
Datum: 04.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 41/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0604.4U41.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 17 O 32/08

Tenor:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird auf die Be-rufung der Antragstellerin das am 18. Dezember 2008 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer -Kammer für Handelssachen- des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Verfügung aufgege-ben, es zu unterlassen, im Dankschreiben zu behaupten,

a) die Schriftenreihe „Q“ habe ein außerordentlich positives Echo vor allen Dingen bei den Schulen gefunden,

b) dass den Antragsgegner täglich neue Anfragen und

Nachbestellungen von Schulen aus der Region des

Anzeigekunden erreichen,

wie geschehen in dem Schreiben an Frau P vom 04.11.2008 (Bl. 6 d.A.)

Dem Antragsgegner wird angedroht, dass für jeden Fall der

Zu widerhandlung gegen die angedrohten Verpflichtungen ein

Ordnungsgeld bis zu 250.000,- € und für den Fall, dass dieses nicht

beigetrieben werden kann, Ordnungshaft und/oder Ordnungshaft bis

zu 6 Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen in der Person des

Vorsitzenden des Vorstandes des Antragsgegners festgesetzt wird.

Im Übrigen bleibt der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

I.

2

Die Antragstellerin gibt im Auftrag der H verschiedene Publikationen heraus, die durch Anzeigen finanziert werden. Als mögliche Anzeigenkunden werden Unternehmen in dem Gebiet angesprochen, in dem die Publikationen erscheinen. Der Antragsgegner ist ein Verein zur Förderung des Kinder- und Jugendschutzes. Er verteilt eine Ratgeber-Reihe zu diesem Themenkomplex kostenlos an Schulen und andere Jugendeinrichtungen. Nach dem Impressum dieser Schriften ist Herausgeber die C GmbH & Co. KG in Hamburg.

3

Die Antragstellerin hat zunächst behauptet, ein männlicher Beauftragter des Antragsgegners habe am 9. September 2008 Frau P, die Inhaberin der D in S angerufen und bei ihr für eine Anzeige in der Schriftenreihe "Q" geworben. Frau P sei vor dem Telefonanruf die Schriftenreihe überhaupt nicht bekannt gewesen. Nach dem Anruf habe sie eine entsprechende Anzeige (Bl.36) in Auftrag gegeben. Der Auftrag sei dann am 24. September 2008 vom C bestätigt worden (Bl.37). Am 4. November 2008 habe sie ein Dankschreiben des Antragsgegners (Bl.6) erhalten, dem eine Verteilerliste mit 49 Schulen beigefügt gewesen sei. In dem Schreiben sei behauptet worden, die Schriftenreihe "Q" habe sowohl bei den Sponsoren als auch bei den Schulen ein außerordentlich positives Echo gefunden. Der Antragsgegner habe in dem Schreiben ferner behauptet, es gingen täglich neue Anfragen und Nachbestellungen von Schulen aus der Region von Frau P bei ihm ein. Diese Behauptungen seien falsch gewesen. Wie sich aus der eidesstattlichen Versicherung von Rechtsanwalt Dr. V vom 28. November 2008 (Bl.8 f.) ergebe, sei die Schriftenreihe unverlangt an die Schulen versandt worden. In keinem Fall hätten die in der Verteilerliste aufgeführten Schulen positiv darauf reagiert oder Nachbestellungen vorgenommen.

4

Die Antragstellerin hat gemeint, die Parteien seien Wettbewerber, da beide Informationsbroschüren herausgäben, die über Anzeigen finanziert würden. Der Antragsgegner trete jedenfalls nach außen wie der Herausgeber der mit seinem Vereinsnamen gleichnamigen Schriftenreihe auf. Der (eine) Werbeanruf bei Frau P sei ohne

5

deren vorherige Einwilligung erfolgt und stelle nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG einen Wettbewerbsverstoß dar. Die falschen Angaben im Schreiben vom 4. November 2008 seien als eine irreführende Werbung des Antragsgegners im Sinne der §§ 3, 5 UWG anzusehen. Das Dankschreiben sei zur Förderung des Absatzes der Dienstleistungen des Antragsgegners oder des von ihm geförderten C abgesandt worden und habe Marktbezug.

Die Antragstellerin, die nach ihrer Behauptung am 6. November 2008 von dem Werbeverhalten des Antragsgegners gegenüber Frau P erfahren hat, hat mit dem am 1. Dezember 2008 beim Landgericht Bochum eingegangenen Antrag die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung in Anspruch genommen, es unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

1. für Anzeigen in der Schriftenreihe "Q" telefonisch zu werben, ohne dass die angerufenen Personen zuvor in irgendeiner Weise die Einwilligung mit einem solchen Anruf erklärt haben,

2. in Dankschreiben zu behaupten,

a) die Schriftenreihe "Q" habe ein außerordentlich positives Echo vor allen Dingen bei den Schulen gefunden,

b) dass den Antragsgegner täglich neue Anfragen und Nachbestellungen von Schulen aus der Region des Anzeigenkunden erreichen,

sofern die Unrichtigkeit dieser Behauptungen anhand der Verteillisten der jeweiligen Broschüre nachgewiesen werden kann.

