
Datum: 24.11.1995
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 28/95
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1995:1124.6U28.95.00

Normen: UWG §§ 3, 13 Abs. 2 Nr. 2, 24 Abs. 2; ZPO § 512 A;
WERBUNG FÜR ANZEIGEN IN BRANCHENANZEIGER;
DRITTUNTERWERFUNG;

Leitsätze:

Oberlandesgericht Köln, 6. Zivilsenat, Urteil vom 24.11.1995 - 6 U 28/95 -. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

Werbung für Anzeigen in Branchenanzeiger; Drittunterwerfung

UWG §§ 3, 13 Abs. 2 Nr. 2, 24 Abs. 2; ZPO § 512 a 1. Das Berufungsgericht ist an die Bejahung der örtlichen Zuständigkeit durch die Vorinstanz auch dann gebunden, wenn diese ihrer Entscheidung eine unzutreffende Vorschrift zugrundegelegt hat (hier: § 24 Abs. 2 UWG a.F. statt § 24 Abs. 2 n.F. UWG). 2. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, daß ein Verband gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG auch dann klagebefugt ist, wenn ihm die Mitglieder, deren Interessen er kollektiv vertritt, (nur) mittelbar, nämlich über Zusammenschlüsse, die ihrerseits Mitglieder des klagenden Verbandes sind, angehören. 3. Bei der Frage, ob durch Drittunterwerfung die Wiederholungsgefahr entfallen ist, kommt es nicht darauf an, welchen Betrag der Drittabmahner bei der Vertragsstrafe für erforderlich hält, sondern darauf, welcher Betrag objektiv geeignet ist, den Verletzer wirksam von seinem wettbewerbswidrigen Tun abzuhalten. 4. Auch eine geforderte überhöhte, als unangemessen angesehene Vertragsstrafe enthebt den Verletzer nicht der Verpflichtung, seinerseits das Erforderliche zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr zu veranlassen, insbesondere eine aus seiner Sicht für angemessen gehaltene Vertragsstrafe anzubieten. 5. Zur Frage der Unlauterkeit von Angeboten zur Schaltung von Anzeigen in einem

Tatbestand	1
Der Kläger ist ein gerichtsbekannter Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, Wettbewerbsverstöße - gegebenenfalls unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe - zu bekämpfen.	2
Die Beklagte zu 1) betreibt eine Verlagsgesellschaft und gibt u.a. ein Anzeigenbuch für „Branchen-Anzeigen“ heraus. Der Beklagte zu 2) ist ihr alleiniger Geschäftsführer.	3
Mit dem im erstinstanzlichen Klageantrag in Fotokopie wiedergegebenen Anschreiben warb die Beklagte zu 1) im Mai 1994 für die Schaltung von Anzeigen in dem von ihr herausgegebenen Anzeigenbuch „Branchen-Anzeigen Ausgabe 1994/1995“ für den Bereich „Deutschland“. Auf der Rückseite dieses Schreibens waren die auf dem folgenden Blatt in Fotokopie wiedergegebenen Geschäftsbedingungen abgedruckt. Dem Anschreiben lagen weiterhin die auf dem folgenden Blatt in Fotokopie wiedergegebenen Überweisungsvordrucke bei (vgl. Hülle Bl. 10 d.BA 31 O 288/94).	4
Wegen dieses Schreibens, das an eine Firma in O. gerichtet war, mahnte der in K. ansässige Kläger die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 17.05.1994 ab und forderte sie zur Abgabe einer mit einer Vertragsstrafe von 25.000,00 DM bewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung auf.	5
Die Beklagte zu 1) lehnte dies mit einem vom Beklagten zu 2) unterschriebenen Schreiben vom 20.05.1994 unter Hinweis auf eine unter dem 16.05.1994 gegenüber dem D. Deutscher Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität e.V., B. H., bereits abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung ab. In dieser Unterlassungserklärung gegenüber dem D., die dem vorgenannten Schreiben nicht beilag, hatte sich die Beklagte zu 1) unter Meidung einer Vertragsstrafe von 7.500,00 DM verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für entgeltliche Eintragungen in eine Adressensammlung mit dem - konkret wiedergegebenen - Formular zu werben (Bl. 17 ff d.A.).	6
Nachdem der Kläger, der ein Strafgedinge in Höhe von 7.500,00 DM als nicht ausreichend angesehen hatte, die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 25.05.1994 vergeblich aufgefordert hatte, die begehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, hat der Kläger eine entsprechende, vom Landgericht Köln im Beschlußweg erlassene einstweilige Verfügung erstritten (31 O 288/94), die durch Urteil vom 23. August 1994 bestätigt worden ist.	7
Mit der vorliegenden Hauptsacheklage verfolgt der Kläger sein Unterlassungsbegehren gegenüber beiden Beklagten weiter und begehrt überdies von der Beklagten zu 1) Ersatz seiner Aufwendungen für die Abmahnung vom 17.05.1994.	8
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, das von der Beklagten zu 1) übersandte Anschreiben verstoße gegen § 3 UWG, da es nach seiner Aufmachung sowie insbesondere nach seinem Wortlaut den Eindruck vermittele, der Adressat habe bereits etwas bei der Beklagten zu 1) bestellt und werde nunmehr zur Zahlung aufgefordert.	9
Insbesondere falle auf, daß vom Adressaten nicht eine Unterschrift unter ein „Angebot“ verlangt werde; der Adressat solle lediglich die beigefügte Überweisung unterschreiben. Die Gesamtaufmachung des Anschreibens einschließlich des Überweisungsträgers vermittele	10

