

Der kommerzielle Weiterverkauf ist nicht gestattet!

Eigener Leitsatz:

Die Buchung von Flügen über eine Webseite ist im vorliegenden Fall speziell für den Endverbraucher gedacht. Der Anbieter gestattet die Nutzung zum kommerziellen Weiterverkauf nicht, was er auch in den Nutzungshinweisen der Webseite angegeben hat. Deshalb darf das Angebot nicht mit dem Ziel genutzt werden, das Buchungssystem kommerziell auszunutzen und die erstandenen Flüge an Dritte weiterzuverkaufen. Ein solches Vorgehen ist eine unlautere Mitbewerberbehinderung im Form des Schleichbezugs.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 28.05.2009

Az. 3 U 191/08

Tenor

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 28.8.2008 (Geschäfts-Nr. 315 0 326/08) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung der Verfügungsklägerin wird die einstweilige Verfügung dahingehend neu erlassen, dass der Verfügungsbeklagten

bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,- und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre)

verboten wird,

die Website www.r...com zu kommerziellen Zwecken wie folgt zu nutzen und/oder nutzen zu lassen und/oder diesbezüglich zu werben:

Vornahme von Flugbuchungen, um gebuchte R.-Flüge an Dritte weiterzuverkaufen.

Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe

I.

Die Verfügungsklägerin, ein Linienflugunternehmen des sog. Low-Fare-Segments, beanstandet im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Nutzung ihres Internetangebots durch die Verfügungsbeklagte, welche im Internet Pauschalreisen vertreibt.

Die Verfügungsklägerin vertreibt ihr Flugangebot über ihren Internet-Auftritt www.R..com sowie ein Callcenter. Über den am unteren Rand der Internetseite www.R..com/site/DE/ befindlichen link „Terms and Conditions“ (Anlage A 4) gelangt man zu den „Terms of Use of the R. Website“, die unter Ziff. 3 bestimmen:

„Permitted use. You are not permitted to use this website other than for the following, private, non commercial purposes: (i) viewing this website; (ii) making bookings; (iii) reviewing/changing bookings; (iv) checking arrival/departure information; (v) performing online check-in; (vi) transferring to other websites through links provided on this website; and (vii) making use of other facilities that may be provided on the website. Use of this website for any purpose other than the aforementioned private, non-commercial purposes is prohibited. In particular, use of any automated system or software to extract data from this website for display on any other website („screen scraping“) is

prohibited. In addition, the website may not be used without R.'s prior written consent for providing in a commercial basis details of R. flights to others, offering R.'s services for sale to others, purchasing of R.'s services for resale to others, or the like."

Die Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 24.6.2008 unter Hinweis auf ihre vorstehend genannten „Terms of Use of the R. Website“ abmahnen und zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auffordern lassen (Anlage A 10). Im Antwortschreiben vom 26.6.2008 (Anlage A 11) erklärte der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsbeklagten, nach Urlaubsrückkehr im Juli 2008 auf den Vorgang zurückkommen zu wollen.

Bereits mit Schreiben vom 5.5.2008 (Anlage AG 7) ließ die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte abmahnen, weil die Übernahme von Datenbankinformationen betreffend die Webseite www.R.com im Rahmen des Online-Angebots von Pauschalreisen durch die Verfügungsbeklagte als „screen scraping“ gegen § 87b UrhG verstoße und wegen Nachahmung und der Täuschung über die betriebliche Herkunft der Daten und des Leistungsangebots gemäß §§ 4 Nr. 9a, 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG unlauter sei. Diese Abmahnung ließ die Verfügungsbeklagte unter dem 19.5.2008 (Anlage AG 5) zurückweisen und erklären, dass die Verfügungsbeklagte weder Daten im Wege des „screen scraping“ entnehme noch auf Portalen wiedergebe, die rechtliche Argumentation der Verfügungsklägerin nicht geteilt werde und ferner diese seit vielen Jahren wisse, dass R.-Flüge von einer Vielzahl von Veranstaltern in verschiedenen europäischen Ländern in Pauschalreisen inkludiert würden.

Die Verfügungsklägerin hat geltend gemacht, die Verfügungsbeklagte bestimme sie, die Verfügungsklägerin, unter Verstoß gegen das in den Geschäftsbedingungen enthaltene Verbot der kommerziellen Nutzung und unter Vorspiegelung falscher Tatsachen im Wege der Internetbuchung zum Abschluss von Beförderungsverträgen betreffend R.-Flüge, um diese dann

im Rahmen eines Reisevertrags (Pauschalreise) an Endkunden weiter zu verkaufen.

Erstmals habe sie, die Verfügungsklägerin, von der weiterverkaufenden Tätigkeit der Verfügungsbeklagten durch einen Testkauf erfahren, der über das Reiseportal www.urlaub24.com am 30.5.2008 erfolgt sei (Anlagen A 1). Aus den als Anlage A 6 vorgelegten screenshots des Buchungsvorgangs sowie der Reisebestätigung (Anlage A 7) ergebe sich, dass die Verfügungsbeklagte als Veranstalter der gebuchten Reise auftrete. Im Hinblick auf diese Testbuchung habe die Verfügungsbeklagte gegenüber ihr, der Verfügungsklägerin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einen Luftbeförderungsvertrag abgeschlossen, indem sie durch den Eintrag in dem Feld „Kontaktdaten“ (s. Anlage A 5) vorgetäuscht habe, eine natürliche Person mit dem Vornamen „V.“ und dem Nachnamen „GmbH“ zu sein.

In rechtlicher Hinsicht, so die hat Verfügungsklägerin weiter geltend gemacht, stelle das Verhalten der Verfügungsbeklagten eine produkt- und unternehmensbezogene Irreführung gemäß § 5 Abs. 2 Nrn. 1 und 3 UWG dar, weil die Endkunden darüber getäuscht würden, dass die Verfügungsbeklagte zur Vermittlung und Bereitstellung der R.-Flüge aufgrund ihrer, der Verfügungsklägerin, Geschäftsbedingungen gar nicht in der Lage sei. Die Verfügungsbeklagte täusche auch produktbezogen darüber, dass sie die gebuchten Flüge aufgrund der dargestellten Umstände gar nicht bereitstellen könne. Sie, die Verfügungsklägerin, werde unter Verstoß gegen § 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG über Identität und geschäftliche Zwecke der Verfügungsbeklagten getäuscht.

Es sei anerkannt, dass ein Leistungsanbieter die kommerzielle Nutzung seiner Leistungen, insbesondere deren Weiterverkauf, ausschließen könne. Die Praxis der Verfügungsbeklagten gefährde das Image und Geschäftsprinzip der Verfügungsklägerin, stets die billigsten Flüge anbieten zu wollen. Denn es liege auf der Hand, dass die

Verfügungsbeklagte die Flüge zum Zwecke der Gewinnerzielung mit einem Aufpreis oder sonstigen Zuschlägen weiterverkaufe. Die „Terms of Use of the R. Website“ seien wirksam in das Nutzungsverhältnis über den Zugriff auf die Webseite einbezogen worden. Spätestens mit der Abmahnung vom 24.6.2008 habe die Verfügungsbeklagte hiervon Kenntnis erlangt. Die Nutzungsbedingungen verstießen weder gegen § 21 Abs. 2 LuftVG noch gegen § 19 GWB.