Der Antragsgegner hat sich gegen den Erlass der einstweiligen Verfügung verteidigt. In der Sache hat er gemeint, der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis, weil zwischen den Parteien kein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestünde. Er sei nur Initiator, aber nicht Herausgeber der Ratgeber-Reihe "Q". Die Reihe würde vom C herausgegeben, der auch allein für die Anzeigenwerbung verantwortlich sei. Allein diesem habe Frau P einen Anzeigenauftrag erteilt, wie sich aus dem eigenen Vortrag der Antragstellerin ergäbe. Der Antragsgegner hat behauptet, die bei ihm beschäftigte Frau B habe in seinem Auftrag Frau P und andere Unternehmer angerufen, um das Projekt vorzustellen. Danach habe sie gefragt, ob der C sich wegen einer Anzeige melden dürfte, was im Falle von Frau P bejaht worden sei. Offenbar habe der Verlag dann auch angerufen, was zu dem Anzeigenauftrag geführt habe. In diesem Zusammenhang hat der Antragsgegner eine eidesstattliche Versicherung von Frau B (Bl.39) vorgelegt. Im Übrigen hat der Antragsgegner gemeint, das Dankschreiben sei schon keine Werbung im Sinne des § 5 UWG. Es seien aber auch tatsächlich positive Reaktionen der Schulen erfolgt und es habe auch Nachbestellungen gegeben. Dazu hat der Antragsgegner drei Schreiben verschiedener Schulen (Bl. 43 ff.) vorgelegt, die Ende Oktober 2008 bei ihm eingegangen seien.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es fehle bereits an einem Wettbewerbsverhältnis der Parteien. Während die Antragstellerin Anzeigenwerbung für von ihr herausgegebene Publikationen betreibe, verteile der Antragsgegner lediglich eine Ratgeberreihe, die ein anderer Verlag herausgebe und über Anzeigen finanziere. Es lasse sich nicht feststellen, dass der Antragsgegner Anzeigenkunden einwerbe, um eine von ihm herausgegebene Publikation zu finanzieren. Auch in der Sache bestehe kein Unterlassungsanspruch. Es sei nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsgegner Gewerbetreibende ohne deren

mutmaßliche Einwilligung angerufen habe. Zwar habe Frau P angegeben, dass sie ohne vorherige Anmeldung vom Antragsgegner angerufen worden sei. Es sei aber nicht festzustellen, dass es sich dabei um den Anruf gehandelt habe, der zu dem Anzeigenauftrag geführt habe. Denn der Antragsgegner habe glaubhaft gemacht, dass er zwar Firmen von Frau B habe anrufen lassen, um das Projekt vorzustellen. Daraus ergebe sich aber nicht zwingend, dass diese auch Frau P angerufen habe. Denn Frau P wollte nur ein Gespräch mit einem Mann geführt haben; Frau B habe erklärt, dass sie keine Angaben zu den Anzeigen gemacht habe. Schließlich lasse sich mit einem einzigen Werbeanruf durch Frau B auch nicht vereinbaren, dass der Auftrag dem C erteilt worden sei und nicht etwa dem Antragsgegner. Soweit es um die von der Antragstellerin beanstandeten Angaben in dem Dankschreiben gehe, lasse sich nicht feststellen, dass diese falsch seien. Recherchen der Antragstellerin hätten zwar in 11 von 49 Fällen ergeben, dass die vom Antragsgegner angeschriebenen Schulen weder positiv reagiert noch nachbestellt hätten. Dem stehe aber gegenüber, dass der Antragsgegner drei Anforderungen von Schulen vorgelegt habe, in der zeitnah vor dem Dankschreiben positive Stellungnahmen abgegeben und Nachbestellungen vorgenommen worden seien.

Die Antragstellerin greift das Urteil mit der Berufung an. Sie verfolgt aber ihre ursprünglichen Unterlassungsanträge nicht unverändert weiter. Im Hinblick auf die beanstandete Telefonwerbung soll es nunmehr unterlassen werden, 14

für Anzeigen in der Schriftenreihe Q durch Beauftragte in der Weise telefonisch zu werben, dass der Beauftragte bei ihm unbekannten Personen in Unternehmen anruft, um diese Personen bzw. die von diesen Personen vertretenen Unternehmen entweder selbst um eine Anzeige zu bitten oder um das Einverständnis dieser Personen mit einem Werbeanruf des C zum Zwecke der Anzeigenwerbung einzuholen. 15

Im Hinblick auf die irreführende Werbung sollen die beanstandeten Behauptungen im Dankschreiben unterlassen werden, **sofern diese Behauptungen nicht richtig sind.** 16

