
Datum: 12.01.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 32/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0112.6U32.00.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 41 O 170/98

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 14.12.1999 verkündete Schluss-Urteil der 1. Kammer für Handels- sachen des Landgerichts Aachen (41 O 170/98) abgeändert und die Klage - soweit über sie durch das vorbezeichnete Schlussurteil entschieden worden ist - abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz werden der Klägerin mit 2/3, dem Beklagten mit 1/3 auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die mit diesem Urteil für die Klägerin verbundene Beschwer wird auf 60.000,00 DM festgesetzt.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| Der Beklagte vertreibt u.a. Filmtitel auf DVD-Scheiben sowie Artikel des Heimkinobedarfs. | 1 |
| In Heft 4/98 der bundesweit erscheinenden Zeitschrift "Audio Vision" - Ausgabe Juli/August 1998 - erschien auf S. 13 eine Werbeanzeige des Beklagten, in der u.a. für diverse DVD-Videotitel geworben wurde. Auf Seite 11 derselben Zeitschrift war ferner eine Anzeige veröffentlicht, in der unter der Zeile "Erleben Sie die Faszination der Perfektion" ein "HDTV Projektor EMC (1200 Linien Auflösung) MSB HDTV Laserdisc/DVD Laufwerkskombi mit dts Digital Out" zum Preis von "zusammen ab 14.900.-(nur DVD)/19.800.- DM" beworben wurde. In dem letztgenannten Inserat, hinsichtlich dessen Einzelheiten auf das als Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 09.03.1999 vorgelegte Original Exemplar des Heftes 4/98 "Audio Vision" - dort S. 11 - verwiesen wird, war neben anderen Gewerbetreibenden u.a. die Firma des Beklagten angegeben. Letztgenannte Werbeanzeige erschien sodann erneut im Folgeheft 5/98 der Zeitschrift "Audio Vision", dem allerdings die aus der Anlage B 29 zum | 2 |
| | 3 |

Schriftsatz des Beklagten vom 24.11.1998 ersichtliche "Gegendarstellung" in Form eines einliegenden Zettels u.a. folgenden Wortlauts beigefügt war: "...weisen die Firmen M. Home Cinema...darauf hin, dass sie die in audiovision 4/98, S. 11 unten, sowie in audiovision 5/98, S. 33 unten, beworbenen Produkte HDTV Projektor EMC, MSB HDTV Laserdisc/DVD Laufwerkskombi mit DTS Digital Out nicht in ihrem Sortiment führen. Die Anzeige wurde ohne Absprache und ohne Einwilligung der betroffenen Firmen von einer dritten Person geschaltet...".

Mit der Behauptung, sie befasse sich auch aktuell noch mit der Konzeption und dem Bau von Heimkinoanlagen sowie mit dem Vertrieb hochwertiger Heimkinoprojektoren und sei daher als klagebefugte Wettbewerberin des Beklagten anzusehen, hat die Klägerin beide in Heft 4/98 veröffentlichten Werbeanzeigen als ihrer Ansicht nach gemäß § 3 UWG irreführende und daher zu unterlassende Werbung des Beklagten angegriffen. 4

