

Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche bei Abspaltung

Eigener Leitsatz:

Überträgt ein Unternehmen einen Unternehmensteil im Wege der Ausgliederung auf ein anderes Unternehmen, gehen wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche, die aus der Geschäftstätigkeit des abgespaltenen Unternehmensteils hervorgehen, mit über. Das übertragene Unternehmen kann dann einen bereits laufenden Prozess als gesetzlicher Prozessstandschafter für das übernehmende Unternehmen weiterführen. Besonderheiten hinsichtlich des Unterlassungsanspruches ergeben sich durch den Übergang der Anspruchsberechtigung nicht, da bezüglich der Wiederholungsgefahr an ein Verhalten des Schuldners angeknüpft wird, welches durch einen Wechsel auf der Gläubigerseite nicht betroffen wird.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 09.09.2010

Az.: 3 U 58/98

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 8 für Handelssachen, vom 19. Januar 2009 (Geschäfts-Nr. 408 0 200/08) abgeändert. Die einstweilige Verfügung vom 14. November 2008 wird hinsichtlich der Ziffern I.1., I. 2. und I. 3. aufgehoben und insoweit der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückgewiesen. Im Übrigen wird das Rechtsmittel mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Antragsgegnerin Unterlassung gemäß Ziffern I.4 und I.5 der

einstweiligen Verfügung vom 14. November 2008 gegenüber der Fa. T. D. GmbH als Rechtsnachfolgerin der Antragstellerin schuldet, und dass das Verbot zu Ziff. I.5 mit dem Zusatz versehen wird, „wenn dies geschieht wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung“; das darüber hinausgehende Verbot zu Ziffer I. 5 wird aufgehoben und der auf seinen Erlass gerichtete Antrag zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Antragstellerin 70 % und die Antragsgegnerin 30 % zu tragen.

Gründe

I.

Die Antragstellerin, eine bundesweit tätige Anbieterin von Telekommunikations- und Internetdienstleistungen, beanstandet im Eilverfahren Werbeangaben der Antragsgegnerin, welche ebenfalls Telekommunikations- und Internetdienstleistungen erbringt.

Die Antragsgegnerin hat mit der als Anlage K 1 vorliegenden Broschüre geworben, welche am 8.10.2008 der N.-Zeitung beigelegt war. Auf die Abmahnung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abgelehnt (Anlagen K 13 und K 15).

Mit Wirkung zum 1.4.2010 hat die Antragstellerin ihren Festnetz-Geschäftsbereich im Wege der Übertragung durch Ausgliederung im Sinne des Umwandlungsgesetzes auf die T-M. D. GmbH übertragen, welche seit dem genannten Datum unter „T. D. GmbH“ firmiert.

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, dass die Werbung der Beklagten gegen die §§ 3, 4, 5 UWG verstoße und hierzu vorgetragen:

Antrag zu 1. („Zahl die Hälfte! $\frac{1}{2}$ Preis + $\frac{1}{2}$ Jahr = volle Leistung“): Die umworbenen Verbraucher erwarteten angesichts

dieser auf der Frontseite der Anlage K 1 enthaltenen Angabe, bei Abnahme der Internet- bzw. Telefondienste der Antragsgegnerin insgesamt lediglich „die Hälfte“ des regulär zu bezahlenden Preises zu entrichten. Dass sich die Ersparnis in Höhe „der Hälfte“ nur auf die ersten sechs Monate der zwingend einzugehenden 12-monatigen Mindestvertragslaufzeit beziehe, sei der blickfangartig hervorgehobenen Werbeaussage nicht zu entnehmen. Dieses Verständnis könne durch den runden „Störer“ nicht richtiggestellt werden. Die Angabe sei irreführend, denn der Verbraucher könne allenfalls ein Viertel des regulären Preises sparen. Dies folge daraus, dass der reguläre Preis sich unter Berücksichtigung der 12-monatigen Mindestvertragslaufzeit auf einen Gesamtbetrag von € 358,80 belaufe (Anlage K 12), das beworbene Angebot infolge der nur sechs Monate dauernden Reduktion hingegen zu einem Jahrespreis von € 269,10 führe.