Zur Begründung ihres geänderten Antrages zu 1) bezieht sich die Antragstellerin auf die vom Antragsgegner vorgelegte eidesstattliche Versicherung von Frau B. Diese habe auch nach dem eigenen Vortrag des Antragsgegners bei unbekannten Firmen angerufen, um die von ihm verteilte Schriftenreihe kurz vorzustellen und das Einverständnis mit einem Werbeanruf des C einzuholen. Der Verlag rufe nach Erteilung des Einverständnisses bei dem Kunden an, um ihn zur Aufgabe einer Anzeige zu veranlassen. Das arbeitsteilige Vorgehen sei Folge davon, dass dem C durch einstweilige Verfügung des Landgerichts Düsseldorf –37 O 47 / 08- untersagt worden sei, Werbeanrufe ohne vorherige Einwilligung des angerufenen Unternehmens zu tätigen. Der Verlag habe in einem Bestrafungsverfahren selbst vorgetragen, dass er sein Werbeverhalten dahin geändert habe, dass er jetzt den Antragsgegner vorab bei den betreffenden Firmen anrufen lasse, um das Einverständnis für einen Werbeanruf einzuholen. Dazu legt die Antragstellerin einen Beschluss vom 2. März 2009 des LG Düsseldorf (Bl.92 f.) vor. Die Antragstellerin hält es für unstrittig, dass Frau B bei Frau P angerufen habe. Für die gegenteilige Feststellung des Landgerichts sei also kein Raum gewesen. In diesem Falle sei schon direkt nach dem Anruf ein Reservierungsformular übersandt worden, ohne dass ein weiterer Anruf des Verlages erfolgt sei. Insoweit bezieht sich die Antragstellerin auf eine ergänzende eidesstattliche Versicherung der Frau P vom 16. Februar 2009 (Bl.95). Es kann nach ihrer Meinung letztlich aber sogar offen bleiben, wer bei Frau P angerufen habe und ob es ein oder zwei Telefonate gegeben hätte. Es liege in jedem Fall eine Wettbewerbshandlung des Antragsgegners zugunsten des C vor, wenn er sich auf diese Weise in die Anzeigenwerbung einbinden lasse. Die Antragstellerin legt mit näheren 17

Ausführungen dar, dass eine mutmaßliche Einwilligung nicht vorgelegen habe. Sie könne insbesondere nicht allein daraus hergeleitet werden, dass der Anzeigenauftrag tatsächlich erteilt worden sei. Die beiden beanstandeten Behauptungen in dem Dankschreiben, die Gegenstand des Antrages zu 2) sind, hält die Antragstellerin nach wie vor für unrichtig. Für ein "außerordentlich positives Echo" bei den angeschriebenen Schulen reichten die vorgelegten drei positiven Stellungnahmen bei 49 Schulen nicht aus. Der Antragsgegner könne anhand der Verteilerliste zu sämtlichen Reaktionen vortragen und das Echo in größerem Maßstab belegen. Die Tatsache, dass er das nicht tue, erlaube nur die Schlussfolgerung, dass es ein solches außerordentlich positives Echo bei den Schulen nicht gebe. Zu der positiven Resonanz von Sponsoren sei nichts vorgetragen. Ähnliches gelte für die behaupteten täglich neuen Anfragen und Nachbestellungen der Schulen. Es komme hinzu, dass es den Schulen ohne Genehmigung der Schulaufsicht auch gar nicht erlaubt sei, solche Werbesendungen anzunehmen und die Broschüren zu verteilen. Mit neuem Vortrag macht die Antragstellerin nunmehr noch geltend, auch die weiteren Behauptungen im Dankschreiben, die Schriftenreihe sei ein wichtiger Beitrag zur Förderung des Kinder- und Jugendschutzes, und es seien 1.092.050 Exemplare verteilt worden, seien so nicht zutreffend.