Am 29.4.2008 habe sie, die Verfügungsklägerin, im Zusammenhang mit einer Abmahnung gegenüber der Fa. ebookers.com Deutschland GmbH zwar Kenntnis von der Existenz der Verfügungsbeklagten erhalten. Man sei zu diesem Zeitpunkt allerdings davon ausgegangen, dass die Verfügungsbeklagte lediglich eigene Reiseleistungen für Reisebüros zum Verkauf an Endkunden anbiete und nicht etwa selbst Flüge buche. Sodann sei die Abmahnung vom 5.5.2008 erfolgt.

Im Telefonat zwischen Herrn Rechtsanwalt M. als Vertreter der Verfügungsbeklagten und Herrn Rechtsanwalt Dr. K. als Vertreter der Verfügungsklägerin am 9.5.2008 habe Herr M. mehrmals darauf hingewiesen, dass die Verfügungsbeklagte weder Daten entnehme noch verwende und auch keine R.-Flüge buche und weiterverkaufe. Die Verfügungsbeklagte sei, so habe Herr M. weiter ausgeführt, vielmehr Pauschalreiseveranstalter. Auf die Herkunft von R.-Flügen in etwaigen Pauschalreisen angesprochen habe Herr M. erwidert, die Flüge würden jedenfalls nicht von der Verfügungsbeklagten gebucht.

Die Buchungsbestätigungen gemäß Anlage AG 3 hätten nicht zu einer Kenntnis der beanstandeten Praxis der Verfügungsbeklagten geführt. Sie seien automatisch generiert und von keinem Mitarbeiter der Verfügungsklägerin zur Kenntnis genommen worden, weil Online-Buchungen nicht manuell überprüft würden (Anlage A 16).

Die Verfügungsklägerin hat – soweit in der Berufung noch relevant – beantragt es der Verfügungsbeklagte im Wege der

einstweiligen Verfügung bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,- und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre) zu verbieten,

die Website www.R.com zu kommerziellen Zwecken wie folgt zu nutzen und/oder nutzen zu lassen und/oder diesbezüglich zu werben:

- (1) Vornahme von Flugbuchungen, um gebuchte R.-Flüge an Dritte weiterzuverkaufen;
- (2) (...)

Das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 15, Az. 315 0 326/08, hat am 7.7.2008 antragsgemäß eine einstweilige Verfügung erlassen.

Die Verfügungsbeklagte hat Widerspruch eingelegt und vorgetragen: Sie vertreibe als mittelständisches Unternehmen jährlich – mit steigender Tendenz – mehr als 100.000 Pauschalreisen über diverse Internetportale, etwa e.de oder u.de. Sie sei ein virtueller Reiseveranstalter, der verfügbare Flugplätze und Hotels etc. über eine sogenannte Internet Booking Engine abbilde. Sie, die Verfügungsbeklagte, arbeite hierbei mit der Internet Booking Engine der Fa. T. zusammen, für die die Flugdaten der Verfügungsklägerin verfügbar seien, ohne dass sie, die Verfügungsbeklagte, diese Daten einstellen müsse. Sie, die Verfügungsbeklagte, buche selbst Flüge weder auf der Website www.R.com noch auf www.R.com/site/de. Dies erfolge im Einzelfall lediglich dann, wenn im Rahmen eines bereits bestehenden Pauschalreisevertrags mit einem Kunden Flüge von R. abgesagt oder verlegt würden. In allen anderen Fällen veranlasse der jeweilige Reisekunde die Buchung des Fluges bei der Verfügungsklägerin mittels der Internet Booking Engine, ohne dass eine Handlung der Verfügungsbeklagten notwendig sei. So habe es sich auch bei der von der

Verfügungsklägerin vorgenommenen Buchung vom 30.5.2008 verhalten (Anlage AG 2). Deshalb verkaufe sie, die Verfügungsbeklagte, auch keine Flüge weiter; sie inkludiere diese lediglich in Pauschalreisen. Die Parteien des Rechtsstreits befänden sich seit März 2007 in ständiger Geschäftsbeziehung, wie der Verfügungsklägerin auch bekannt sei. Sie, die Verfügungsbeklagte, habe seither in einigen tausend Fällen Flüge der Verfügungsklägerin in ihre Pauschalreisen integriert. Diese habe mit ihr, der Verfügungsbeklagten, entsprechende Flugbeförderungsverträge geschlossen, Flüge bestätigt und Rechnungen erstellt, die von ihr, der Verfügungsbeklagten bezahlt worden seien (Anlagen AG 2 und AG 3).

Sie, die Verfügungsbeklagte, werbe nicht mit Flügen der Verfügungsklägerin. Mit der Angabe der Daten eines gebuchten Fluges – Anzeige des ausführenden Luftfrachtführers durch ein Pop-Up-Fenster – erfülle sie lediglich die ihr gemäß Art. 8 und 11 Abs. 1 der EG-Verordnung 2111/05 obliegenden Pflichten. Sie, die Verfügungsbeklagte, sei vertraglicher Luftfrachtführer.

In rechtlicher Hinsicht hat die Verfügungsbeklagte geltend gemacht: Es fehle an der Eilbedürftigkeit. Die Verfügungsklägerin wisse seit März 2007, dass es sich bei ihr, der Verfügungsbeklagten, um eine juristische Person handle, die Flüge für dritte Personen buche. Im Rahmen der Buchungsroutine gebe sie seit der ersten Buchung den Vornamen „V.“ und den Nachnamen „GmbH“ ein. Die Verfügungsklägerin habe ihr, der Verfügungsbeklagten, regelmäßig an ihre Email-Adresse flug@V..de die Buchungsbestätigungen und Rechnungen übermittelt (Anlagen AG 2 und AG 3). Bezahlt würden die Flüge mit einer Firmenkreditkarte der Verfügungsbeklagten, wie seit März 2007 von der Verfügungsklägerin widerspruchlos akzeptiert werde. Der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsklägerin sei durch ihren, der Verfügungsbeklagten, Prozessbevollmächtigten in einem Telefonat am 9.5.2008 darauf

hingewiesen worden, dass sie keine Flüge verkaufe, sondern in Pauschalreisen inkludiere und dass sich deshalb ihr Geschäftsmodell von anderen Reiseportalen, welche Flüge der Verfügungsklägerin auch verkauften, grundsätzlich unterscheide. Hierauf sei die Verfügungsklägerin auch im anwaltlichen Schreiben vom 19.5.2008 (Anlage AG 5) hingewiesen worden. Angesichts der Abmahnung vom 5.5.2008 sei der Verfügungsklägerin insbesondere die Darstellung von Flugdaten zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt gewesen. Am 23.5.2008 habe der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsklägerin ihrem, der Verfügungsbeklagten, Prozessbevollmächtigten einen screenshot übermittelt, der dem im vorliegenden Verfahren vorgelegten screenshot entspreche (Anlage AG 8).

Ihr, der Verfügungsbeklagten, drohten im Falle der Untersagung Umsatzverluste in Millionenhöhe, da insbesondere ab den Flughäfen Hahn und Weeze keine Pauschalreisen angeboten werden könnten (Anlage AG 2). Hingegen drohe der Verfügungsklägerin kein wirtschaftlicher Schaden, da sie sämtliche Flüge ordnungsgemäß bezahlt erhalte.