Der Beklagte, so hat die Klägerin zur Begründung ihrer Unterlassungsbegehren vorgebracht, suggeriere in beiden Anzeigen, dass die darin beworbenen Produkte sofort zum "Mitnahmekauf" oder zum Versand im Ladengeschäft verfügbar bzw. vorrätig seien bzw. - was die DTV Projektor EMC/DVD Laufwerkskombi-Geräte angehe - zumindest zur Ansicht in einem Probelauf vorgeführt werden oder doch wenigstens konkrete Liefer- oder Vorführtermine benannt werden könnten. Tatsächlich sei das aber weder bei Veröffentlichung der Werbeanzeigen der Fall gewesen, noch treffe es heute zu. Der Beklagte sei dabei ebenfalls für die auf S. 11 des Heftes 4/98 veröffentlichte Werbung aus von der Klägerin näher ausgeführten rechtlichen Erwägungen verantwortlich. Denn auch dieses Inserat, so hat die Klägerin behauptet, sei vom Beklagten aufgegeben worden. Jedenfalls aber sei es mit seinem Wissen und mit seiner Duldung durch Dritte veröffentlicht worden, für deren Verhalten der Beklagte nach Maßgabe von § 13 Abs. 4 UWG hafte. Zumindest aber habe er sich als Gewerbetreibender den Fremdverstoß dieser Dritten für seine eigenen wirtschaftliche Zwecke zu eigen gemacht und ihn ausgenutzt. Spätestens für das Erscheinen der zweiten Anzeige im Folgeheft 5/98 von "Audio Vision" aber treffe den Beklagten die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung, weil er nichts Effektives unternommen habe, um die erneute Veröffentlichung dieser Anzeige zu unterbinden. 5

Hinsichtlich der Werbeanzeige für die DVD-Filmtitel, wie sie auf Seite 13 des Heftes 4/98 der Zeitschrift "Audio Vision" erschienen war, hat das Landgericht den Beklagten unter Verwertung der in einem anderen Verfahren durchgeführten Beweisaufnahme zur gewerblichen Tätigkeit der Klägerin als Vertreiberin von Produkten des Audio-/Video- und Heimkinobedarfs entsprechend dem erstinstanzlich gestellten Antrag der Klägerin durch ein am 25.05.1999 verkündetes - rechtskräftiges - Teil-Urteil zur Unterlassung verurteilt. 6

In bezug auf die auf S. 11 des Heftes 4/98 der Zeitschrift "Audio Vision" veröffentlichte Anzeige hat das Landgericht einen die Antragsformulierung betreffenden Hinweis erteilt, woraufhin die Klägerin beantragt hat, 7

den Beklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes 8

bis zu 500.000,00 DM - im Nichtbeitreibungsfall 9

Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - für jeden Fall 10

der Zuwiderhandlung zu verurteilen, 11

es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs 12

gegenüber dem Letztverbraucher zu unterlassen,	13
den Verkauf von HDTV Projektor EMC (1.200 Linienauflösung) MSB HDTV Laserdisc/DVD Laufwerkskombi mit DTS Digital Out zu bewerben, obwohl diese nicht lieferbar und/oder zur Probevorführung nicht verfügbar sind und/oder ein konkreter Liefer- oder Vorführtermin nicht zu benennen ist, insbesondere, wenn die Werbung den Hinweis enthält:	14 15 16 17 18 19 20
"Erleben Sie die Faszination der Perfektion",	21
wie geschehen in der nachfolgend eingerückten Anzeige in der Zeitschrift Audio Vision, Heft 4/98, Ausgabe Juli/August 1998 auf Seite 11:	22 23 24
Der Beklagte hat beantragt,	25
die Klage abzuweisen.	26
Der Beklagte, der aus von ihm näher erläuterten Gründen bereits die sachlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Irreführungstatbestandes nicht als erfüllt angesehen hat, hat behauptet, die streitbefangene Anzeige auf S. 11 des Heftes 4/98 der Zeitschrift Audio Vision sei nicht von ihm, sondern ohne sein Wissen oder gar seine Duldung durch die Fa. DTS Media d. J. auf Veranlassung des Zeugen E., des Inhabers der Fa. EMC, geschaltet worden. Er, der Beklagte, habe aufgrund näher geschilderter Umstände erstmals am 15.07.1998 Kenntnis von der streitbefangenen Anzeige erhalten sowie noch später, am 05.08.1998, davon, dass die mehrfache Veröffentlichung dieser Anzeige in Auftrag gegeben gewesen sei. Obwohl er sich sodann darum bemüht habe, die erneute Veröffentlichung in dem Folgeheft 5/98 von Audio Vision zu verhindern, sei dies wegen des zwischenzeitlich eingetretenen Druckunterlagenschlusses nicht mehr zu bewerkstelligen gewesen, weshalb lediglich noch die "Gegendarstellung" habe beigefügt werden können.	27
Mit Schluss-Urteil vom 14.12.1999, auf welches zur näheren Sachdarstellung verwiesen wird, hat das Landgericht dem vorstehenden Unterlassungsantrag der Klägerin entsprochen und den Beklagten aus § 3 UWG zur Unterlassung verurteilt, weil - wie sich dies bereits aus der Gegendarstellung ergebe - der Beklagte die beworbenen Geräte im Zeitpunkt der Werbung nicht in seinem Sortiment gehabt habe und sie auch ansonsten nicht zu Verkaufszwecken habe beschaffen können. Der Beklagte, so hat das Landgericht in Begründung seiner Entscheidung weiter ausgeführt, hafte für die Werbung auch als Störer, weil er von ihr begünstigt gewesen sei und profitiert habe. Denn nach dem Vortrag des Beklagten sei aus vom Landgericht näher dargestellten Gründen davon auszugehen, dass er das Heft 4/98 der Zeitschrift Audio Vision in seinem Ladenlokal ausgelegt habe, womit er sich die beanstandete Werbung aber in einer seine wettbewerbsrechtliche Störerhaftung begründenden Weise zu eigen und zu Nutze gemacht habe.	28