Der Antragsgegner verteidigt das angefochtene Urteil. Er rügt zunächst, dass in dem geänderten Klageantrag zu 1) eine unzulässige Klageänderung zu sehen sei. Der geänderte Verbotsantrag stelle einen geänderten Streitgegenstand dar, soweit er sich nunmehr auch darauf beziehe, dass er, der Antragsgegner, bestimmte Unternehmen auf telefonischem Wege gebeten habe, in einen Werbeanruf des C einzuwilligen. Es fehle auch an einem Verfügungsgrund. Die Antragstellerin habe ihr Verfügungsbegehren jedenfalls zuletzt nicht mehr so zügig betrieben, wie es der vermuteten Eilbedürftigkeit entsprochen hätte. Die Ausschöpfung der Fristen sei angesichts der Gesamtumstände hier ausnahmsweise dringlichkeitsschädlich. Die Antragstellerin hätte in Zusammenhang mit den seit langem geführten Auseinandersetzungen mit dem C viel früher von dessen angeblich arbeitsteiligen Zusammenwirken mit ihm, dem Antragsgegner, bei der Anzeigenwerbung Kenntnis haben müssen. Es komme hinzu, dass das Vorgehen der Antragstellerin auch rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG sei, weil es Teil ihres Bestrebens sei, den C als lästigen Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Die Antragstellerin betreibe im Übrigen selbst Telefonwerbung für Anzeigen in ihren Publikationen, ohne vorher die Zustimmung der Angerufenen eingeholt zu haben. Der Antragsgegner weist darauf hin, dass einem Wettbewerbsverhältnis schon entgegen stehe, dass er selbst kein Unternehmer sei, weil seine Tätigkeit ausschließlich darauf gerichtet sei, Geldspenden einzuwerben, um seine Aufgaben und Ziele verwirklichen zu können. Neben der Verteilung der von ihm initiierten Schriftenreihe unterstütze er etwa Schulen bei der Durchführung spezieller Projekte aus dem Bereich des Jugendschutzes. Es liege auch kein Wettbewerbsverstoß vor, wenn er durch seine Mitarbeiter bei Unternehmen anrufe und diese über die Vereinsarbeit informiere. Auch die Frage nach der Erlaubnis zu einem Anruf des C sei nicht wettbewerbswidrig. Darin sei insbesondere kein Werbeanruf zu sehen, da der Anzeigenverkauf ausschließlich Sache des C sei. Diese Frage könne aber ohnehin nicht in diesem Verfahren geklärt werden, weil sich die Antragstellerin hier nur darauf gestützt habe, dass er als Antragsgegner selbst Anzeigenwerbung per Telefon betrieben habe. Der Antragsgegner bestreitet weiterhin, dass er bei Frau P direkt für einen Anzeigenauftrag geworben habe. Frau B habe diese zwar einmal angerufen, aber über die Anzeigen keine Auskunft gegeben. Das Reservierungsformular sei Frau P vielmehr vom C übersandt worden. Aus keiner der eidesstattlichen Versicherungen von Frau P ergebe sich ausdrücklich, dass ihr Frau B eine Anzeige angedient habe. An der Richtigkeit der in sich widersprüchlichen und stets dem Verfahrensstand angepassten Versicherungen von Frau P bestünden im Übrigen auch

erhebliche Zweifel. Im Hinblick auf den geltend gemachten Anspruch aus § 5 Abs. 1 UWG macht der Antragsgegner weiter geltend, dass es sich bei dem Dankschreiben nicht um Werbung handele. Die beanstandeten Behauptungen seien auch zutreffend, wie die vorgelegten und weiteren bei ihm vorhandenen Reaktionen der Schulen zeigten.

Mit seinem am 27. Mai 2009 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz, der fälschlich auf den 2. Mai 2009 datiert ist, weil er zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 14. Mai 2009 Stellung nimmt, vertieft der Antragsgegner den Vortrag aus der Berufungsbegründung. Er trägt nunmehr vor, Herr M, ein Mitarbeiter des C habe am 9. September 2008 den Anzeigenauftrag von Frau P telefonisch eingeworben, nachdem Frau P zuvor dem Anruf zugestimmt habe. Der Antragsgegner verwahrt sich mit näheren Ausführungen gegen die Annahme, es gehe ihm darum, die Anzeigen des genannten Verlages unter die Leute zu bringen. Ergänzend legt der Antragsgegner fünf an ihn gerichtet E-Mail-Anfragen vor, um das Interesse an der Schriftenreihe zu belegen. 19

II. 20

Die Berufung der Antragstellerin ist teilweise begründet. Ihr steht zwar gegenüber dem Antragsgegner wegen des Anrufs bei Frau P der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Sie kann aber im Rahmen des geänderten Antrages Unterlassung der beanstandeten Aussagen in dem Dankschreiben des Antragsgegners an Frau P verlangen, weil darin eine irreführende Werbung zu sehen ist. 21

1) Im Hinblick auf das Rechtsschutzziel bezog sich der ursprüngliche Antrag zu 1) allein auf folgenden Wettbewerbsverstoß: Ein Beauftragter des Antragsgegners rief am 9. September 2008 Frau P an, um für eine Anzeige in der Schriftenreihe "Q" zu werben. Damit korrespondierte der Vortrag, dass die Zeugin P von einem Mann angerufen worden sei und dass es mehr als diesen einen Anruf nicht gegeben habe. Der nunmehr gestellte Antrag bezieht sich auf zwei Varianten von Wettbewerbsverstößen. Einmal bleibt es bei dem ursprünglichen Vorwurf. Hinzu kommt aber ein Verstoß, der darin liegen soll, dass der Beauftragte des Antragsgegners bei unbekannten Unternehmen anruft, um diese zu bitten, ihr Einverständnis mit einem Werbeanruf des C zum Zwecke der Anzeigenwerbung einzuholen. Darin sieht sie einen gesonderten Wettbewerbsverstoß. Dabei handelt es sich aber um einen neuen Streitgegenstand. Eine solche Erweiterung des Verfügungsantrages ist nach § 533 Nr. 2 ZPO nicht zulässig. Außerdem fehlt dem Senat insoweit die funktionelle Zuständigkeit, da die erste Instanz über einen solchen Streitgegenstand nicht entschieden hat. 22