den Eindruck einer Bestätigung oder Rechnung. Dies führe dazu, daß der flüchtige Betrachter die Werbesendung als vermeintliche Rechnung zur Zahlung anweise oder der Buchhaltung zuleite, die ihrerseits keine weitere Veranlassung zur Prüfung habe, sondern den ausgewiesenen Betrag überweisen werde. Der Empfänger werde demnach nicht - oder jedenfalls nicht in gehöriger Weise - darüber aufgeklärt, daß es sich lediglich um das Angebot zur Abgabe einer Bestellung handele.

Aus den Gesamtumständen sei zu folgern, daß die Beklagten es darauf angelegt hätten, durch Vorspiegelung falscher Tatsachen an das Geld des irreführten Adressaten heranzukommen. Demnach verstoße das Anschreiben auch gegen § 1 UWG i.V.m. § 263 StGB. 11

Der Kläger hat weiterhin die Auffassung vertreten, die in der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 16.05.1994 gegenüber dem D. versprochene Vertragsstrafe in Höhe von 7.500,00 DM reiche nicht aus, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Dies ergebe sich schon aus der Höhe der Gewinne, die die Beklagten durch diese wettbewerbswidrige Werbemaßnahme erzielen würden. 12

Seine - des Klägers - Aktivlegitimation gemäß der Neufassung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG ergebe sich daraus, daß der Verband deutscher Adressbuchverleger e.V. in D. Mitglied des Klägers sei. 13

Der Kläger hat beantragt, 14

I. die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten zu unterlassen, 15

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, wie nachstehend wiedergegeben, ein Anschreiben nebst Überweisungsträger zu versenden: II. Die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an den Kläger 207,00 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 16

Die Beklagten haben beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie haben die örtliche Unzuständigkeit des Landgerichts Köln gerügt, da ein Verstoß im Bezirk des Landgerichts Köln nicht dargelegt sei. 19

Ferner haben sie fehlende Aktivlegitimation des Klägers gerügt und mit Nichtwissen bestritten, daß der Verband deutscher Adressbuchverleger Mitglied des Klägers sei und diesem eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG angehörte. Hierzu haben sie die Ansicht vertreten, eine mittelbare Mitgliedschaft in dem klagenden Verband reiche zur Begründung der Aktivlegitimation desselben nicht aus. 20

Die Beklagten haben ferner die Auffassung vertreten, die Wiederholungsgefahr sei durch die gegenüber dem D. Deutscher Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität e.V., B. H. abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung entfallen. Wenn sich der D. als anerkannte Institution mit einer Vertragsstrafe von 7.500,00 DM begnügt habe, sei nicht erkennbar, weshalb der Kläger Anspruch auf Abgabe des Versprechens einer höheren Vertragsstrafe haben könne. 21

Schließlich sei der Beklagte zu 2) nicht für den geltend gemachten Wettbewerbsverstoß verantwortlich, weil er an der Aussendung der Formulare infolge Urlaubsabwesenheit nicht beteiligt gewesen wäre.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 23

Durch Urteil vom 12. Januar 1995 hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln der Klage antragsgemäß stattgegeben. Das Urteil ist im wesentlichen damit begründet, daß das Landgericht Köln örtlich zuständig sei, da die Zuständigkeit sich nach der alten Fassung des § 24 Abs. 2 UWG richte. Der Kläger sei auch klagebefugt gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG, da die Beklagten nicht hinreichend substantiiert bestritten hätten, daß der Verband deutscher Adressbuchverleger e.V. in D. Mitglied des Klägers sei. Der Unterlassungsanspruch selbst sei aus § 3 UWG begründet, da die Empfänger des streitgegenständlichen Anschreibens insoweit getäuscht würden, als sie das „Angebot“ der Beklagten für eine Rechnung hielten. Die Wiederholungsgefahr sei durch die Abgabe der mit 7.500,00 DM strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung gegenüber dem D. nicht ausgeräumt, da die Höhe der versprochenen Vertragsstrafe angesichts der Gesamtumstände nicht als ausreichend anzusehen sei. Dies ergebe sich schon aus den Umsatzerwartungen der Beklagten zu 1). Der Beklagte zu 2) hafte als Organ der Beklagten zu 1) für das dieser zuzurechnende wettbewerbswidrige Verhalten, weil er aufgrund seines Wirkungsbereiches dieses hätte verhindern können. 24

Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 86 ff d.A.) Bezug genommen. 25

Gegen dieses ihnen am 26. Januar 1995 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit einem am 24. Februar 1995 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 24. April 1994 eingegangenen Schriftsatz rechtzeitig begründet. 26

Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen; sie vertreten weiterhin die Auffassung, daß das Landgericht Köln gemäß § 24 Abs. 2 UWG alter und neuer Fassung örtlich unzuständig sei. Die gesetzliche Neuregelung sei hier anzuwenden, da die Klageschrift erst nach dem 1. August 1994 an sie - die Beklagten - zugestellt worden sei. 27

Auch nach alter Fassung des § 24 Abs. 2 UWG sei nur das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen worden sei. Dies habe der Kläger jedoch nicht einmal behauptet. Dafür, daß eine Begehung im Landgerichtsbezirk Köln unmittelbar drohe, habe der Kläger ebenfalls nichts Konkretes vorgetragen; eine derartige Begehung lasse sich auch nicht daraus rechtfertigen, daß das Branchen-Anzeigen-Buch bundesweit vertrieben werde. 28

Weiterhin habe das Landgericht nicht von einer Klagebefugnis des Klägers ausgehen dürfen. Ihr Bestreiten mit Nichtwissen, daß der Verband deutscher Adressbuchverleger e.V. Mitglied beim Kläger sei, sei ausreichend gewesen, da sie - die Beklagten - nicht gehalten wären, selbst hierzu Nachforschungen anzustellen. Darlegungs- und beweispflichtig sei insoweit der Kläger. 29

Die Beklagten bestreiten, daß der Verband deutscher Adressbuchverleger e.V. Mitglied beim Kläger sei und daß dieser Verband eine repräsentative Anzahl von Mitbewerbern aus der betroffenen Branche vertrete. 30

Die Beklagten vertreten die Ansicht, die Wiederholungsgefahr sei durch ihre gegenüber dem D. abgegebene strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung entfallen. Die dort vereinbarte Vertragsstrafe in Höhe von 7.500,00 DM sei auch angemessen. Der D. habe die erbetene und erhaltene Unterlassungsverpflichtungserklärung für ausreichend erachtet, so daß hierdurch die Wiederholungsgefahr gebannt sei. Eine unterschiedliche Wiederholungsgefahr im Verhältnis zu mehreren Verletzten könne es jedoch nicht geben. Ebenso sei ein „Wiederaufleben“ der Wiederholungsgefahr bei gleichbleibenden Verhältnissen nicht denkbar. Anderenfalls müßten sie - die Beklagten - bei jeder neuen Abmahnung eine neue Unterlassungsverpflichtungserklärung zu den jeweiligen „Preisen“ des Abmahnenden abgeben.	31
Der D. sei auch bereit und geeignet, die ihm zustehenden Sanktionsmöglichkeiten auszuschöpfen, so daß keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Unterlassungsverpflichtung aufkommen könnten.	32
Die Vertragsstrafe in Höhe von 7.500,00 DM sei auch nicht zu gering, um eine Wiederholungsgefahr auszuräumen; eine Vertragsstrafe dürfe nicht dazu führen, den Schuldner einer Verpflichtungserklärung schon aufgrund einer leicht fahrlässigen Unachtsamkeit wirtschaftlich zu vernichten.	33
Hierzu behaupten sie, der Gewinn aus einem einzelnen Auftrag belaufe sich bei der Beklagten zu 1) auf ca. 25,00 DM, so daß schon eine Vertragsstrafe von 7.500,00 DM für einen einzelnen Verstoß sehr hoch sei.	34
Schließlich vertreten sie die Auffassung, die Klage gegen den Beklagten zu 2) sei unbegründet. Der Beklagte zu 2) habe - wie auch vom Kläger nicht behauptet - nicht persönlich gehandelt; ihm müsse als Geschäftsführer die Möglichkeit eingeräumt werden, auch Aufgaben zu delegieren. Wenn es dann zu einem Fehler komme, hafte er nicht aus eigenem Verhalten.	35
Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Beklagten wird auf die Berufungsbegründungsschrift vom 24. April 1995 Bezug genommen. Der Schriftsatz vom 10. November 1995 hat vorgelegen.	36
Die Beklagten beantragen,	37
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, hilfsweise den Beklagten Vollstreckungsnachlaß gegen Sicherheitsleistung zu bewilligen, die auch durch Bankbürgschaft erbracht werden kann.	38
Der Kläger beantragt,	39
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	40
Er verteidigt das angefochtene Urteil und vertritt die Auffassung, daß die Ausführungen der Beklagten über die örtliche Zuständigkeit irrelevant seien, da gemäß § 512 a ZPO in der Berufungsinstanz nicht geltend gemacht werden könne, daß das Gericht des ersten Rechtszuges seine örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen habe.	41
Er - der Kläger - sei auch nach der seit dem 1. August 1994 geltenden Fassung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG berechtigt, den streitgegenständlichen Unterlassungsanspruch geltend zu machen. Ihm gehöre eine erhebliche Anzahl von Gewerbetreibenden an, die auf demselben Markt tätig seien wie die Beklagte zu 1). Unter anderem sei der Verband deutscher	42