Antrag zu 2. (Übertragungsgeschwindigkeit): Die auf der Frontseite der Anlage K 1 enthaltene Formulierung „20 Mbit/s Doppel-Flat für Internet und Telefon.“ werde als Geschwindigkeitsangabe verstanden. Da eine relativierende Angabe – etwa „bis zu“ oder „maximal“ – auf der Frontseite fehle, erwarte der Verbraucher, dass die angegebene Übertragungsgeschwindigkeit dauerhaft erreicht werde. Die Angabe sei irreführend, weil die genannte Übertragungsgeschwindigkeit eines Internet-Zugangs beim Surfen nicht durchgängig genutzt werden könne. Denn sie hänge von der Leistungsfähigkeit der Server ab, von denen der Nutzer Informationen über das Internet abrufe.

Antrag zu 3. („Günstiger und 3x schneller als Call & Surf Comfort der Telekom! 2 “): Die auf der ersten Innenseite der Anlage K 1 befindliche Angabe beinhalte nach dem Verkehrsverständnis die Aussage, die Antragsgegnerin sei in der Lage, immer und ohne Einschränkungen eine Datenübertragungsgeschwindigkeit zur Verfügung zu stellen, die fortwährend um den Faktor 3 über der im Rahmen ihres, der

Antragstellerin, Produkts „Call & Surf Comfort“ erzielbaren Übertragungsgeschwindigkeit liege. Ausgelobt werde ein stabiler Geschwindigkeitsvorteil. Denn der angegebene Faktor 3 werde nicht eingeschränkt oder relativiert. Die Angabe sei irreführend, weil – wie bereits zum Antrag zu 2. ausgeführt – die genannte Übertragungsgeschwindigkeit eines Internet-Zugangs von der Leistungsfähigkeit der Server abhängt, von denen der Nutzer Informationen über das Internet abrufe.

Antrag zu 4. („Immer top in Preis und Leistung“): Die auf der Frontseite der Anlage K 1 enthaltene Angabe werde als Spitzenstellungsbehauptung verstanden, also dahingehend, dass die Antragsgegnerin zu den günstigsten und leistungsfähigsten Telefon- und Internetdienstleistern zähle. Da die „Leistung“ ohne Einschränkungen angepriesen werde, werde die Angabe auch in dem Sinne verstanden, dass die Antragsgegnerin zu den Anbietern mit der höchsten Datenübertragungsgeschwindigkeit gehöre. Die Angabe sei irreführend, weil die Antragsgegnerin nicht zur Spitzengruppe der leistungsfähigsten Anbieter zähle. Angesichts der Verbindung „und“ müsse schon die Unrichtigkeit hinsichtlich des Leistungsaspekts – unabhängig vom Preisvergleich – zum Verbot führen. So könnten Verbraucher bei ihrem, der Antragstellerin, Angebot „VDSL 2“ maximale Datenübertragungsgeschwindigkeiten von bis zu 51,4 MBit/s erzielen (Anlage K 3), somit einen deutlich höheren Wert als bei dem beworbenen Produkt der Antragsgegnerin. Auch der in Hamburg tätige Anbieter „W. GmbH“ biete höhere Übertragungsgeschwindigkeiten als die Antragsgegnerin an, nämlich bis zu 100 MBit/s (Anlage K 6).

Antrag zu 5. („Der günstigste Festnetz-Telefonanschluss Deutschlands: Kabel Phone.“): Diese auf der dritten Seite der Anlage K 1 befindliche Angabe verstünden die angesprochenen Verbraucher dahingehend, dass sie das beworbene Angebot bundesweit abnehmen könnten. Denn die angepriesene Alleinstellung bei der Preisgestaltung bestehe nur dann, wenn die Antragsgegnerin die Angebote ihrer Wettbewerber an jedem

Ort der Bundesrepublik Deutschland preislich unterbieten könne. Das vorgenannte Verständnis werde durch den unten auf der Seite enthaltenen Verfügbarkeitshinweis nicht tangiert, denn ggf. würde durch ihn die Behauptung bundesweiter Verfügbarkeit in ihr Gegenteil verkehrt. Die Angabe sei irreführend, weil die Antragsgegnerin nicht bundesweit tätig sei, so etwa nicht in Hessen, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. für Telefon- und/oder Internet-Dienstleistungen mit der Angabe

„Zahl die Hälfte!