Die von der Verfügungsklägerin herangezogene Klausel ihrer „Terms and Conditions“ verstoße gegen die §§ 305 Abs. 2, 305c, 306, 307 Abs. 1 und 2 BGB. Sie sei zu keinem Zeitpunkt zwischen den Parteien vereinbart worden, wie auch aus der Anlage A 4 (Seiten 1 bis 3) hervorgehe. Die Klausel verstoße gegen § 21 Abs. 2 LuftVG und § 19 GWB.

Das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 15, hat mit Urteil vom 28.8.2008, Az. 315 0 326/08, die einstweilige Verfügung hinsichtlich des Antragsteils „und/oder diesbezüglich zu werben“ aufgehoben und den Antrag auf Erlass insoweit zurückgewiesen, im Übrigen aber die einstweilige Verfügung bestätigt. Auf das Urteil des Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Hiergegen wendet sich die Verfügungsbeklagte mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung. Sie

wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ergänzt ihren Vortrag wie folgt: Es bestehe entgegen der Ansicht des Landgerichts ein überwiegendes Interesse der Verfügungsbeklagten an der Nutzung der R.-Website. Für die Abflughäfen Hahn, Weeze, Berlin, Bremen, Friedrichshafen, Lübeck und Zweibrücken sei sie, die Verfügungsbeklagte, für den Verkauf von Pauschalreisen auch auf Flüge der Verfügungsklägerin angewiesen.

Der unter Zuhilfenahme der Internet Booking Machine erfolgende Buchungsvorgang unterscheide sich nicht von der Tätigkeit des Endverbrauchers, der auf der Website der Verfügungsklägerin einen Flug buche. Zudem vertreibe die Verfügungsklägerin ihre Flüge auch nicht, wie von ihr behauptet, ausschließlich an Endverbraucher, sondern sehr wohl auch an gewerbliche Abnehmer über das Internet, z.B. für Geschäftsreisen von Arbeitnehmern.

Die Dringlichkeit sei nicht gegeben. Bereits am 8.2.2008 habe die Verfügungsklägerin, wie sie, die Verfügungsbeklagte, erst jetzt erfahren habe, die Firma H., Frankfurt, wegen der unautorisierten Nutzung ihrer homepage unter Hinweis auf ihre Terms of Use abmahnen lassen (Anlage AG 13). Auch die Firma H. biete – wie die Fa. T. – als Technologieunternehmen eine Internet Booking Machine für Reiseveranstalter und Reiseportale. Ferner habe die Verfügungsklägerin auch die Firma T. unter dem 14.3.2008 abgemahnt (Anlage AG 14). Die Verfügungsklägerin habe – entgegen der Angabe in der eidesstattlichen Versicherung gemäß Anlage A 2 – bereits vor ihrer Testbuchung Kenntnis davon gehabt, dass sie, die Verfügungsbeklagte, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Flüge über die Website der Verfügungsklägerin buche. Denn ihr Prozessbevollmächtigter habe den Anwälten der Firma T. unter dem 23.5.2008 einen Ausdruck der Internetseite des Portals e.com vorgelegt, welche ebenfalls eine Pauschalreise der Verfügungsbeklagten zum Gegenstand gehabt habe (Anlage AG 15). Ferner habe die Verfügungsklägerin selbst unter dem 21.5.2008 die Firma s. GmbH, München, wegen Verletzung der Terms of Use

angeschrieben und ihr eine Buchungsanfrage des Portals t.de vorgelegt, aus der ebenfalls die Verfügungsbeklagte als Reiseveranstalter hervorgehe (Anlage AG 16). Mithin habe die Verfügungsklägerin spätestens im Zeitpunkt der Abmahnungen gegenüber den Technikanbietern Kenntnis von ihrer, der Verfügungsbeklagten, Tätigkeit besessen.

Die Annahme des Landgerichts, die automatisch generierten Buchungsbestätigungen begründeten keine Kenntnis der Verfügungsklägerin, sei nicht überzeugend. Es handele sich hierbei um empfangsbedürftige Willenserklärungen. Soweit die Verfügungsklägerin sich entschlossen habe, auf den Abschluss eines Luftbeförderungsvertrags gerichtete Willenserklärungen nicht durch Personen zur Kenntnis zu nehmen, sondern ausschließlich automatisiert zu bearbeiten, könne sie sich nicht auf fehlende Kenntnis berufen.

Die marktbeherrschende Stellung der Verfügungsklägerin folge daraus, dass sie im gesamten Low-Cost-Carrier-Markt in Deutschland im Juli 2008 die viertgrößte Anbieterin mit 613 Flügen auf 112 Strecken gewesen sei; dies bedeute eine Steigerung bei den Strecken von 43,6 % (Anlage AG 17). Weit mehr als die Hälfte des Low-Cost-Carrier-Marktes im Rhein-Main-Gebiet, nach Passagierzahlen gemessen, bediene die Verfügungsklägerin; bei den Auslandsflügen habe sie einen Marktanteil von nahezu 20 % (Anlage AG 17). Ein direkter Wettbewerb finde zwischen den Low Cost Carriern ohnehin nicht statt, da es im ersten Halbjahr 2008 665 Strecken gegeben habe, von denen lediglich auf 36 Strecken zwei Anbieter konkurriert hätten, nur auf 6 Strecken hätte es 3 Fluggesellschaften gegeben, während die Mehrzahl von 575 Strecken nur von einer Fluggesellschaft beflogen würde (Anlage AG 17).

Die Verfügungsbeklagte beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Verfügungsklägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass sie den Verfügungsanspruch zu (2) in der Berufung nicht mehr verteidige.

Die Verfügungsklägerin beantragt im Wege der Anschlussberufung, das angefochtene Urteil abzuändern und die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 7.7.2008, Az. 315 0 326/08, vollständig zu bestätigen.

Die Verfügungsbeklagte beantragt, die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Die Verfügungsklägerin wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag und ergänzt ihn wie folgt: Die Verfügungsbeklagte habe ihre, der Verfügungsklägerin, Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten der Verfügungsbeklagten vor dem 30.5.2008 nicht substantiiert dargelegt. Erst durch die am 30.5.2008 erfolgte Testbuchung habe sie, die Verfügungsklägerin, erkennen können, dass die Verfügungsbeklagte in der beanstandeten Weise handele. Dies habe sie auch im Zusammenhang mit den gegen die Firmen Travel S.de und T. vorgenommenen Abmahnungen nicht erfahren. Weder nach § 21 LuftVG noch dem GWB unterliege sie, die Verfügungsklägerin, hinsichtlich der Verfügungsbeklagten einem Kontrahierungszwang. Der von der Verfügungsbeklagten als relevant erachtete Markt von durch Low Cost Carrier erbrachten Auslandsflügen existiere nicht. Ohnehin erfasse das Low Cost Segment nicht alle für den Verkauf von Pauschalreisen marktrelevanten Fluggesellschaften, da hierzu auch die Charterfluggesellschaften gehörten.

Ihr, der Verfügungsklägerin, billigenwertes Interesse an dem Ausschluss kommerzieller Nutzer bestehe darin, dass sie sicherstellen wolle, dass ihr Geschäftsmodell als billigster Anbieter von Flugtickets gegenüber den Endkunden nicht beeinträchtigt werde, dass an den Endkunden gerichtete und für diesen wichtige Informationen auch tatsächlich an diesen weitergereicht würden und dass ihre für die Durchführung von Flugbuchungen existentielle Webseite durch Screenscraper nicht

lahmgelegt werde.