Gegen dieses, ihm am 21.12.1999 zugestellte Schluss-Urteil richtet sich die am 21.01.2000 eingelegte Berufung des Beklagten, die er - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.04.2000 - mittels eines an diesem Tag eingegangenen Schriftsatzes begründet hat.	29
Das Landgericht, so führt der Beklagte in Begründung seines Rechtsmittels aus, habe seine Haftung für die streitbefangene Werbeanzeige zu Unrecht bejaht. Eine solche ergebe sich weder für die in Heft 4/98 von Audio Vision veröffentlichte Werbeanzeige noch in Anbetracht des in dem Folgeheft 5/98 wiederholten Inserats. Er habe die in Heft 4/98 und 5/98 erschienene Anzeige weder selbst geschaltet noch durch Angestellte oder Beauftragte schalten lassen. Auch treffe es nicht zu, dass er die Publikation dieser Werbung billigend geduldet oder sie zumindest nachträglich für sich wirtschaftlich ausgenutzt habe. Er habe das Heft 4/98 von Audio Vision, wie der Beklagte näher erläutert, auch nicht in seinem Ladengeschäft ausgelegt. Die Wiederholung der Werbung in Heft 5/98 von Audio Vision habe er ebenfalls nicht zu verantworten; vielmehr habe er alles Mögliche und Zumutbare unternommen, um das erneute Erscheinen der Anzeige zu verhindern.	30
Der Beklagte beantragt,	31
sinngemäß wie erkannt.	32
Die Klägerin beantragt,	33
die Berufung zurückzuweisen.	34
Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil, das zutreffend die Haftung des Beklagten schon deshalb angenommen habe, weil er sich die Anzeige nachträglich zu eigen gemacht bzw. deren werbliche Wirkung für sich ausgenutzt habe. Im übrigen, so behauptet die Klägerin, sei die in Heft 4/98 der Zeitschrift Audio Vision veröffentlichte Werbeanzeige seinerzeit aber auch schon mit Wissen und Duldung der in der Anzeige genannten Händler durch die DTS Media d. J. in Auftrag gegeben worden.	35
Hinsichtlich der näheren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze jeweils nebst Anlagen Bezug genommen.	36
Der Senat hat über die zuletzt dargestellte Behauptung der Klägerin Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 29.09.2000 durch Vernehmung der Zeugen A. K., M. S., H.-P. K. und W. E.. Bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 1.12.2000 verwiesen.	37
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e:	38
Die in formeller Hinsicht einwandfreie Berufung des Beklagten ist nicht nur insgesamt zulässig, sondern auch in der Sache erfolgreich.	39
Das Rechtsmittel führt - wie aus der Urteilsformel ersichtlich - zur Abänderung des angefochtenen Schluss-Urteils, weil der Klägerin der darin titulierte Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten nicht zusteht. Dabei kann es offen bleiben, ob auf Seiten des Beklagten die tatsächlichen Voraussetzungen des nach dem Vortrag der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Vorrätigkeit des beworbenen Projektor-Geräts geltend gemachten Irreführungstatbestandes zu bejahen sind und ob weiter der insoweit gestellte Unterlassungsantrag, nach dessen Wortlaut die Klägerin u.a. die fehlende "Lieferbarkeit" des beworbenen Geräts beanstandet, diesen Irreführungsaspekt zutreffend widerspiegelt. Das	40