2) Bei dem Verbot der mit dem Antrag zu 2) beanstandeten irreführenden Werbung im Dankschreiben geht es der Antragstellerin nicht um die Behauptungen als solche, sondern in deren Eigenschaft als Angaben, die in ihrem Umfeld irreführend sein sollen. Es bedurfte deshalb der Einbeziehung des Dankschreibens als die konkrete Verletzungshandlung in den Antrag. Das ändert aber nichts daran, dass die Irreführung nur auf die Unrichtigkeit der beiden hervorgehobenen Behauptungen gestützt werden soll. Soweit in der Berufungsinstanz weitere Aussagen in dem Dankschreiben in Zweifel gezogen werden, geschieht dies nur *colorandi causa*. Es kommt nach dem Antrag auch ausschließlich auf die positiven Stellungnahmen der Schulen an; die gleichfalls angesprochenen positiven Stellungnahmen der Sponsoren sind nicht angegriffen worden. Grundlage des Verbots bleibt aber die Behauptung der Antragstellerin, dass die im Antrag hervorgehobenen Angaben nicht richtig sind. Das Verbot der Behauptungen kann aber nicht daran geknüpft werden, dass die Behauptungen nicht richtig sind. Denn das hätte zur Folge, dass im Vollstreckungsverfahren überprüft werden müsste, ob die Behauptungen nun richtig sind oder nicht. Den sich daraus 23

ergebenden Bedenken hat die Antragstellerin durch eine Änderung ihres Verfügungsantrages zu 2) hinreichend Rechnung getragen. Danach bestehen Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit dieses Antrags nicht mehr.

3) Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Antragstellerin im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG ist hier nicht ausreichend vorgetragen. Selbst verbissen ausgetragene Auseinandersetzungen der Antragstellerin mit dem C machen es nicht missbräuchlich, wenn diese nun auch gegen den Antragsgegner vorgeht, weil dieser sich unterstützend in die Anzeigenwerbung des Verlages einbinden lässt. In Ausnahmefällen kann es ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch sein, wenn sich der Anspruchsteller in gleicher Weise wettbewerbswidrig verhält, also gleichfalls unerwünschte Telefonwerbung betreibt. Das Indiz ist hier aber unzureichend, weil es der Antragstellerin neben anderen Motiven immer auch darum geht, dass die Wettbewerber und ihre Unterstützer (auch) keine Werbeanrufe mehr starten, wenn ihr diese attraktive Werbeform verschlossen bleibt. 24

4) Der Verfügungsgrund ist, soweit es um die ursprünglichen Unterlassungsansprüche geht. Er wird angesichts der behaupteten Wettbewerbsverstöße nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Vermutung dadurch widerlegt sein könnte, dass sich die Antragstellerin zu viel Zeit mit der Rechtsverfolgung genommen hat. Die Antragstellerin hat nach ihren unwiderlegten Angaben am 6. November 2008 gleichzeitig Kenntnis von dem Werbeanruf bei Frau P und dem Dankschreiben erhalten. Für eine frühere Kenntnisnahme oder eine Vorkennntnis von entsprechenden Anrufen bei anderen Unternehmern spricht nichts. Bereits am 1. Dezember 2008 ist der Verfügungsantrag bei Gericht eingegangen. Das noch nicht einmal vollständige Ausnutzen der Fristen für die Berufung und deren Begründung ist gleichfalls nicht dringlichkeitsschädlich. Soweit nunmehr ein anderer Streitgegenstand zum Gegenstand des geänderten Unterlassungsanspruchs gemacht wird, fehlt es allerdings auch noch am Verfügungsgrund, weil der zugrunde liegende Lebenssachverhalt jedenfalls im Termin vom 18. Dezember 2008 bekannt geworden ist, während der geänderte Antrag, mit dem dieser zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden sollte, erstmals mit Schriftsatz vom 16. März 2009 angekündigt worden ist, also Monate später. 25

5) Ein im Hinblick auf den Antrag zu 1) allein denkbarer Unterlassungsanspruch der Antragstellerin wegen des ursprünglichen Vorwurfs, nämlich des Anrufs der vom Antragsgegner beauftragten Person bei Frau P setzt ihre Antragsbefugnis, eine unlautere Wettbewerbshandlung des Antragsgegners in Form einer belästigenden Telefonwerbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG a.F. ebenso voraus wie eine unzulässige geschäftliche Handlung im Sinne der geänderten Vorschrift. 26

a) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich vorliegend aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Die Antragstellerin ist Mitbewerberin im Sinne dieser Vorschrift. Sie steht zwar nicht in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zum Antragsgegner. Sämtliche vorgelegten Unterlagen sprechen dafür, dass der Antragsgegner gerade keine über Anzeigen finanzierte Publikationen herausgibt und auch nicht für die Anzeigenwerbung der von ihm verteilten Publikationen verantwortlich ist. Das will die Antragstellerin wohl selbst auch nicht mehr in Zweifel ziehen. Es reicht aber auch die Förderung fremden Wettbewerbs durch den Antragsgegner aus. Davon ist hier auszugehen. Dadurch, dass der Antragsgegner sich nach eigenem Vortrag auf die Weise in die Anzeigenwerbung für den C einschaltet, dass er diesem durch telefonische Anfragen den Weg zur Telefonwerbung ebnet, die dem Verlag inzwischen auch gerichtlich verboten ist, fördert er auch als gemeinnütziger Verein über die eigene Zielsetzung des Jugendschutzes hinaus Erwerbszwecke und handelt im geschäftlichen 27

