewerbsverhältnis bei den vom Verfügungskläger benannten Versandunternehmen oder Handelsunternehmen nicht im Hinblick auf deren gesamtes Sortiment, das zahlreiche fremde Branchen umfasst, ist aber andererseits auch nicht auf Mobilfunktarife beschränkt, sondern erstreckt sich auf den gesamten Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen in Fest- und Mobilfunknetz und darüber hinaus auch auf weitere Produkte aus der Telekommunikation wie etwa Mobiltelefone und Zubehör. Diese Dienstleistungen und Waren sind übereinstimmend auf dasselbe Ziel einer 42

Telekommunikation mittels Telefon und Internet gerichtet. Zudem kann – und soll regelmäßig – die Vereinbarung eines bestimmten Mobilfunktarifs dazu führen, dass der Verbraucher auch weitere Dienstleistungen oder Telekommunikationsprodukte über den Tarifanbieter bezieht. Demgegenüber kann ein Mobilfunktarif umgekehrt das Interesse der Benutzer erheblich verringern, daneben weiterhin einen Festnetzanschluss zu unterhalten.

bb) 43

Erheblich im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist die Zahl der Mitglieder des Verbands auf dem einschlägigen Markt, wenn diese Mitglieder als Unternehmen bezogen auf den maßgeblichen Markt in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands ausgeschlossen werden kann. Dies kann auch schon bei einer sehr geringen Zahl auf dem betreffenden Markt tätiger Mitglieder anzunehmen sein (BGH GRUR 2007, 809 – Krankenhauswerbung; GRUR 2007, 610 – Sammelmitgliedschaft V). Darauf, ob diese Verbandsmitglieder nach ihrer Zahl und ihrem wirtschaftlichen Gewicht im Verhältnis zu allen anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen repräsentativ sind, kommt es nicht entscheidend an (BGH, a.a.O. – Krankenhauswerbung). Dies ergibt sich schon daraus, dass anderenfalls die Klagebefugnis von Verbänden auf oligopolistischen Märkten unangemessen eingeschränkt würde. Ebenso wenig braucht der Kläger im Prozess zur Bedeutung und zum Umsatz seiner (mittelbaren oder unmittelbaren) Mitglieder vorzutragen. Dem Zweck des Gesetzes, die Klagebefugnis der Verbände auf Fälle zu beschränken, die die Interessen einer erheblichen Zahl verbandsangehöriger Wettbewerber berühren, wird hinreichend Rechnung getragen, wenn im Wege des Freibeweises festgestellt werden kann, dass es dem Verband bei der betreffenden Rechtsverfolgung nach der Struktur seiner Mitglieder um die ernsthafte kollektive Wahrnehmung der Mitgliederinteressen geht (BGH GRUR 1996, 804 – Preisrätsel-Gewinnauslosung III; GRUR 2009, 692- Sammelmitgliedschaft VI). 44