Im Vorgehen der Verfügungsbeklagten liege ein unlauterer Schleichbezug gemäß § 4 Nr. 10 UWG, da sie zur gewerblichen Weitervermittlung nicht berechtigt sei und Flugtickets unter Vorspiegelung der Tatsache erlange, sie sei eine natürliche Person, um diese Flugtickets dann zur Gewinnerzielung zusammen mit anderen Leistungen an Endkunden weiterzuverkaufen. Die Verfügungsbeklagte beeinträchtige ihr, der Verfügungsklägerin, legitimes Interesse an ihrem Absatzsystem und beschränke ihre wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten; das subjektive Unlauterkeitsmoment liege darin, dass die Verfügungsbeklagte ihre Weiterverkaufsabsicht verschleierte.

Der Anspruch erstrecke sich, wie vom Landgericht ausgesprochen, auf die Internetseite www.R..com, die als first level domain vom Internetbrowser angesteuert werde; von dieser Hauptseite gelange der Buchungsinteressent sodann auf die untergeordnete Seite www.R..com/side/de.

Die Anschlussberufung, so die Verfügungsbeklagte weiter, sei begründet, weil das Werben mit der streitgegenständlichen Nutzung der Website ebenso und aus denselben Rechtsgründen zu unterlassen sei wie die Nutzung selbst. Das Landgericht habe den Antrag unzutreffend dahingehend ausgelegt, die Verfügungsklägerin begehre ein unabhängig von einer bestimmten Fluggesellschaft bestehendes Verbot von Flugbuchungen mit dem Ziel des Weiterverkaufs an Dritte. Der Antrag beziehe sich vielmehr nur auf Werbung für etwaige Nutzungshandlungen betreffend Online-Angebote unter www.R..com, wie durch das Wort „diesbezüglich“ deutlich werde. Im Hinblick auf die streitgegenständlichen Handlungen – Vornahme von Flugbuchungen auf der Website – betreibe die Verfügungsbeklagte Werbung im Sinne der Richtlinie 2006/114/EG, wenn sie die entsprechenden Flugbuchungsdaten und weitere Fluginformationen über ihren Internetauftritt bzw. im Wege der direkten Kommunikation mit dem Endkunden verbreitet (Anlagen A 6 und A 7). Mit diesen Handlungen sei mindestens auch die Erklärung der

Verfügungsbeklagten verbunden, die Flüge weiterverkaufen zu dürfen und zu wollen bzw. die Fluginformation nutzen zu dürfen und zu wollen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten ist unbegründet (nachfolgend A.). Die zulässige Anschlussberufung der Verfügungsklägerin hat Erfolg (nachfolgend B.).

A. Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten bleibt ohne Erfolg, weil die Verfügungsbeklagte im Umfange des von der Verfügungsklägerin in der Berufung noch verteidigten Antrags zur Unterlassung verpflichtet ist.

1. Gegenstand des zuerkannten Antrags im von der Verfügungsklägerin noch verteidigten Umfang ist das Verbot, die Website www.R.com zu kommerziellen Zwecken wie folgt zu nutzen und/oder nutzen zu lassen:

Vornahme von Flugbuchungen, um gebuchte R.-Flüge an Dritte weiterzuverkaufen.

Der Antrag erfasst die Buchung von Flügen über die genannte Website zu kommerziellen Zwecken mit dem Ziel, diese Flüge an Dritte weiterzuverkaufen. Dieser Antragsteil kennzeichnet mit der konkret benannten Nutzungsart „Vornahme von Flugbuchungen zwecks Weiterverkauf an Dritte“ eine bestimmte Handlungsweise.

2. Die Verfügungsklägerin hat gegenüber der Verfügungsbeklagten in der beantragten Weise Anspruch darauf, dass diese die Vornahme von Flugbuchungen zu kommerziellen Zwecken über die homepage der Verfügungsklägerin unterlässt.

a) Der Verfügungsklägerin steht zwar kein vertraglicher,

jedoch ein gesetzlicher Verfügungsanspruch gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 10 UWG zu.

aa) Auf vertraglicher Grundlage, also aufgrund des im jeweiligen Einzelfall zwischen der Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagten zustande gekommenen Flugbeförderungsvertrags kann die Verfügungsklägerin Unterlassung in der beantragten Form nicht verlangen. Denn selbst wenn die auf der Homepage verzeichneten „Terms and Conditions“ jeweils wirksam in den Vertrag einbezogen worden wären und deshalb ein kommerzieller Weiterverkauf vertraglich untersagt wäre, könnte aufgrund des jeweils geschlossenen Vertrags nicht die Unterlassung künftiger Buchungen verlangt werden.

Zwar kann § 280 Abs. 1 BGB neben dem Anspruch auf Schadensersatz grundsätzlich auch einen Unterlassungsanspruch begründen, solange die Verletzungshandlung im konkreten Vertragsverhältnis noch andauert bzw. der daraus resultierende Schaden noch nicht irreparabel ist. Dieser Unterlassungsanspruch besteht jedoch nicht hinsichtlich künftiger, noch nicht geschlossener Verträge, weil § 280 Abs. 1 BGB das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraussetzt (BGH GRUR 2009, 173, 174 (Tz.17) – bundesligakarten.de m.w.N.).

bb) Der Verfügungsklägerin steht jedoch ein gesetzlicher Anspruch gemäß §§ 3, 4 Nr. 10, 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG zu.

Die beanstandete Vornahme von Buchungen durch die Verfügungsbeklagte ist eine unlautere Mitbewerberbehinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG in der Form des Schleichbezugs.

Anerkanntermaßen dient der Unlauterkeitstatbestand des Schleichbezugs nicht nur dem Schutz selektiver Vertriebssysteme, sondern findet auch auf Direktvertriebssysteme Anwendung (BGH, GRUR 1988, 916, 918 – PKW-Schleichbezug; GRUR 1991, 614, 615 –

Eigenvertriebssystem). Danach gebührt dem Anbieter von Waren oder Dienstleistungen, der sich in zulässiger Weise dafür entschieden hat, sein Angebot selbst oder über von ihm weisungsabhängige Vertreter oder Agenturen abzusetzen, gegenüber einer Täuschung über die Wiederverkaufsabsicht derselbe wettbewerbsrechtliche Schutz wie dem Lieferanten, der mit unabhängigen Händlern ein selektives Vertriebssystem errichtet hat (BGH GRUR 2009, 173, 175, Tz.27 – bundesligakarten.de). Lauterkeitsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist hierbei die Behinderung eines Vertriebskonzepts, mit dem der Hersteller oder Dienstleistungserbringer legitime Absatzinteressen verfolgt (Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 4 Rdnr. 10.63). Ob die Beeinträchtigung durch Mitbewerber im Einzelfall den Tatbestand des unlauteren Schleichbezugs im Sinne einer unzulässigen individuellen Behinderung erfüllt, ist jeweils durch Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände und widerstreitenden Interessen zu ermitteln (BGH GRUR 2009, 173, 175, Tz.27 – bundesligakarten.de; BGH, GRUR 2002, 902, 905 – Vanity-Nummer; BGH GRUR 2001, 1061 – Mitwohnzentrale.de; GRUR 2004, 877, 879 – Werbeblocker).