Verkehr. Dem steht nicht entgegen, dass der Antragsgegner selbst gar keinen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält (vgl. Piper/Ohly, UWG, 4. Auflage, § 2 Rdn. 11). Zwischen dem vom Antragsgegner systematisch geförderten C und der Antragstellerin besteht unzweifelhaft ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.

b) Der Unterlassungsanspruch setzt nach § 8 Abs. 1 UWG ferner voraus, dass der Antragsgegner mit seinem Telefonanruf bei Frau P einen Wettbewerbsverstoß begangen hat. Nach der Regelung des § 7 Abs. 1 UWG in der alten Fassung hat er unlauter gehandelt und nach neuem Recht hat er eine eigenständige unzulässige geschäftliche Handlung begangen, wenn in dem streitgegenständlichen Telefonanruf ein Werbeanruf zu sehen wäre, mit dem der Angerufene nicht einverstanden war. An einem solchen eigenständigen Werbeanruf des Antragsgegners fehlt es hier. Die Antragstellerin hat zwar vorgetragen, dass die vom Antragsgegner beauftragte Person bei Frau P angerufen, ihr selbst eine Anzeigenwerbung nahegelegt und schließlich auch das Reservierungsformular übersandt hat. Bei einem solchen Verhalten sollte die Angerufene durch den Anruf unmittelbar zum Eingehen eines Vertragsverhältnisses, hier eines Anzeigenauftrags bestimmt werden, zumal zunächst kein anderes Unternehmen als Vertragspartner in Erscheinung trat. Eine solche Verletzungshandlung hat die Antragstellerin aber nicht glaubhaft gemacht. Die eidesstattliche Versicherung der Frau P vom 16. Februar 2009 reicht dafür nicht aus. Aus den unterschiedlichen eidesstattlichen Versicherungen der Frau P geht zum einen nicht hervor, wer angerufen und ihr die Anzeige empfohlen hat. Es war erstinstanzlich ausdrücklich von einem männlichen Anrufer die Rede. Frau P will außerdem nur mit Sicherheit wissen, dass es nur einen Anruf des Betreffenden gegeben hat, nach dem dann unmittelbar das Reservierungsformular übersandt worden ist. Die Antragstellerin versucht die Lücke zu ihrem Vortrag nun damit zu füllen, dass sie den Inhalt der eidesstattlichen Versicherung von Frau B und den Vortrag des Antragsgegners zur unterstützenden Anrufaktion mit heranzieht. Sie macht geltend, Frau B müsse auch Frau P angerufen und zwangsläufig alles im Hinblick auf den späteren Anzeigenauftrag in die Wege geleitet haben, da es in diesem Fall keinen zweiten Anruf gegeben habe. Dieser Versuch scheitert aber daran, dass die Antragstellerin die Erklärung von Frau B unzulässigerweise im Sinne der "Rosinentheorie" aufspaltet. Wenn die Antragstellerin deren Erklärung in Zusammenhang mit dem Vortrag des Antragsgegners zugrunde legt, muss sie sie auch vollständig berücksichtigen. Danach hat Frau B zwar auch Frau P angerufen, aber sie hat gerade nicht versucht, diese zu einem Anzeigenauftrag zu veranlassen, sondern nur gefragt, ob der C wegen einer Anzeige anrufen dürfe. Wie sich auch aus der Reservierungsbestätigung und der späteren Korrespondenz eindeutig ergibt, hat der C die Reservierungsbestätigung übersandt. Nach dem letzten Vortrag des Antragsgegners soll der beim Verlag beschäftigte Herr M zuvor angerufen haben. Aber selbst wenn es nach dem Anruf von Frau B zu keinem weiteren Anruf mehr gekommen sein sollte, sondern der C entgegen der sonstigen Übung ohne weiteren Anruf unmittelbar die Bestätigung geschickt hätte, würde der Anruf der Frau B dadurch nicht zu einem eigenen Werbeanruf der behaupteten Art. Ob die Praxis des Antragsgegners, in der von ihm selbst geschilderten Art und Weise mit dem Verlag zusammen zu arbeiten, bereits für sich wettbewerbswidrig ist, bedarf in diesem Rechtsstreit gerade keiner Entscheidung.