alles bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil den Beklagten für den klägerseits beanstandeten und mit dem gestellten Unterlassungsantrag angegriffenen Wettbewerbsverstoß jedenfalls keine Haftung trifft, so dass die Klage mangels Passivlegitimation des in Anspruch genommenen Beklagten bereits aus diesem Grund scheitert.

I.

41

1. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte die in Heft 4/98 veröffentlichte Werbeanzeige betreffend das Projektor-Gerät selbst geschaltet hat, lassen sich weder dem Vortrag der Klägerin noch dem Sachverhalt im übrigen entnehmen. Das als Anlage zum Schriftsatz des Beklagten vom 27.08.1999 (Bl. 240 d.A.) vorgelegte Schreiben, ausweislich dessen die Publikation der streitbefangenen Anzeige durch die DTS Media d. J. in Auftrag gegeben worden ist, spricht vielmehr gegen eine solche, unmittelbar vom Beklagten stammende Auftragslage.

42

2. Den Beklagten trifft aber auch nicht etwa deshalb eine Haftung für die in Heft 4/98 erschienene Werbeanzeige, weil die unmittelbar den Auftrag erteilende DTS Media d. J. als Beauftragte des Beklagten anzusehen wäre, für deren Verhalten er nach Maßgabe von § 13 Abs. 4 UWG einzustehen hätte.

43

Beauftragter ist, wer, ohne Angestellter zu sein, ausdrücklich oder stillschweigend aufgrund eines Vertragsverhältnisses zumindest gelegentlich in dem Geschäftsbetrieb des in Anspruch genommenen Betriebsinhabers tätig ist, das ihn in dessen betriebliche Organisation eingliedert und dem Betriebsinhaber einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf seine Tätigkeit verleiht (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Auflage, Rdn. 66 zu § 13 UWG; Köhler/Piper, UWG, Rdn. 35 zu § 13 UWG - jeweils mit weiteren Nachweisen). Erforderlich ist danach nicht nur, dass der Beauftragte mit seinen in Frage stehenden Handlungen im Rahmen der vom Betriebsinhaber bzw. seinem Unternehmen ausgeübten Tätigkeit bleibt, sondern darüber hinaus auch, dass der bestimmende Einfluss, den der Betriebsinhaber auf diese Handlungen des Dritten nehmen kann, auf der durch die vertraglichen oder sonstigen Beziehungen begründeten Zugehörigkeit des Dritten zu der betrieblichen Organisation beruht (BGH GRUR 1990, 139/1040 -"Anzeigenauftrag"-). Danach scheidet eine Haftung des Beklagten im Streitfall aber schon deshalb aus, weil nicht ersichtlich ist, dass die den Insertionsauftrag erteilende DTS Media d. J. in die geschäftliche oder betriebliche Organisation des Beklagten eingegliedert war und letzterer die Möglichkeit hatte, gerade aufgrund dieser Eingliederung auf die Erteilung des Auftrags Einfluss zu nehmen. Wenn überhaupt, so besorgte die DTS Media d. J. dabei als selbständiges Drittunternehmen lediglich ein einzelnes, für die Durchführung einer konkreten Werbung im Einzelfall erforderliches Geschäft. Das reicht jedoch selbst dann nicht aus, um die für die Haftung des Betriebsinhabers nach Maßgabe von § 13 Abs. 4 UWG vorauszusetzende Zugehörigkeit zum betrieblichen Organismus zu begründen, wenn dieser Tätigkeit der DTS Media d. J. ein Auftrag des Beklagten zugrundegelegt hätte, der ihm einen bestimmenden Einfluss auf Inhalt und Gestaltung der Anzeige verschaffte. Denn diese Möglichkeit, im Einzelfall auf die Ausführung eines Auftrags Einfluss nehmen zu können, vermag für sich allein nicht die Zugehörigkeit des Auftragnehmers zum Unternehmen oder zur sonstigen Vertriebsstruktur des Auftraggebers zu begründen, so dass auch nicht ersichtlich ist, dass der erforderliche bestimmende Einfluss, den der Betriebsinhaber für eine Haftung nach § 13 Abs. 4 UWG auf die Handlungen des Dritten ausüben können muss, gerade auf die Zugehörigkeit der DTS Media d. J. zum Unternehmen des Beklagten zurückzuführen ist.