Jedenfalls seit der Abmahnung vom 24.6.2008 (Anlage A 10) nimmt die Verfügungsbeklagte ggf. Flugbuchungen über die Homepage der Verfügungsklägerin in Kenntnis des Umstands vor, dass die Verfügungsklägerin die Nutzung ihres Buchungssystems zum Zweck des kommerziellen Weiterverkaufs nicht gestattet. Dies hat die Verfügungsklägerin in der Abmahnung unter Hinweis auf ihre „Terms of Use of the R. Website“ klar zum Ausdruck gebracht. Bei der hier vorzunehmenden einzelfallorientierten Abwägung ist die beanstandete Buchungspraxis der Verfügungsklägerin als unlauter einzustufen.

(1) Durch die beanstandeten Buchungshandlungen der Verfügungsbeklagten kommt jeweils ein Vertrag zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits, nicht jedoch ein solcher zwischen der Verfügungsklägerin und den jeweiligen Endkunden

zustande. Dass die Verfügungsbeklagte jeweils für Dritte Flugbuchungen vornimmt, führt nicht zur Annahme eines Vertretergeschäfts. Denn nach dem gemäß §§ 133, 157 BGB für die Auslegung vertraglicher Willenserklärung maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont – dass die Verfügungsklägerin die Buchung tatsächlich nicht zur Kenntnis nimmt, sondern rein maschinell bearbeitet, hat hierbei außer Betracht zu bleiben – ist es die Verfügungsbeklagte, die gegenüber der Verfügungsklägerin die jeweilige Flugbuchung im eigenen Namen zugunsten des jeweils benannten Fluggastes – also im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB – vornimmt.

Die Buchungsmaske (Anlage A 5) sieht einerseits die Eintragung von „Fluggastinformationen“ vor, nämlich u.a. Titel, Vorname und Nachname sowie die Angabe, wie viele Gepäckstücke aufgegeben werden sollen. Hierbei handelt es sich mithin um die Bezeichnung der Person des Reisenden sowie weiterer flugleistungsrelevanter Informationen. Andererseits sind als „Kontaktdetails“ u.a. in die Felder „Ihr Vorname/Nachname“, „Straße“, „Wohnort/Bundesland“, „Postleitzahl“, „Land“, „Telefonnummer des Hauptfluggasts“, „Mobiltelefonnummer des Hauptfluggasts“, „Telefonnummer des Hauptfluggasts am Zielort“ sowie die Emailadresse einzutragen, „an die die Bestätigung gesendet werden soll“. An die in den Kontaktdaten benannte Person sendet die Verfügungsklägerin unstreitig Reisebestätigung und Rechnung. Bei dieser Gestaltung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont als vertragsschließende Partei diejenige anzusehen, die in den Kontaktdaten individualisiert ist, während die „Fluggastinformationen“ lediglich den Leistungsempfänger bzw. weitere Umstände der Leistungserbringung erfassen. Die in den Kontaktdaten bezeichnete Partei ist diejenige, die sich nach der berechtigten Erwartung des Empfängers der Buchung den Vertrag zurechnen lassen muss. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es auch die in den Kontaktdaten bezeichnete Person ist, welche die zur Bewirkung der Buchung erforderliche Zahlung mittels ihrer Kreditkarte vornimmt. Diese Person ist die einzige, über deren

Kontakt Daten der Erklärungsempfänger verfügt, an die er sich infolgedessen halten kann und die sich zudem durch die Zahlung mittels ihrer Kreditkarte als diejenige Partei zu erkennen gibt, die auch für die mit der Buchung verbundene Zahlungsverpflichtung einzutreten bereit ist.

Die Tatsache, dass die Verfügungsklägerin auf den Direktvertrieb ihrer Tickets – also den Ausschluss kommerzieller Zwischenhändler oder Vermittler – Wert legt, spricht nicht gegen die Annahme eines jeweiligen Eigengeschäfts der Verfügungsbeklagten (a.A. in einem allerdings nicht einen Pauschalreiseveranstalter, sondern eine reine „Vermittlungshompage“ betreffenden Fall OLG Frankfurt, Urteil v. 5.3.2009, Az. 6 U 221/08, juris-Rz. 17). Denn die Vornahme von Buchungen für Dritte im eigenen Namen gestattet die Verfügungsklägerin durchaus, sofern sie nicht zu kommerziellen Zwecken vorgenommen werden. In diesen Fällen besteht aus den dargelegten Gründen nach dem berechtigten Verständnis des Buchungsempfängers nicht die Erwartung, dass er ggf. mit dem – bis auf den Namen – nicht näher bezeichneten Fluggast kontrahiere.

Im Falle der Buchung durch die Verfügungsbeklagte erscheinen unstreitig in den Kontakt Daten als Vorname „V.“ und als Nachname „GmbH“ sowie die Emailadresse der Verfügungsbeklagten sowie im Feld „Fluggastinformationen“ die jeweiligen Endkunden/Reisenden; unstreitig leistet die Verfügungsbeklagte mittels ihrer Kreditkarte die fällige Zahlung. An der Annahme eines Eigengeschäfts der Verfügungsbeklagten ändert auch der Umstand nichts, dass diese sich bei der Werkstellung der Buchung einer sog. Internet Booking Machine bedient, die auf Veranlassung des Endkunden die passende Kombination von Reiseleistungen ermittelt, deren Buchung sodann erfolgt. Denn für die Beurteilung des Erklärungswerts der Buchungen nach dem objektiven Empfängerhorizont ist allein maßgeblich, dass die Verfügungsbeklagte die bei der Verfügungsklägerin eingehenden Buchungen in der beschriebenen Weise veranlasst.

Mit der Einordnung als Eigengeschäft der Verfügungsbeklagten steht schließlich im Einklang, dass diese – wenn auch für die Verfügungsklägerin im Buchungszeitpunkt nicht erkennbar – gegenüber den Endkunden als Pauschalreiseveranstalterin auftritt, die für die angebotene Pauschalreise einen Pauschalpreis ohne Offenlegung des von ihr gegenüber der Verfügungsklägerin entrichteten Flugpreises berechnet, nicht hingegen lediglich als Vermittlerin einzelner Reiseleistungen.

(2) Die Abwägung der im vorliegenden Einzelfall beteiligten Interessen geht zugunsten der Verfügungsklägerin aus.

(a) Die unternehmerische Entscheidung der Verfügungsklägerin, ihre Flüge im Wege des telefonischen bzw. internetgestützten Direktvertriebs unter Ausschluss kommerzieller Vermittler oder Weiterverkäufer selbst zu vermarkten, steht im Einklang mit der von der Verfügungsklägerin vorgetragenen, durch die Verfügungsbeklagte nicht relevant angezweifelte geschäftlichen Strategie, stets billigster/günstigster Anbieter von Flügen sein zu wollen und die Preisgestaltung gegenüber dem Endkunden allein zu bestimmen. Die Gestaltung ihres Vertriebssystems stellt sich, weil es sich in den Grenzen der Rechtsordnung hält, als Ausdruck der (jedenfalls) gemäß Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten unternehmerischen Handlungsfreiheit der in der Republik Irland ansässigen Verfügungsklägerin dar und verdient deshalb im Rahmen der hier vorzunehmenden Abwägung Anerkennung als legitimes Interesse der Verfügungsklägerin.