6) Im Hinblick auf den Antrag zu 2) besteht allerdings ein Unterlassungsanspruch der Antragstellerin aus §§ 8 Abs. 1, 3, 5 Abs. 1 UWG. Die beanstandeten Behauptungen im Dankschreiben des Antragsgegners haben relevante irreführende Angaben über (wesentliche) Merkmale der von ihm erbrachten Dienstleistung zum Gegenstand, und zwar in Anbetracht der inzwischen eingetretenen Gesetzesänderung nach der alten und der neuen Fassung der Vorschrift.

28

29

30

- a) Die Antragstellerin ist auch im Hinblick auf diesen behaupteten Wettbewerbsverstoß antragsbefugt nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG als Mitbewerberin des vom Antragsgegner geförderten Ces. In dessen gezielter Förderung ist, auch wenn sie durch die Abfassung eines Dankschreibens der beanstandeten Art geschieht, sowohl eine Wettbewerbshandlung als auch eine geschäftliche Handlung des Antragsgegners zu sehen. Dem steht im Hinblick auf einen Unterlassungsanspruch nach altem Recht nicht entgegen, dass das Schreiben erst nach Abschluss des geförderten Geschäfts versandt wurde. Denn die Angaben in dem Schreiben dienen erkennbar nicht nur der Danksagung in Bezug auf einen abgeschlossenen Geschäftsvorgang, sondern sollen im Rahmen einer jedenfalls aus Sicht des C auf Dauer angelegten Vertragsbeziehung die Bereitschaft fördern, die geschilderte wichtige Arbeit und deren Ergebnisse weiterhin zu fördern und damit auch weiterhin Anzeigen in den Publikationen aufzugeben, die der geförderte Verlag herausgibt. Nach neuem Recht liegt ohnehin auch dann eine irreführende geschäftliche Handlung vor, wenn nach Geschäftsabschluss irreführende Angaben über wesentliche Merkmale der Dienstleistung gemacht werden, die den Absatz eines Dritten fördern. Darauf, dass der Antragsgegner kein Unternehmen betreibt, kommt es nicht an. Es genügt auch insoweit die irreführende Angabe eines Idealvereins zur Förderung fremden Wettbewerbs, wenn dieser wie hier in einem funktionellen Zusammenhang mit dem geförderten Unternehmen steht, das er mit der Wahrung seiner ideellen Interessen beauftragt hat (vgl. Hefermehl/Bornkamm, UWG, 27. Auflage, § 5 Rdn. 2.27 f.). Auf den funktionellen Zusammenhang hat der Antragsgegner im Dankschreiben selbst hingewiesen, indem er sich als Initiator der Schriftenreihe bezeichnet.
- b) Der Antragstellerin steht ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG zu, weil der Antragsgegner mit den beanstandeten Aussagen im Dankschreiben eine unlautere Wettbewerbshandlung und auch eine unzulässige geschäftliche Handlung im Sinne des § 3 UWG in seinen beiden Fassungen vorgenommen hat. Die vor der Gesetzesänderung begangene Verletzungshandlung stellt nach altem Recht einen Verstoß gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG a.F. dar und ist im Hinblick auf die Zukunftswirkung des Unterlassungsanspruchs auch eine irreführende geschäftliche Handlung im Sinne des neuen Rechts gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG n.F. 31
- c) Nach altem Recht ist Voraussetzung für ein unlauteres Wettbewerbshandeln eine irreführende Werbung. Eine Werbung ist irreführend, wenn die in ihr enthaltenen Angaben über Merkmale der Dienstleistung bei den angesprochenen Verkehrskreisen einen unrichtigen Eindruck hervorrufen. Das ist hier der Fall. 32
- aa) Aus den Ausführungen zur Antragsbefugnis folgt schon, dass das Dankschreiben des Antragsgegners eine Maßnahme der Förderung des Absatzes des C darstellt und damit als Werbung im Sinne des § 5 Abs. 1 UWG a.F. anzusehen ist. Die beanstandeten Werbeaussagen des Antragsgegners sind auch Informationen tatsächlicher Art, die inhaltlich nachprüfbar sind. Aussagen über die Resonanz und die Nachfrage nach den Publikationen und damit über die geschäftlichen Verhältnisse des Geförderten zum Gegenstand haben. Soweit es um das "außerordentliche positive Echo" bei den Schulen geht, enthält diese Aussage auch dann, wenn man in ihr eine wertende Meinungsäußerung sieht, jedenfalls einen nachprüfbaren Tatsachenkern. Es kann anhand von Stellungnahmen oder Nachfragen überprüft werden, ob die angesprochenen Schulen die Ratgeber-Reihe positiv aufgenommen haben oder nicht. Die Angabe über die täglich neuen Anfragen und Nachbestellungen von Schulen ist eine Tatsachenbehauptung, die ohne weiteres überprüft werden kann. Entweder gibt es solche Anfragen und Nachbestellungen in der beschriebenen Häufigkeit oder nicht. Die Aussagen sind dabei so differenziert gemacht und mit der Zahl der insgesamt verteilten Exemplare belegt, dass sie nicht als übertreibende Angaben eingestuft, sondern ernst 33

genommen werden.