44

45

3. Der Beklagte haftet aber auch nicht nach sonstigen Gesichtspunkten als Störer für die Werbeanzeige, wie sie auf Seite 11 des Heftes 4/98 der Zeitschrift Audio Vision veröffentlicht worden ist.

(Mit-)Störer im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist jeder, der an der wettbewerbswidrigen Handlung eines eigenverantwortlichen Dritten willentlich und adäquat kausal mitwirkt, diese unterstützt oder ausnutzt, obwohl er rechtlich in der Lage ist, diese Handlung zu verhindern (vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O, Rdn. 327 UWG Einl.; Köhler(Piper, a.a.O., Rdn. 36 Vor § 13 - jeweils mit weiteren Nachweisen). Auf Seiten des Beklagten sind indessen die dargestellten Anforderungen der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung nicht erfüllt.

46

1. Soweit die für die tatsächlichen Voraussetzungen der

47

Störereigenschaft des Beklagten darlegungs- und beweispflichtige Klägerin behauptet, die hier zu beurteilende Werbeanzeige in Heft 4/98 der Zeitschrift Audio Vision sei mit Wissen und Duldung der darin genannten Händler, darunter des Beklagten, durch die DTS Media d. J. geschaltet worden, hat sich diese Behauptung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Senats als zutreffend herausgestellt (§ 286 ZPO). Der hierzu vernommene Zeuge E. hat bekundet, dass die Schaltung der Anzeige einschließlich der Idee, in ihr verschiedene Händler zu nennen, auf seine Person zurückgehe und dass die DTS Media d. J. den Insertionsauftrag erteilt habe. Seinen weiteren Angaben zufolge habe auf der Grundlage einer der DTS Media d. J. übergebenen umfangreichen, insgesamt ca. 45 Händler aufführenden Liste, die allen dort genannten Händlern per E-Mail habe übermittelt werden sollen, um sie über die geplante Werbung zu informieren, die Auswahl der in der Werbung letztlich genannten Händler vorgenommen werden sollen. Indessen sei die Übermittlung der Liste an die dort aufgeführten Händler in ca. der Hälfte der Fälle aus technischen Gründen gescheitert, wobei konkret im Fall des Beklagten die E-Mail nicht "herausgegangen" sei. Die weitere Bekundung des Zeugen E. würdigend, wonach er erstmals Anfang oder Mitte Juli 1998 mit dem Beklagten über die streitbefangene Anzeige gesprochen habe, spricht danach alles dafür, dass der Beklagte von der Erteilung des Insertionsauftrags durch die DTS Media d. J. weder Kenntnis hatte noch duldete, dass diese Werbung veröffentlicht werden würde. Diese auf der Grundlage der Bekundungen des Zeugen E., der keinerlei Eigeninteresse am Ausgang dieses Rechtsstreit hat, gewonnene Wertung wird weiter gestützt durch die Bekundungen der ebenfalls vernommenen Zeugen S. und K., deren Unternehmen neben demjenigen des Beklagten in der Werbeanzeige genannt sind. Beide Zeugen haben übereinstimmend bekundet, erstmals nach dem Erscheinen des Heftes 4/98 von Audio Vision von der Anzeige Kenntnis erlangt zu haben, wobei der Zeuge S. angegeben hat, auf seine Nachfrage bei dem Zeugen E., dessen Unternehmen EMC in der Werbung genannt ist, eben den Sachverhalt betreffend die "Liste von Geschäftsleuten" mitgeteilt bekommen zu haben, den der Zeuge E. anlässlich seiner Vernehmung durch den Senat bekundet hat. Auch mit Blick darauf, dass auf Seiten der Zeugen K. und S. ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits unverkennbar ist, sind doch insbesondere mit Blick auf die letztgenannte Übereinstimmung mit den Bekundungen des insoweit "neutralen" Zeugen E. keinerlei Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Zeugen sich bei ihrem Aussageverhalten unter Verstoß gegen die sie treffende Wahrheitspflicht von einem solchen Interesse leiten ließen.