(aa) Die Verfügungsbeklagte hat nicht substantiiert darzulegen vermocht, dass das Direktvermarktungssystem der Verfügungsklägerin kartellrechtlichen Bedenken unterliegt. Auf der Grundlage des Vortrags der Verfügungsbeklagten kann nicht festgestellt werden, dass die Verfügungsklägerin im Sinne des § 19 GWB eine marktbeherrschende Stellung missbrauchte, indem sie kommerzielle Vermittler oder Weiterverkäufer von der Nutzung ihrer internetgestützten Buchungsmöglichkeit ausschließt.

Es ist nicht substantiiert vorgetragen, dass die Verfügungsklägerin auf dem hier relevanten sachlich-räumlichen Markt eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB innehätte.

(aaa) Das Auffinden des sachlich relevanten Markts dient der Ermittlung von Substitutionsbeziehungen zwischen Gütern und Dienstleistungen, welche wiederum Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation und damit die Marktverhältnisse zulassen (s. KG, Urteil v. 18.3.1998, Az. Kart 3/95, WuW/E DE-R 94, 96; Paschke, in: Frankfurter Komm. zum Kartellrecht, Lfg. 60, Juni 2006, § 19 Rz. 77). Die Marktabgrenzung hat stets aus der Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen (Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 19 Rz. 5). Nach dem hier maßgeblichen Bedarfsmarktkonzept sind aus der Sicht der Abnehmer sämtliche Erzeugnisse als marktgleichwertig zu beurteilen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht (BGH, Urteil v. 24.10.1995, WuW/E 3026, 3028 – Backofenmarkt; KG, Urteil v. 18.2.1969, WuW/E OLG 995, 996; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rz. 24).

Selbst wenn man vorliegend davon ausginge, dass relevanter Markt hier aus Sicht der Marktgegenseite die Nachfrage nach günstigen Flugleistungen („Low Cost Segment“) wäre, so dürften jedenfalls – neben Billigfluglinien – auch Charterfluggesellschaften in die Betrachtung mit einzubeziehen sein, die mit Pauschalreisen kombinierbare Flüge anbieten. Hierzu hat die Verfügungsbeklagte nicht vorgetragen.

(bbb) Der räumlich relevante Markt erfasst wird das Gebiet, in dem das betroffene Unternehmen wirksamem Wettbewerb von Konkurrenten ausgesetzt ist, die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten deutlich unterscheidet; häufig wird hierbei vom

Tätigkeitsgebiet des Unternehmens ausgegangen, um das es im konkreten Fall geht oder von dem Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen sich üblicherweise um Aufträge bemühen (Bechtold a.a.O. Rz. 16f.).

Die Verfügungsbeklagte verweist auf die starke Marktstellung der Verfügungsklägerin für Flüge ab den Flughäfen Hahn und Weeze, wobei sie sich nicht allein auf den Markt für innerdeutsche Flüge festlegt, sondern auch Auslandsflüge berücksichtigen möchte. Diese räumliche Marktabgrenzung dürfte, worauf die Verfügungsklägerin zu Recht hinweist, angesichts der regional benachbarten Flughäfen – im Fall Weeze: Düsseldorf, Köln/Bonn; im Fall Hahn: Frankfurt am Main – sowohl für inländische als auch ausländische Flüge deutlich zu eng bemessen sein. Selbst wenn sicherlich die Nähe des Wohnorts zum Abflugort für Pauschalreisekunden unter Kosten- und Zeitaspekten eines unter mehreren maßgeblichen Buchungskriterien ist, vermag der Senat auf der Grundlage des Vortrags der Verfügungsbeklagten nicht festzustellen, dass Flüge ab den genannten Alternativflughäfen aus Sicht der Kunden nicht in hinreichender Weise marktgleichwertig, also substituierbar wären. Allein auf Entfernungsangaben, die etwa die Erreichbarkeit mit privaten oder öffentlichen Transfermitteln nicht berücksichtigt, lässt sich eine solche Feststellung jedenfalls nicht stützen. Der räumlich relevante Flugmarkt dürfte mindestens regional, womöglich sogar national zu veranschlagen sein.

(ccc) Es kann auf der Grundlage des Vortrags der Verfügungsbeklagten nicht festgestellt werden, dass die Verfügungsklägerin auf dem relevanten regionalen oder nationalen Markt der Low-cost- und Charterflugangebote für in Deutschland beginnende Flüge eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB inne hätte. Der hohe Marktanteil der Verfügungsklägerin für Flüge ab den Flughäfen Weeze und Hahn ist insoweit angesichts des räumlich sehr viel weiter zu fassenden relevanten Markts (dazu vorstehend (bb)) nicht

hinreichend aussagekräftig.

(bb) Auch ein Verstoß gegen § 21 Abs. 2 S. 3 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) liegt nicht vor. Die Vorschrift lautet:

§ 21 Abs. 2 LuftVG

Flugpläne, Beförderungsentgelte und Beförderungsbedingungen sind der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und der zuständigen Behörde auf Verlangen vorzulegen. (...) Luftfahrtunternehmen, die Linienverkehr betreiben, sind außer im Falle der Unzumutbarkeit jedermann gegenüber verpflichtet, Beförderungsverträge abzuschließen und ihn im Rahmen des veröffentlichten Flugplanes zu befördern. (...)

Diese Neufassung des § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG legt den Luftfahrtunternehmen im Linienflugverkehr die Verpflichtung auf, mit jedermann Beförderungsverträge abzuschließen und ihn (...) zu befördern (Hervorhebungen durch den Senat). Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift ist angesichts der kumulativen Verknüpfung von Vertragsabschluss und Beförderung erkennbar, dass die Verpflichtung zum Vertragsabschluss (lediglich) auf solche Verträge gerichtet ist, die die Beförderung der anderen vertragsschließenden Partei zum Gegenstand haben. Diese Auslegung steht im Einklang mit der Gesetzgebungsgeschichte. Der in § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG geregelte privatrechtliche Kontrahierungs- und Beförderungszwang ist im Zuge der Liberalisierung des Luftverkehrs durch das Marktzugangserleichterungsgesetz an die Stelle der vormals bestehenden öffentlich-rechtlichen Beförderungspflicht gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVG a.F. getreten, wonach Luftfahrtunternehmen im Linienflugverkehr bei Vorliegen der weiteren – im hiesigen Kontext nicht relevanten – Voraussetzungen gemäß Nrn. 1 bis 3 „zur Beförderung von Personen und Sachen verpflichtet“ waren (Giemulla/Schmied, LuftVG, Stand 8/2005, § 21 Rz. 24). In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es dazu u.a.: „Diese sog. öffentlich-rechtliche Beförderungsverpflichtung wird durch den

Kontrahierungszwang ersetzt“ (BT-Drs 14/8730, S. S. 9). Es lässt sich also feststellen, dass die Einführung des Kontrahierungszwanges regelungstechnisches Mittel der (nunmehr) zivilrechtlichen Einbettung der Beförderungspflicht ist, ohne dass beabsichtigt gewesen wäre, auch solchen Vertragsparteien einen Anspruch auf Abschluss eines Flugbeförderungsvertrags einzuräumen, die selbst gar nicht befördert werden wollen (und auf die deshalb auch die zuvor bestehende Beförderungspflicht nicht anwendbar war). Mithin kann sich die Verfügungsbeklagte für ihre Absicht, Beförderungsverträge zugunsten Dritter abschließen zu wollen, nicht auf § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVG berufen.