bb) Bei dem außerordentlich positiven Echo der Ratgeber-Reihe von den Schulen und den täglich neuen Anfragen und Nachbestellungen von Schulen handelt es sich auch um irreführende Angaben im Sinne des § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. . Dafür ist entscheidend, wie die angesprochenen Verkehrskreise, hier die für entsprechende Anzeigen in Frage kommenden Unternehmen, die Werbeaussage verstehen. Zur abschließenden Beurteilung sind dabei alle Bestandteile des Dankschreibens zu berücksichtigen. Die angesprochenen Verkehrskreise entnehmen in diesem Zusammenhang den beanstandeten Aussagen jedenfalls, dass die kostenlos verteilte Ratgeber-Reihe außerordentlich gut bei den Schulen aufgenommen worden ist und zu einer regelrechten Flut von täglichen Anfragen und Nachbestellungen geführt hat. Da es zu einem "Echo" gekommen ist, erwarten sie Rückmeldungen der Schulen, die eine Beurteilung der besonders positiven Einschätzung erlauben. Das Initiieren und Verlegen der Ratgeber-Reihe stellt sich damit gerade aus Sicht der Schulen als wesentlichen Ansprechpartnern als Erfolg dar. Es besteht danach ein **ausgewiesener** Bedarf an weiteren Exemplaren, deren Verteilung über weitere Anzeigen finanziert werden muss und es steht zu erwarten, dass auch die weiteren Exemplare für eine entsprechende Verbreitung der Anzeigen gerade auch in der Region der Angeschriebenen sorgen.

34

cc) Diese Vorstellung der angesprochenen Unternehmen ist aber unrichtig. Es gibt keine solche Flut von besonders positiven Stellungnahmen, Anfragen oder Nachbestellungen von Schulen, insbesondere nicht der 49 Schulen, die in der mitgeschickten Verteilerliste erwähnt werden. Die Antragstellerin hat entsprechende Nachforschungen angestellt, deren Ergebnisse es nahe legen, dass die fraglichen Angaben so nicht richtig sein können. Es wäre nunmehr die Obliegenheit des Antragsgegners gewesen, die in seinem Bereich liegenden Tatsachen, die ihn zu den entsprechenden Aussagen im Dankschreiben veranlasst haben, vorzutragen. Denn er durfte solche Aussagen nicht ohne eine entsprechende Würdigung der Art des Versands und der Reaktionen machen. Der Antragsgegner hat aber zunächst nur drei positive Stellungnahmen und Nachbestellungen von Schulen aus dem betroffenen Bereich sowie eine Email über die Verteilung der Ratgeber (Bl.128) vorgetragen, die allerdings vom 5. November 2008 stammt und dem Antragsgegner bei Abfassung des Dankschreibens noch gar nicht bekannt sein konnte. Später hat er noch einmal fünf Anfragen von Lehrern unterschiedlichster Schulen aus verschiedenen Anlässen vorgelegt. Die sich aus den vorgelegten Unterlagen ergebende Resonanz rechtfertigte die beanstandeten Angaben aber in keiner Weise. Das gilt umso mehr, dass von täglich eintreffenden Anfragen und Nachbestellungen oder jedenfalls einer entsprechenden Flut nur dann die Rede sein kann, wenn diese von einer gewissen Dauer und Nachhaltigkeit sind. Es reicht dafür nicht aus, wenn die drei Nachbestellungen in vier Tagen Ende Oktober 2008 und damit kurz vor der Abfassung des Dankschreibens eingegangen sind. Auch die sonstigen Förderungsmaßnahmen des Antragsgegners und die positiven Reaktionen der geförderten Schulen müssen insoweit außer Betracht bleiben. Die Vorlage der erwähnten Korrespondenz in Zusammenhang mit der Übersendung der Ratgeber-Reihe an die Schulen ist dagegen auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht erfolgt.

35

dd) Die Fehlvorstellung der angeschriebenen Unternehmen ist auch wettbewerbsrechtlich relevant. Sie kann die Entscheidung der angesprochenen Verkehrskreise maßgeblich beeinflussen, weiterhin Anzeigen in der Schriften-Reihe "Q" aufzugeben. Denn eine Broschüre solcher Art, die von den Schulen so gut angenommen wird, ist zum einen ein geeigneterer Werbeträger und erfüllt zum anderen die Aufgabe des Jugendschutzes erkennbar besser. Das kann gleichfalls ein Motiv sein, in der Broschüre weiterhin Anzeigen

36

zu schalten.

d) Auch nach neuem Recht handelt es sich um eine irreführende geschäftliche Handlung, weil das Dankschreiben unwahre Angaben über die wesentlichen Merkmale der Dienstleistung, nämlich Vorteile der Ratgeber-Reihe, in der die Anzeigen aufgegeben worden sind und weiterhin aufgegeben werden sollten, enthielt (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG n.F.). Die Irreführung ist aus den obigen Gründen auch geschäftlich relevant. 37

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 38

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 39