48

Hatte der Beklagte nach alledem aber keine Kenntnis davon, dass die Werbeanzeige in Heft 4/98 der Zeitschrift Audio Vision geschaltet werden sollte und wurde, und liegt insoweit daher auch keine Duldung der Anzeige vor, so wirkte der Beklagte, der nach dem dargestellten Ergebnis der Beweisaufnahme vielmehr überhaupt nicht an der inhaltlichen Gestaltung der

49

Anzeige und ihrer Veröffentlichung beteiligt war, weder willentlich an der Herbeiführung des mit der Publikation der Werbung ggf. geschaffenen wettbewerbswidrigen Zustandes mit noch war er in der Lage, diesen zu verhindern.

1. Die Störerhaftung des Beklagten ergibt sich weiter aber

50

auch nicht daraus, dass er sich die ohne sein Wissen und ohne seine Duldung in Heft 4/98 von Audio Vision erschienene Anzeige nachträglich zu eigen gemacht bzw. deren werbliche Wirkung wirtschaftlich für sich ausgenutzt hätte.

51

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang behauptet, der Beklagte bzw. dessen Mitarbeiter hätten im Rahmen von zu Testzwecken erfolgten verschiedenen Telefonanrufen des Zeugen Es. erklärt, dass die Projektoren nicht verfügbar seien und keine Informationen vorlägen (GA 360, 361), begründet das den Tatbestand einer die Störerhaftung des Beklagten herbeiführenden Ausnutzung des durch die DTS Media d. J. geschaffenen wettbewerbswidrigen Zustandes nicht. Denn diese Ausnutzung muss in der Aneignung und Verwertung des als wettbewerbswidrig zu qualifizierenden Inhalts der Werbung liegen. Eben das ist nach den klägerseits behaupteten Telefonauskünften des Beklagten und seiner Mitarbeiter jedoch nicht der Fall. Diese haben damit vielmehr klargestellt, dass - wie dies die Werbung aber suggeriert - die Geräte gerade nicht im Ladenlokal vorhanden sind und vorgeführt bzw. "erlebt" werden können und damit dem durch die Werbung geschaffenen wettbewerbswidrigen Zustand entgegengewirkt bzw. eben die Anlockwirkung zerstört, die von der Werbung ausging, so dass von einem "Ausnutzen" der werblichen Wirkung der Anzeige oder gar deren Aneignung durch den Beklagten nicht ausgegangen werden kann. Etwas anderes gilt auch nicht für die Äußerungen, die auf einen Testanruf des Zeugen M. am 30.06.1998 gefallen sein sollen (GA 360). Die Klägerin räumt ein, dass der Gesprächspartner des Zeugen möglicherweise nicht der Beklagte, sondern einer dessen Mitarbeiter gewesen sei. Wenn indes ein Mitarbeiter auf diesen ersten Anruf in Unkenntnis der Anzeige erklärt hat, die Projektoren seien "noch nicht eingetroffen, ein Liefertermin stehe noch nicht fest und man warte erst auf Informationsmaterial", so begründet auch das eine Störerhaftung des Beklagten nicht. Da der Beklagte - etwas anders hat die Klägerin nicht nachweisen können - bis zu diesem Anruf selbst von der Insertion nichts wusste oder hätte wissen müssen, war er auch bis dahin nicht in der Lage, seinen Mitarbeitern irgendwelche Reaktionen auf etwaige Nachfragen vorzugeben. Wenn alsdann ein Mitarbeiter bei einer ersten Nachfrage und Mitteilung von einer ihm unbekannten Anzeige diplomatisch in "noch nicht"-Antworten flüchtete, so war das ein verständliches Verlegenheitsverhalten, dem der Beklagte nicht entgegensteuern konnte und das deshalb seine Störerhaftung nicht rechtfertigen kann.