$\frac{1}{2}$ Preis

+ $\frac{1}{2}$ Jahr

= volle Leistung“

zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung;

und/oder

2. einen Internet-Zugang unter der Angabe einer Übertragungsgeschwindigkeit zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, ohne darauf hinzuweisen, dass diese nicht uneingeschränkt gewährt werden kann, wenn dies geschieht, wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung;

und/oder

3. für Telefon- und/oder Internet-Dienstleistungen mit der

Angabe

„Günstiger und 3x schneller als Call & Surf Comfort der Telekom! 2 “

zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung;

4. für Telefon- und/oder Internet-Dienstleistungen mit der Angabe

„Immer top in Preis und Leistung“

zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht, wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung;

und/oder

5. für nicht bundesweit verfügbare Telefondienstleistungen mit der Angabe

„Der günstigste Festnetz-Telefonanschluss Deutschlands: Kabel Phone.“

zu werben oder werben zu lassen.

Das Landgericht Hamburg hat am 14.11.2008 antragsgemäß eine einstweilige Verfügung erlassen, gegen welche die Antragsgegnerin Widerspruch eingelegt und vorgetragen hat:

Antrag zu 1. : Die angegriffene Aussage sei nicht irreführend. Denn der für die genannte hälftige Ersparnis maßgebliche Zeitraum von sechs Monaten nehme gleichwertig am Blickfang teil. Zudem werde die Ersparnis in dem runden „Störer“ auf der ersten Seite, welcher ebenfalls am Blickfang teilhabe, und in der Auflösung der darin angebrachten Fußnote nochmals erläutert. Die Mindestvertragslaufzeit habe mit der ausgelobten Dauer der Ersparnis von 50 % nichts zu tun. Dass dauerhaft die Hälfte gespart werden könne, werde nicht suggeriert.

Antrag zu 2. : Bei der Angabe „20 Mbit/s Doppel-Flat“ handele es sich um eine ebenso marktübliche Bezeichnung wie „DSL 6000“. Es werde eine Vielzahl ähnlich bezeichneter Pakete vertrieben, die ebenfalls uneingeschränkt und blickfangmäßig beworben würden. Verbraucher verstünden, dass hier (nur) die maximal erzielbare Downloadgeschwindigkeit beworben werde. Allein diese interessiere den Verkehr, weil sie die einzige messbare Vergleichsgröße darstellte.

Antrag zu 3. : Der Aussage sei nicht zu entnehmen, dass das Produkt im täglichen Einsatz permanent genau 3x schneller sei als jenes der Antragstellerin. Es würden vielmehr nur Höchstgeschwindigkeiten verglichen, denn nur das sei es, was den Verbraucher interessiere.

Antrag zu 4. : Der Verbraucher entnehme dieser Angabe keinerlei nachprüfbareren Inhalt. Die Aussage, bei einem Produkt sei „alles super“, sei trivial und allgemein üblich. Selbst wenn man darin einen nachprüfbareren Tatsachekern erkennen wolle, so sei dieser richtig. Denn sie, die Antragsgegnerin, habe gegenüber ihren Mitbewerbern einen dauerhaften Vorsprung. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin könnten Preis und Leistung nicht unabhängig voneinander betrachtet werden, weshalb sie, die Antragsgegnerin, Preis und Leistung in ihre Werbung einbezogen habe. Das von der Antragstellerin vorgelegte Testergebnis zeige, dass es außer ihrem, der Antragsgegnerin, Angebot „Paket Classic“, keinen Internet- und Telefonanschluss auf dem Markt gebe, der eine Übertragungsgeschwindigkeit von 6 Mbit/s für nur € 19,90 biete. Die Antragstellerin verschweige, dass ihre Produkte teilweise wesentlich teurer seien als sämtliche andere Produkte auf dem Markt (Anlage AG 18). Im Preissektor von etwa € 20 bis € 30 liege sie, die Antragsgegnerin, für mit dem Produkt „Paket Comfort“ vergleichbare Produkte stets im oberen Bereich der Mitbewerber. Ihre Spitzenstellung ergebe sich auch aus mehreren Umfragen und Tests, darunter der „eco Award“ 2006 und 2008 des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft e.V.