Das ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Der Verfügungskläger hat dargelegt und durch Vorlage der Anlagen BB 6 bis BB 10 zur Berufungsduplik glaubhaft gemacht, dass insgesamt 5 Mitgliedsunternehmen Dienstleistungen oder Waren aus dem Bereich der Telekommunikation vertreiben. Dazu gehören die E. in Hamburg-Wandsbek, die jedenfalls Mobiltelefone und Handy-Direktversicherungen vertreibt, die F. in Düsseldorf, die Mobiltelefone und Einkaufs-Apps anbietet, die G. in Neckarsulm, die Mobilfunkdienstleistungen anbietet und deren Interessen über die H. durch deren Mitgliedschaft beim Verfügungskläger wahrgenommen werden, sowie die I. in Hamburg und die J. in Berlin, die gegenüber dem Verbraucher Mobiltelefone und Mobilfunk-Dienstleistungen anbieten (vgl. Anl. BB 6). Die K. bietet ebenfalls Mobilfunkdienstleistungen an (Anlage BB 9). Dass E., F., die H., I., J. und K. zu den Mitgliedern des Verfügungsklägers gehören, ist durch die eidesstattliche Versicherung D. vom 25. März 2015 (Anlage BB 8) glaubhaft gemacht. Mit diesen überwiegend namhaften Mitgliedern repräsentiert der Verfügungskläger erhebliche Teile der Branche der Telekommunikation. Sie weisen eine sehr unterschiedliche Struktur auf, indem eines von ihnen hauptsächlich Telekommunikationsdienstleistungen anbietet sowie weitere Mitglieder als Filial-Unternehmen oder Versandhändler entsprechende Waren und Dienstleistungen im Rahmen eines breiten, branchenübergreifenden Angebotes bereithalten. Die Filial-Unternehmen und Versandhändler unterscheiden sich dabei untereinander ebenfalls deutlich in ihrer Vertriebsstruktur. Daraus ergeben sich unterschiedliche Interessen dieser Mitglieder, weshalb sie ausreichend repräsentativ für den Markt der Telekommunikation sind, um eine rechtsmissbräuchliche Vorgehensweise des Verfügungsklägers auszuschließen. 45

Dem steht nicht entgegen, dass das einzige Mitgliedsunternehmen mit dem Schwerpunkt Telekommunikation nur einen sehr geringen Marktanteil besitzt, weil – wie bereits ausgeführt – die Gesamtzahl der in der Branche tätigen Unternehmen und deren Marktbedeutung nicht von entscheidender Bedeutung sind. Soweit die Verfügungsbeklagte zudem meint, bei den übrigen vier Mitgliedern hätten Telekommunikationsdienstleistungen im Vergleich zur gesamten Geschäftstätigkeit nur eine völlig untergeordnete Bedeutung, trifft dies jedenfalls für die Mitglieder „I.“ und „L.“ schon deshalb nicht zu, weil sie am Vertrieb konzerneigener Mobilfunktarife beteiligt sind. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Dienstleistungen nicht von dem Filial-Unternehmen selbst, sondern von Personen verschiedener Unternehmen erbracht werden. Für eine Tätigkeit auf demselben Markt reicht es aus, wenn der Absatz des einen durch irgendein wettbewerbswidriges Handeln des anderen Unternehmens beeinträchtigt werden kann, wobei die Beteiligten nicht derselben Wirtschafts- oder Handelsstufe angehören müssen. Deshalb steht nicht nur derjenige, der für die Telekommunikationsleistungen als Vertragspartner des Kunden verantwortlich ist, in einem Wettbewerbsverhältnis zur Verfügungsbeklagten, sondern ebenso ein Unternehmen, das diese Leistungen als Vertragspartner des Anbieters für diesen oder als Vertragspartner des Kunden tatsächlich erbringt. Letzteres ist insbesondere beim Mitglied „I.“ der Fall, weil dieses Unternehmen ausweislich der zur Glaubhaftmachung vorgelegten Anlage BB 6 auf seiner Internetseite Telekommunikationsdienstleistungen anbietet. Auch die M. und die N. sind aufgrund des Vertriebs von Dienstleistungen und Waren der Telekommunikation auf demselben Markt wie die Verfügungsbeklagte tätig. Auch wenn bei diesen Unternehmen die Tätigkeit in der Telekommunikationsbranche im Vergleich zur gesamten Geschäftstätigkeit nur eine völlig untergeordnete Bedeutung haben sollte, sind sie gleichwohl im vorliegenden Fall bei der gebotenen Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, weil nicht zuletzt die heterogene Mitgliederstruktur ein wesentlicher Grund für die Feststellung ist, dass der Verband nicht nur spezifische Einzelinteressen eines Mitglieds verfolgt und mithin nicht rechtsmissbräuchlich handelt. Der Gesichtspunkt der „völlig untergeordneten Bedeutung“ ist lediglich als Ausschlusskriterium zu verstehen, das allein auf praktisch bedeutungslose Nischenprodukte in Unternehmen mit einem weit gefächerten Angebot Anwendung findet. Zum einen sieht der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG eine auf den Umfang der Geschäftstätigkeit von Mitgliedsunternehmen bezogene Einschränkung nicht vor, und zum anderen wäre anderenfalls die Wahrnehmung der Interessen solcher Unternehmen durch Verbände praktisch erheblich eingeschränkt, weil etwa bei Versandhändlern, die Waren aller Arten vertreiben, das Handelsvolumen einer bestimmten einzelnen Branche häufig im Verhältnis zur gesamten Geschäftstätigkeit gering ist. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Verbandsklage in Prozessstandschaft“ (BGH GRUR 1998, 417) den Aspekt der „völlig untergeordneten Bedeutung“ nur in einem Nebensatz erwähnt, ohne ihn in späteren Entscheidungen nochmals aufzugreifen.