(b) Das im Rahmen der Abwägung auf Seiten der Verfügungsbeklagten zu berücksichtigende Interesse besteht darin, zum Zwecke des internetgestützten Vertriebs von Pauschalreisen Reiseleistungen anderer Anbieter ausfindig zu machen und mit redlichen Mitteln zu vermarkten. Ein rechtlich geschütztes Interesse der Verfügungsbeklagten, Flüge der Verfügungsklägerin zum Zwecke des kommerziellen Wiederverkaufs zu buchen, obwohl eine solche Buchung, wie der Verfügungsbeklagten jedenfalls seit dem Zugang der Abmahnung bekannt ist, dem Willen der Verfügungsklägerin widerspricht, ist allerdings nicht anzuerkennen. Der Verfügungsklägerin, welche sich in zulässiger Weise (s.o.) entschieden hat, ihr Angebot selbst zu vermarkten, gebührt gegenüber dieser, ihrem erklärten Willen widersprechenden Inanspruchnahme ihres Buchungssystems wettbewerbsrechtlicher Schutz gemäß § 4 Nr. 10 UWG. Dass für die Verfügungsklägerin die von der Verfügungsbeklagten für Dritte vorgenommenen Buchungen anhand des Namens der Verfügungsbeklagten als Auftraggeberin der Buchung – zumindest potentiell – erkennbar sind, steht der Annahme eines Schleichbezugs nicht entgegen. Denn die Verfügungsbeklagte, die in – jedenfalls seit der Abmahnung bestehender – Kenntnis der entgegenstehenden Geschäftsbedingungen der Verfügungsklägerin das Buchungsportal in kommerzieller Absicht nutzt, vermag sich

lauterkeitsrechtlich nicht mit Erfolg darauf zu berufen, dass die Verfügungsklägerin eine solche Nutzung ggf. unterbinden könnte. Das den Unlauterkeitsvorwurf auslösende Handlungsmoment liegt vielmehr gerade in der bewussten Ausnutzung einer im Vertrauen auf den geschäftsbedingungsgemäßen Gebrauch ihres Buchungssystems von der Verfügungsklägerin hingenommenen Überwachungs-lücke. Dieses Verhalten kommt bei wertender Betrachtung der Täuschung über die Wiederverkaufsabsicht gleich.

b) Zugunsten der Verfügungsklägerin besteht auch ein Verfügungsgrund. Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG ist (noch) nicht widerlegt. Die Verfügungsklägerin hat durch ihr Verhalten nicht zu erkennen gegeben, dass ihr die Verfolgung des geltend gemachten Wettbewerbsverstoßes nicht eilig ist. Die Verfügungsklägerin hat nach Erlangung der Kenntnis durch die Testbuchung vom 30.5.2008 erst die Verfügungsbeklagte unter dem 24.6.2008 (hinsichtlich des beanstandeten Buchungsverhaltens erstmals) abgemahnt und sodann, nachdem sie in den folgenden Tagen weitere Verstöße festgestellt und die Gegenseite eine Reaktion auf die Abmahnung erst für Mitte Juli angekündigt hatte, am 30.6.2008 die einstweilige Verfügung beantragt. Diese Vorgehensweise ist noch nicht als unangemessen verzögernd zu beurteilen.

aa) Auf der Grundlage des Vortrags der Verfügungsbeklagten ist zunächst nicht festzustellen, dass die Verfügungsklägerin vor der Durchführung des Testkaufs vom 30.5.2008 Kenntnis von der beanstandeten Buchungspraxis der Verfügungsbeklagten besaß.

Der Verletzte hat dringlichkeitsschädliche Kenntnis, wenn er die den Wettbewerbsverstoß begründenden Tatsachen kennt, nicht jedoch, wenn die Wettbewerbswidrigkeit erst aufgrund weiterer Nachforschungen erkennbar ist (Hefermehl/Köhler/Bornkamm 27. Aufl. 2009, § 12 Rz. 3.15). Der vorliegend streitgegenständliche Wettbewerbsverstoß wird gekennzeichnet durch die Praxis der Verfügungsbeklagten, im eigenen Namen und für eigene Rechnung Flüge über die Webseite der

Verfügungsklägerin zu buchen und diese im Rahmen von Pauschalreisen an Dritte weiterzuverkaufen.

Dass die Verfügungsbeklagte nach eigenem Bekunden bereits seit März 2007 laufend Flüge in der beanstandeten Weise gebucht hat, führt nicht zur Annahme einer dringlichkeitsschädlichen Kenntnis der Verfügungsklägerin. Der Umstand, dass – wie unstreitig ist – die Verfügungsklägerin ihr Buchungssystem automatisiert betreibt und über die Webseite getätigte Buchungen keine manuelle Kontrolle durchlaufen, wirkt sich hier nicht zu ihrem Nachteil aus. Denn eine Verpflichtung des Anbieters, zur Abwehr des Verdikts der Kenntnis von Wettbewerbsverstößen ohne konkrete Anhaltspunkte laufend sein computergestütztes Buchungssystem zur Aufklärung und Abwehr etwaiger wettbewerbswidriger Nutzungen durch Dritte zu durchsuchen, ist – ebenso wenig wie eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O.) – nicht anzuerkennen.

Der von der Verfügungsbeklagten vorgelegten Korrespondenz über einen einzelnen Zahlungsvorgang im Zusammenhang mit einer von der Verfügungsbeklagten für Dritte getätigten Flugbuchung (Anlage AG 4) ist die Kenntnis der den Wettbewerbsverstoß begründenden Tatsachen ebenfalls nicht zu entnehmen. Denn die Verfügungsklägerin steht – wie dargelegt (s.o. unter 2.a)bb)(1)) – nicht jeglichen Buchungen zugunsten Dritter ablehnend gegenüber, sondern lediglich solchen, die in kommerzieller Absicht – also zum Zwecke des gewerblichen Weiterverkaufs – erfolgen. Mithin hatte – ohne dass nähere Einzelheiten der etwaigen Wissenszurechnung hier zu erörtern wären – der von der Verfügungsbeklagten vorgetragene, einer Mitarbeiterin der Verfügungsklägerin zur Kenntnis gelangte Einzelfall keine spezifische wettbewerbsliche Aussagekraft und vermochte Kenntnis des dem streitgegenständlichen Anspruch zugrundeliegenden Sachverhalts nicht zu begründen.

Den Abmahnungen der Fa. H. (Anlage AG 13) und Scout24 (Anlage AG 16) ist eine dringlichkeitsschädliche Kenntnis dieser

Umstände schon deshalb nicht zu entnehmen, weil ein Bezug zur vorliegend beanstandeten Tätigkeit der Verfügungsbeklagten nicht erkennbar ist; ferner ist nicht erkennbar, dass die Verfügungsklägerin von der Vornahme eigener Buchungen der abgemahnten Firmen ausging. Vielmehr lassen die Abmahnungen erkennen, dass die Verfügungsklägerin annahm, es werde (lediglich) eine Vermittlungsfunktion ausgeübt (s. S. 2 1. Absatz der Anlage AG 13 – ähnlich in Anlage AG 16: „Further, although you may have taken bookings for our flights, or facilitated others to take bookings for our flights you, and any other third party, are not authorised to conclude contracts between us and third parties.“ [Hervorhebung durch den Senat]).