Adressbuchverleger e.V., der in Deutschland der größte Verband in dieser Branche sei und dem ca. 95 % der einschlägigen Verlage angehörten, bei ihm Mitglied. Es sei gerichtsbekannt, daß er nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung dazu imstande sei, seine satzungsgemäßen Aufgaben wahrzunehmen.

Zur Sache vertritt der Kläger die Auffassung, die Beklagte zu 1) habe durch die Verwendung des angegriffenen Werbeschreibens gegen § 3 UWG verstoßen. Dieser Unterlassungsanspruch bestehe nach wie vor, da die Beklagten durch die Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 16.05.1994 gegenüber dem D. die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt hätten. Dabei könne es dahinstehen, ob die Unterlassungserklärung ernst gemeint sei; denn durch diese Erklärung habe die Wiederholungsgefahr deshalb nicht ausgeräumt werden können, weil die Höhe der versprochenen Vertragsstrafe angesichts der Gesamtumstände als nicht ausreichend anzusehen sei. Das Landgericht habe nicht zu prüfen brauchen, ob der D. bereit und geeignet erscheine, die ihm zustehenden Sanktionsmöglichkeiten auszuschöpfen, da diese Prüfung nur vorzunehmen sei, wenn die Ernsthaftigkeit der Unterwerfungserklärung fraglich sei. Unabhängig davon könne die Wiederholungsgefahr deshalb schon nicht ausgeräumt sein, weil die Vertragsstrafe - wie vorliegend - der Höhe nach nicht ausreiche. Die Höhe der Vertragsstrafe müsse, um den Verletzer von weiteren Zuwiderhandlungen abzuhalten, so hoch bemessen sein, daß sich ein Verstoß für den Verletzer nicht mehr lohne. Hierbei sei nicht nur der Gewinn, sondern der gesamte Umsatz zu berücksichtigen, den die Beklagten durch die unzulässige Werbeaktion erzielten, da der gesamte Umsatz aufgrund der Irreführung der Verbraucher erlangt worden sei. Da die Beklagten regelmäßig mehrere tausend Schreiben der angegriffenen Art verschickten, erzielten sie Umsätze, bei denen die Vertragsstrafe in Höhe von 7.500,00 DM auf keinen Fall ausreiche. Dieser Betrag werde schon dann überschritten, wenn die Beklagten nur bei 20 Adressaten mit ihrer Werbeaktion Erfolg hätten.

Der Beklagte zu 2) als alleiniger Geschäftsführer der Beklagten zu 1) sei auch für den begangenen Wettbewerbsverstoß verantwortlich. Soweit die Beklagten behaupteten, der Beklagte zu 2) habe die angegriffene Werbemaßnahme weder angeordnet noch durchgeführt, bestreitet dies der Kläger.

Er vertritt hierzu die Auffassung, es sei nicht nachvollziehbar, daß der Beklagte zu 2), der sonst alle Geschäfte der Beklagten zu 1) führe, von dieser Werbeaktion keine Kenntnis gehabt haben sollte. Eine derartige Werbeaktion könne nicht innerhalb weniger Tage durchgezogen werden. Insofern könne sich der Beklagte nicht auf eine - kurzfristige - Urlaubsabwesenheit berufen. Er haftet zumindest deshalb, weil er trotz Kenntnis dieser wettbewerbswidrigen Handlung diese nicht verhindert habe, obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Klägers im Berufungsrechtszug wird auf die Berufungserwidierungsschrift vom 31. Mai 1995 Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Berufung ist zulässig; sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Soweit die Beklagten die örtlichen Unzuständigkeit des Landgerichts Köln gemäß § 24 Abs. 2 UWG rügen, ist dies vom Senat nicht zu überprüfen. Grundsätzlich kann die Berufung in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche nicht darauf gestützt werden, daß das Gericht des ersten Rechtszuges seine örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat (§

512 a ZPO). Dies gilt auch dann, wenn in dem Endurteil in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die

11 - -

50