als bester Internetanbieter für Privatkunden für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis (Anlagen AG 1 und AG 8), Auszeichnung des Deutschen Instituts für Service-Qualität als bester Internet-Anbieter und für den besten Tarif Doppelflatrate (Anlage AG 9), Bestnote „sehr gut“ im Preis-Leistungs-Test und Testsieger mit der Gesamtnote „gut“ im Test des Fachmagazins „PC Praxis“ (Anlage AG 2, AG 10), Testnote „gut“ für Sprachqualität im Test der „Computerbild“ 12/2007 (gemeinsam mit Antragstellerin; Anlage AG 12). Im Test der Zeitschrift „Computerbild“ 23/2007 von DSL-Geschwindigkeiten habe sie, die Antragsgegnerin, zu den schnellsten Anbietern gehört (Anlage AG 11). Der Preisvergleich der Zeitschrift „c't“ vom 13.10.2008 habe ergeben, dass sie, die Antragsgegnerin, zu den günstigsten Anbietern gehöre (Anlage AG 13). Eine Verbraucherumfrage der GfK-Marktforschung vom 1.8.2008 zur Kundenzufriedenheit im Bereich Telefon und Internet habe die im Vergleich zu den Kunden der Mitbewerber höchste Weiterempfehlungsbereitschaft ergeben (Anlage AG 14). Auch nach dem neuerlichen Vortrag der Antragstellerin stehe daher fest, dass es kein Angebot auf dem Markt gebe, das – unterhalb der Geschwindigkeitsschwelle von VDSL – nur annähernd so günstig und schnell sei wie ihr, der Antragsgegnerin, Angebot. Dass sie, die Antragsgegnerin, im Preis-Leistungs-Verhältnis „top“ sei, belege auch ein Testbericht des „PC Magazins“ vom 1.12.2008 (Anlage AG 22), in dem es heiße, dass sie, die Antragsgegnerin, alle Preis-Leistungs-Rekorde breche.

Antrag zu 5. : Allein die Verwendung des Wortes „Deutschland“ beinhalte keine Aussage zur Verfügbarkeit. Die Angabe werde allein dahingehend verstanden, dass es in Deutschland keinen günstigeren Festnetzanschluss gebe. Jedenfalls sei die Angabe aber im Gesamtzusammenhang zu betrachten, also auch unter Beachtung des auf die eingeschränkte Verfügbarkeit hinweisenden Fußnotenvermerks. Gleiches gelte etwa für die von der Antragstellerin verwandte Angabe „Deutschlands beliebtester DSL-Anbieter“.

Das Landgericht Hamburg hat mit Urteil vom 19.1.2009 die einstweilige Verfügung bestätigt. Auf das Urteil wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ergänzt ihren Vortrag wie folgt:

Die Antragstellerin sei nach Ausgliederung des Festnetzbereiches auf eine Tochtergesellschaft nicht mehr aktivlegitimiert. Es fehle an der Dringlichkeit, da die Antragstellerin den vermeintlichen Unterlassungsanspruch der Fa. T. D. GmbH erst seit dem 4.6.2010 geltend mache. Jedenfalls sei der Anspruch verjährt.

Antrag zu 1. : Zu Unrecht habe das Landgericht angenommen, dass durch diese Angabe die angesprochenen Verkehrskreise über die Preisbemessung getäuscht würden. Selbst wenn maßgebliche Teile des Verkehrs diese zutreffende Werbeaussage falsch verstünden, habe sie, die Antragsgegnerin, ein berechtigtes Interesse daran, mit der grundsätzlich zutreffenden Information zu werben; nicht jeder auf Unkenntnis beruhende Irrtum sei schutzwürdig.