Die an die Firma T. gerichtete Abmahnung (Anlage AG 14) weist ebenfalls keinen Bezug zur Verfügungsbeklagten auf. Ferner ging der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsklägerin bei Abfassung dieser Abmahnung noch davon aus, dass die Fa. T. lediglich Daten zwischen Verfügungsklägerin und Endkunden weiterleite (siehe S. 3, dritter Absatz: „(...) Der Kunde wird bewusst im Unklaren darüber gelassen, dass er im Hinblick auf Flugsuche und Flugbuchung letztlich direkt mit unserer Mandantin kommuniziert und Sie insoweit nur eine Datenweiterleitungsfunktion ausüben.“ bzw. S. 4, zweiter Absatz: „(...) R. Flüge vermitteln bzw. dafür Buchungen für Kunden generieren zu können“).

Die an die Verfügungsbeklagte gerichtete Abmahnung vom 5.5.2008 (Anlage AG 7) ist zum Nachweis der Kenntnis von der Buchungspraxis ebenfalls nicht geeignet. Diese Abmahnung gründete in tatsächlicher Hinsicht ausdrücklich – ebenso wie die Abmahnungen gemäß Anlagen AG 13, 14 und 16 – auf der Auffassung, die Verfügungsbeklagte leite lediglich Daten zwischen der Verfügungsklägerin und den Kunden weiter und beinhaltete auf dieser – nachfolgend von der Verfügungsklägerin als unzutreffend erkannten – Tatsachengrundlage die Geltendmachung datenbankbezogener

Urheberrechte gemäß § 87b UrhG (Anlage AG 7, S. 2 unter 2.) bzw. lauterkeitsrechtlicher Ansprüche wegen Nachahmung einer datenbankgestützten Leistung sowie Täuschung über die betriebliche Herkunft der Datenbankinhalte gemäß §§ 4 Nr. 9, 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UWG (Anlage AG 7, S. 3 unter 3.), nicht jedoch die vorliegend streitgegenständliche Vornahme von Buchungen durch die Verfügungsbeklagte. Unter dem Aspekt der Dringlichkeit ist es nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsklägerin weitere Schritte zur Sachverhaltsaufklärung unternahm, nachdem die Verfügungsbeklagte – legt man ihren eigenen Vortrag zugrunde – im auf die Abmahnung folgenden Telefonat zwischen den Prozessbevollmächtigten der Parteien am 9.5.2008 sowie dem Antwortschreiben vom 19.5.2008 (Anlage AG 5) sinngemäß entgegnet hatte, Flüge „nicht weiterzuverkaufen, sondern sie in Pauschalreisen zu inkludieren“. Hierbei handelt es sich um ein hinsichtlich des tatsächlichen Geschehens sowie seiner rechtlichen Einordnung zunächst terminologisch unklares Geschäftsmodell, welches in Zusammenschau mit den der Verfügungsklägerin jedenfalls am 23.5.2009 vorliegenden screenshots, in welchen die Verfügungsbeklagte als „Reiseveranstalter“ aufgeführt ist (Anlagen AG 15, AG 16), noch weiterer Nachforschungen bedurfte. Insofern hatte die Verfügungsklägerin zwar allen Anlass, jedoch eben unter dem Dringlichkeitsaspekt auch noch die Gelegenheit, zum Zwecke der effektiven Anspruchssicherung den ihr vorliegenden, jedoch für die Rechtsverfolgung nicht hinreichend konkreten Anhaltspunkten für ein etwaig wettbewerbswidriges Handeln der Verfügungsbeklagte nachzugehen. Diese Gelegenheit hat die Verfügungsklägerin in Gestalt des am 30.5.2009 durchgeführten Testkaufs in einer Weise wahrgenommen, die bei Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls noch nicht als verzögerlich bezeichnet werden kann. Auch der weitere zeitliche Ablauf – Abmahnung am 24.6.2008, Antragstellung am 30.6.2008 – begründen bei Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls noch nicht die Annahme, die Verfügungsklägerin habe es mit der Rechtsverfolgung selbst nicht eilig gehabt.

bb) Grob fahrlässige Unkenntnis kann der Verfügungsklägerin ebenfalls nicht zur Last gelegt werden. Anerkanntermaßen kommt die Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis in Betracht, sofern der Antragsteller sich bewusst der Kenntnis verschlossen hat oder ihm der Wettbewerbsverstoß nach Lage der Dinge nicht verborgen geblieben sein kann (siehe nur Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O.). Hinreichende Anhaltspunkte für die Feststellung, die Verfügungsklägerin habe sich bewusst der Wahrnehmung der Buchungspraxis der Verfügungsbeklagten verschlossen, bestehen vorliegend nicht. Vielmehr folgt aus dem vorstehend zur Frage der etwaigen Kenntnis Ausgeführten, auf welches verwiesen wird, dass die Verfügungsklägerin dem angesichts bestehender Anhaltspunkte für wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten der Verfügungsbeklagten gegebenen Anlass, weitere Nachforschungen anzustellen, in noch geeigneter Weise nachgekommen ist.

B. Die zulässige Anschlussberufung ist begründet.

1. Mit der Anschlussberufung begehrt die Verfügungsklägerin – ihr Antrag auf „vollständige Bestätigung der einstweiligen Verfügung“ ist insoweit auslegungsfähig – den Neuerlass der insoweit vom Landgericht im angegriffenen Urteil aufgehobenen einstweiligen Verfügung hinsichtlich des Antrags, die Website www.R..com zu kommerziellen Zwecken wie folgt zu nutzen und/oder nutzen zu lassen und/oder diesbezüglich zu werben (...) [Hervorhebung durch den Senat].

Dieser Antrag bezieht sich, wie aus dem Wort „diesbezüglich“ folgt, auf die Vornahme von Werbung für die inkriminierte kommerzielle Nutzung der Website in Gestalt der Vornahme von Flugbuchungen, um gebuchte R.-Flüge an Dritte weiterzuverkaufen.

2. Der Unterlassungsanspruch der Verfügungsklägerin besteht hier in gleicher Weise wie das im Rahmen der Berufung (A.) erörterte Verbot der beanstandeten Nutzungsart, also der gemäß § 4 Nr. 10 UWG verbotenen Vornahme kommerzieller Buchungen

über die Website. Denn ebenso wie die Buchung selbst aus den dargelegten Gründen, auf welche verwiesen wird, rechtswidrig ist, ist bereits die Werbung – also jede mit dem Ziel der Erbringung der angebotenen Dienstleistung getätigte gewerbliche Äußerung (vgl. Art. 2 lit a) der Richtlinie 2006/114/EG) – hierfür zu unterlassen. Wiederholungsgefahr besteht hier insofern, als jeder zurückliegenden Buchung nach dem Muster des durch die Verfügungsklägerin in seinen einzelnen internetgestützten Anbahnungsschritten glaubhaft gemachten Testkaufs vom 30.5.2008 (Anlagen A 6 und 7) eine auf die sodann erfolgte Buchung bezogene Werbung (auch) der Verfügungsbeklagten vorausging.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Verfügungsklägerin hat durch ihre eingeschränkte Verteidigung des landgerichtlichen Urteils den ursprünglich gestellten Antrag nicht auch nur teilweise zurückgenommen, da dieser Antrag – wie die Verfügungsklägerin in der Berufungsverhandlung klargestellt hat – kumulativ gestellt und daher bereits aufgrund der Begründetheit des Antragsteils zu (1) – ohne Rücksicht auf das weitere Schicksal des Antrags zu (2) – vollen Umfangs zuzusprechen war.