Dass bei den Mitgliedern N. und M. der Vertrieb in der Telekommunikationsbranche eine völlig untergeordnete Bedeutung besitzt, ist hiervon ausgehend nicht deshalb zu bejahen, weil beide im Vergleich zum Gesamtsortiment auf diesem Markt verhältnismäßig wenige Waren und/oder Dienstleistungen anbieten, zumal auch einzelne, häufig verkaufte Produkte nicht ein unerhebliches Geschäftsfeld darstellen können.

47

cc)

48

Dieses Vorbringen des Verfügungsklägers hat die Verfügungsbeklagte auch im Berufungsrechtszug nicht in erheblicher Weise bestritten. Nachdem der Verfügungskläger im Berufungsverfahren als Anlage BB 2 eine Mitgliederliste vom Stand am 2. Januar 2015 vorgelegt hat und die Richtigkeit ihres Inhaltes durch eidesstattliche Versicherung seiner

49

Geschäftsführerin D. vom selben Tage (Anlage BB 3) glaubhaft gemacht und überdies durch eine weitere eidesstattliche Versicherung D. vom 25. März 2015 (Anlage BB 8) glaubhaft gemacht hat, dass die Unternehmen I., F., M., H. und J. zu den Mitgliedern des Verfügungsklägers gehören, und zu deren Tätigkeitsfeldern als Anlagen BB 6 und BB 9 Auszüge aus deren Internetwerbung vorgelegt hat, konnte die Verfügungsbeklagte sich nicht darauf beschränken, dieses Vorbringen lediglich zu bestreiten, sondern sie hätte im einzelnen und unter Darstellung der hierzu herangezogenen Tatsachen vortragen müssen, welche vom Verfügungskläger dargelegten Tatsachen aus welchen Gründen nicht zutreffen, und ihr Vorbringen ebenfalls durch eidesstattliche Versicherungen oder in anderer geeigneter Weise glaubhaft machen müssen.

b) 50

Dass die angegriffene Werbeanzeige nicht die gemäß § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG erforderlichen Angaben enthält und infolgedessen eine unlautere geschäftliche Handlung vorliegt, ist auch im Berufungsverfahren unstrittig geblieben, so dass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen. 51

Die Wiederholungsgefahr wird durch den vorgekommenen Wettbewerbsverstoß vermutet und besteht fort, weil die Verfügungsbeklagte ein strafgesichertes Unterlassungsversprechen nicht abgegeben hat. 52

III. 53

Da die Berufung der Verfügungsbeklagten erfolglos geblieben ist, hat sie nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. 54

Eine Anordnung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit unterbleibt (Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 713 Rdnr. 1), da die Revision nach § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht statthaft ist. 55

Der Streitwert wird in Einklang mit der Festsetzung des Landgerichts für die Berufungsinstanz gemäß § 51 Abs. 1 und 4 GKG auf 20.000 € festgesetzt. 56

X. **Y.** **Z.** 57