Antrag zu 2. : In der angegriffenen Angabe liege keine Täuschung über den Leistungsumfang des Angebots. Das Landgericht lege bei seiner Beurteilung einen völlig unwissenden Verbraucher zugrunde, der aber nicht maßgeblich sei.

Antrag zu 3. : Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei – aus den bereits zum Antrag zu 2. ausgeführten Gründen – ein einschränkender Zusatz („bis zu“) nicht erforderlich.

Antrag zu 4. : Zu Unrecht gehe das Landgericht auf ihr, der Antragsgegnerin, Argument nicht ein, „immer top“ sei ohne weiteres zu ersetzen durch „immer klasse“ oder „immer super“. Die Annahme des Landgerichts, nicht das Preis-Leistungs-Verhältnis sei beworben, sei schon deshalb falsch, weil an

mehreren Stelle der angegriffenen Werbung ausdrücklich hiervon die Rede sei. Der vom Landgericht vermissten sprachlichen Klarstellung habe es daher nicht bedurft. Ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis zeichne sich dadurch aus, dass für einen bestimmten Preis bzw. in einem bestimmten Preissektor eine angemessene gute Leistung angeboten werde. Wenn dieses Verhältnis stimme, zahle man für eine gute Leistung auch einen angemessenen Preis und bekomme für einen bestimmten Preis eine angemessene Leistung. Wer also behaupte, im jeweiligen Preissektor zur Leistungs-Spitzengruppe zu gehören, nehme für sich ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis in Anspruch. Es gehe also immer um Preis und Leistung.

Antrag zu 5. : Die Aussage beinhalte nichts weiter, als dass es in Deutschland keinen günstigeren Anschluss gebe. Zwischen der Behauptung, auf dem deutschen Markt der günstigste Anbieter zu sein, und der Frage, wo genau das Angebot verfügbar ist, bestehe kein Zusammenhang. Allein durch die Behauptung, es gebe in Deutschland keinen günstigeren Anbieter, nehme sie, die Antragsgegnerin deshalb nicht für sich in Anspruch, jeden Haushalt in Deutschland versorgen zu können. Dies erwarte der Verkehr auch nicht, da die lückenhafte Versorgung durch Telekommunikationsunternehmen allgemein bekannt sei. Selbst wenn man in der Aussage einen Inhalt zur Verfügbarkeit sehen wollte, so die Antragsgegnerin weiter, fehle es an einer Irreführung. Denn sie, die Antragsgegnerin, sei mit der streitgegenständlichen Werbung nur in Gebieten aufgetreten, in denen sie ihr Angebot auch zur Verfügung stellen könne. In Hessen, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg sei der streitgegenständliche Werbebrief nicht verteilt worden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 19.1.2009, Az. 408 0 200/08, aufzuheben und den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt das landgerichtliche Urteil, wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ergänzt ihren Vortrag wie folgt:

Auch angesichts der zum 1.4.2010 erfolgten Ausgliederung ihres Festnetz-Geschäftsbereichs sei sie, die Antragsgegnerin, weiterhin aktivlegitimiert. Diese Übertragung habe daher schon nach § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO keine Auswirkungen auf den laufenden Prozess.

Antrag zu 1. : Der Verbraucher erwarte, dass er insgesamt lediglich „die Hälfte“ des regulär zu bezahlenden Preises zu entrichten habe. Dass er sich mindestens für 12 Monate an die Antragsgegnerin binden müsse, erfahre er nicht. Beinhaltet der Blickfang nur die „halbe Wahrheit“, so müsse der angesprochene Verkehr durch einen hinreichend deutlichen Sternchen- oder Fußnotenvermerk aufgeklärt werden. Es handele sich nicht um einen auf Unkenntnis beruhenden, nicht schutzwürdigen Irrtum. Denn der hier betroffene Markt sei von fortlaufenden Preisunterbietungen gekennzeichnet, weshalb der erhobene Preis maßgebliches Kriterium für den Verbraucher sei. Durch die hervorgehobene „halbe Wahrheit“ werde der Verbraucher veranlasst, sich eingehender mit dem Angebot der Antragsgegnerin zu beschäftigen. Der Verkehr werde nicht darüber informiert, dass unter Berücksichtigung der Mindestvertragslaufzeit die ausgelobte Ersparnis nur $\frac{1}{4}$ ausmache. Diese Mindestvertragslaufzeit führe dazu, dass niemand die ausgelobte Ersparnis erreichen könne; deshalb sei die Darlegung der Antragsgegnerin auch falsch, dass die Ersparnis nichts mit der Vertragslaufzeit zu tun habe. Der Verkehr erwarte zudem, dass die ausgelobte Ersparnis während der gesamten Laufzeit des Vertrags eintrete und das von dem Kunden während der Mindestvertragslaufzeit zu entrichtende Entgelt betreffe.