52

Ein Ausnutzen der mit der Veröffentlichung der Werbung geschaffenen wettbewerbswidrigen Situation durch den Beklagten kann schließlich aber auch nicht darin erblickt werden, dass letzterer das diese Anzeige enthaltende Heft 4/98 der Zeitschrift Audio Vision angeblich in seinem Ladenlokal ausgelegt hat. Denn eine solche, mit dem bloßen Auslegen der Zeitschrift bewirkte Ausnutzung setzte zumindest voraus, dass der Beklagte überhaupt das Bewusstsein hatte, dass darin die streitbefangene Werbung veröffentlicht war. Von einer solchen Kenntnis kann indessen im Streitfall nicht ausgegangen werden. Dem steht es nicht entgegen, dass der Beklagte auf S. 13 des Heftes 4/98 eine unstreitig in seinem Auftrag veröffentlichte Werbeanzeige geschaltete hatte. Selbst wenn der Beklagte sich von der Veröffentlichung dieser Werbung vergewissert hatte, so folgt daraus nicht notwendig, dass er auch die auf S. 11 des selben Heftes geschaltete Werbung wahrnehmen musste. Einem Gewerbetreibenden kann es nicht abverlangt werden, eine Zeitschrift insgesamt darauf durchzusehen, ob darin möglicherweise von dritter Seite eine ihn betreffende Werbung veranlasst worden ist. Hinzu

53

kommt, dass dem Zeugen K., der ebenfalls eine in dem Heft an anderer Stelle veröffentlichte Werbung geschaltet hatte, dessen Bekundungen zufolge die streitbefangene Anzeige entgangen war, was den Erfahrungssatz bestätigt, dass sie auch vom Beklagten übersehen werden konnte.

II. 54

Ist der Beklagte nach alledem für das auf die Unerlassung der in Heft 4/98 der Zeitschrift Audio Vision veröffentlichten Werbeanzeige gerichtete Klagebegehren nicht passivlegitimiert, so lässt sich der Erfolg der Klage auch nicht aus dem Umstand herleiten, dass diese Anzeige erneut in Heft 5/98 der erwähnten Zeitschrift veröffentlicht worden ist. Denn die Klägerin hat ihr Unterlassungsbegehren auf die in Heft 4/98 publizierte Anzeige beschränkt; eine Erstreckung des Unterlassungsbegehrens auch auf das im Folgeheft 5/98 erschienene Inserat begegnete im übrigen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat durch den Vertreter des Beklagten für diesen Fall angekündigten Verjährungseinrede. 55

III. 56

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 91 ZPO. 57

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 58

Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des Unterlassungsbegehrens, mit dem die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit unterliegt. 59