Antrag zu 2. : Der Verbraucher erkenne in der Angabe eine Aussage über die dauerhaft zu erreichende Geschwindigkeit. Gerade weil die Antragsgegnerin von der üblichen Praxis abweiche, durch einschränkende Angaben darauf hinzuweisen, dass die angegebene Geschwindigkeit nicht durchgängig genutzt werden könne, sei die einschränkungslose Angabe in diesem Sinne zu verstehen.

Antrag zu 3. : Der Verkehr erwarte einen permanent bestehenden Geschwindigkeitsvorteil, weil keine Einschränkung erfolge. Dem Verbraucher sei nicht bewusst, dass eine Geschwindigkeit nicht permanent erreicht werden könne. Auf abseits der angegriffenen Angabe befindliche Informationen komme es nicht an; daher helfe es der Antragsgegnerin nicht, dass sie an anderer Stelle die angegebene Geschwindigkeit mit dem Zusatz „bis zu“ versehen habe.

Antrag zu 4. : Das Argument, die Angabe beziehe sich nur auf das Preis-Leistungs-Verhältnis, gehe fehl. Denn in der Werbeunterlage sei weder „durchgehend“ hiervon die Rede, noch stehe die entsprechende Angabe auf Seite 2 in einem Zusammenhang zu der angegriffenen Angabe. Die Angabe beinhalte die Behauptung, in zwei Segmenten – also Preis und Leistung – eine Allein- bzw. Spitzenstellung einzunehmen.

Antrag zu 5. : Das vom Landgericht zugrundegelegte Verkehrsverständnis entspreche der zu vergleichbaren Angaben ergangenen Rechtsprechung. Die Angabe vermittele eine falsche Vorstellung hinsichtlich des Verfügbarkeitsgebiets, weil die Antragsgegnerin in wesentlichen Teilen der Bundesrepublik Deutschland ihr Angebot nicht vorhalte.

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 ist hinsichtlich der Anträge zu 1. bis 3. vollständig und hinsichtlich des Antrags zu 5. nur insoweit begründet, als das Landgericht ein über die konkrete Verletzungsform hinausgehendes Verbot zugesprochen hat. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. Hinsichtlich der Anträge zu 4. und 5. war zudem klarzustellen, dass die Antragsgegnerin Unterlassung gegenüber der Fa. T. D. GmbH als Rechtsnachfolgerin der Antragstellerin schuldet.

1. Zulässigkeit

Der Antrag der Antragstellerin ist auch nach Ausgliederung des Geschäftsbereichs „Festnetz“ auf die Fa. T. D. GmbH weiterhin zulässig, weil die Antragstellerin prozessführungsbefugt ist. Prozessführungsbefugt ist derjenige, welcher dazu berechtigt ist, über das behauptete Recht einen Prozess als die richtige Partei im eigenen Namen zu führen (Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl. 2009, Vor § 50 Rz. 18). Die Antragstellerin ist infolge der Ausgliederung des Geschäftsbereichs „Festnetz“ auf die Fa. T. D. GmbH berechtigt, deren Unterlassungsanspruch gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft geltend zu machen.

a) Infolge der Ausgliederung des Geschäftsbereichs „Festnetz“ auf die nunmehr als T. D. GmbH firmierende frühere T-M. D. GmbH ist letztere im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge Inhaberin sämtlicher Aktiva und Passiva des übertragenen Vermögensteils geworden.

Die Antragstellerin hat – von der Antragsgegnerin unwidersprochen – vorgetragen, den Geschäftsbereich „Festnetz“ zum 1.4.2010 auf die Fa. T-M. D. GmbH, seither firmierend als „T. D. GmbH“, ausgegliedert zu haben und hat hierzu den Handelsregisterauszug vom 30.3.2010 (Anlage BE 2) vorgelegt.

Nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG kann der sogenannte übertragende Rechtsträger von seinem Vermögen einen Teil zur

Aufnahme durch Übertragung dieses Teils als Gesamtheit auf einen bestehenden sogenannten übernehmenden Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger abspalten. Bei dieser sogenannten Ausgliederung geht gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG der abgespaltene Teil des Vermögens einschließlich der Verbindlichkeiten nach Maßgabe des Spaltungs- und Übernahmevertrags als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger über.

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ist zu unterstellen, dass auch der von der Antragstellerin verfolgte – in der Sache umkämpfte – Unterlassungsanspruch auf die Fa. T. D. GmbH als bestehend übergegangen ist. Zum einen handelt sich bei der behaupteten Verletzungshandlung der Antragsgegnerin um eine doppelrelevante Tatsache, deren Vorliegen nicht nur Voraussetzung der Zulässigkeit, sondern auch der Begründetheit ist. Zum anderen ist der aus dieser etwaigen Verletzungshandlung folgende gesetzliche Unterlassungsanspruch mit dem auf die Fa. T. D. übertragenen Geschäftsbereich „Festnetz“ verbunden, so dass er dem übergegangenen Unternehmensteil folgt. Anerkanntermaßen gehen wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge zusammen mit dem Recht oder dem Unternehmen über, aus dessen Verletzung die Ansprüche resultieren (siehe nur Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage 2007, § 15 Rz. 7).

b) Die Ausgliederung hat im Aktivprozess des übertragenden Rechtsträgers gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO seine gesetzliche Prozessstandschaft für den aufnehmenden Rechtsträger zur Folge.

Nach § 265 Abs. 1 u. 2 S. 1 ZPO schließt die Rechtshängigkeit das Recht der Parteien nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten, und hat die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss. Veräußerung oder Abtretung im Sinne dieser Vorschrift liegen bei jeder vertraglichen oder

gesetzlichen Rechtsnachfolge vor (Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 265 Rz. 5). Die Folgen der Ausgliederung für das Prozessrechtsverhältnis im Aktivprozess des übertragenden Rechtsträgers sind bisher im Wesentlichen Gegenstand der wissenschaftlichen Erörterung. Die im wissenschaftlichen Schrifttum – soweit ersichtlich – einhellig vertretene Auffassung geht dahin, dass bei Übertragung der streitbefangenen Sache im Wege der Ausgliederung § 265 ZPO Anwendung findet (Bork/Jacoby, ZHR 167 [2003] S. 440, 444 ff.; Simon, in: Kölner Kommentar zum UmwG, 2009, § 131 Rz. 36; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 131 Rz. 10; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 5. Aufl. 2009, § 131 Rz. 89; Stöber, NZG 2006, 574, 576). Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit, dass Prozessrechtsverhältnisse und Verfahrensstellungen als solche nicht von der mit der Übertragung des Vermögensteils verbundenen Rechtsnachfolge erfasst werden (BGH, Urt. v. 6.12.2000, Az. XII ZR 219/98, NJW 2001, 1217, juris-Rz. 11, im Falle eines Passivprozesses; BFH, Urt. v. 7.8.2002, Az. I R 99/00, NJW 2003, 1479, juris-Rz. 17; Bork/Jacoby a.a.O. S. 441f.; Simon, a.a.O. Rz. 34). Bewirke die materielle Nachfolge des übernehmenden Rechtsträgers in die Stellung des übertragenden Rechtsträgers aber prozessual eine Rechtsnachfolge in den Streitgegenstand eines bestimmten Zivilverfahrens, weil die materielle Rechtsänderung der klagenden Partei die Prozessführungsbefugnis nehme und diese auf einen anderen übergehen lasse, so bestimmten sich die prozessualen Wirkungen der Übertragung nach § 265 ZPO (Bork/Jacoby a.a.O.).

Gerade in dieser Weise wirkt sich im Aktivprozess des übertragenden Rechtsträgers die den streitgegenständlichen Anspruch erfassende Ausgliederung aus, weil sie – wie dargelegt – den Übergang des Anspruchs auf den übernehmenden Rechtsträgers bewirkt und der übertragende Rechtsträger das bisher im eigenen Namen geltend gemachte Recht materiell nicht mehr innehat.

Soweit Zöllner/Greger (§ 265 Rz. 5a) unter Bezugnahme auf BGH NJW 2001, 2117 ausführen, dass die Ausgliederung keine dem § 265 ZPO unterfallende Rechtsnachfolge bewirke, bezieht sich dieses – wie aus dem Hinweis auf die dort genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs hervorgeht – auf die vorliegend nicht gegebene Konstellation des Passivprozesses des übertragenden Rechtsträgers. Die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers gehen in der Tat nicht im Sinne einer Rechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über; vielmehr bestimmt § 133 Abs. 1 UmwG, dass die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für die vor der Spaltung begründeten Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften. Insoweit unterscheiden sich also die Auswirkungen der Ausgliederungen unter dem Aspekt des § 265 ZPO je nach Maßgabe der prozessualen Situation: Der auf Beklagtenseite befindliche übertragende Rechtsträger bleibt – jedenfalls soweit nicht wettbewerbsrechtliche Unterlassung beansprucht wird (dazu noch sogleich) – auch nach der Ausgliederung aus der streitgegenständlichen Verbindlichkeit verpflichtet und es tritt gemäß § 133 Abs. 1 UmwG zu seiner Haftung diejenige des übernehmenden Rechtsträgers hinzu, so dass eine gegen den übertragenden Rechtsträger gerichtete Klage weiterhin begründet ist. Hingegen geht ein zum übertragenen Vermögensteil gehöriger Anspruch gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG vom übertragenden Rechtsträger auf den übernehmenden Rechtsträger über, so dass die Klage des übertragenden Rechtsträgers nicht (mehr) begründet wäre, griffe nicht § 265 ZPO ein.

Die für die Schuldnachfolge im wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch bestehenden Besonderheiten – Entfallen der Wiederholungsgefahr hinsichtlich des übernehmenden Rechtsträgers (siehe nur BGH, Urteil v. 26.4.2007, Az. I ZR 34/05, GRUR 2007, 995; Urt. v. 3.4.2008, Az. I ZR 49/05, GRUR 2008, 1002 – Schuhpark) – weist die Situation der Nachfolge in der Anspruchsberechtigung nicht auf. Denn das Kriterium der Wiederholungsgefahr knüpft ausschließlich an das – im Falle

des Anspruchsübergangs auf der Aktivseite nicht tangierte – Täterverhalten an, welches aufgrund des auf der Passivseite eingetretenen tatsächlichen Wechsels in der Leitungs- und Weisungsbefugnis die Annahme weiterhin bevorstehender oder erstmaliger Verstöße nicht rechtfertigt (siehe BGH a.a.O.).

2. Begründetheit des Antrags zu 1.

Die Voraussetzungen der §§ 3, 5 Abs. 1 UWG liegen nicht vor, so dass die einstweilige Verfügung insoweit aufzuheben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen war.

a) Gegenstand des Antrags ist das Verbot,

– für Telefon- und/oder Internet-Dienstleistungen mit der Angabe

„Zahl die Hälfte!

$\frac{1}{2}$ Preis

+ $\frac{1}{2}$ Jahr

= volle Leistung“

– zu werben und/oder werben zu lassen,

– wenn dies geschieht wie in der als Anlage K 1 beigelegten Werbung.

Dieser Antrag beinhaltet das Verbot der nach Maßgabe der in Bezug genommenen Verletzungshandlung charakterisierten konkreten Verletzungsform.

b) An einer Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehlt es schon deshalb, weil das von der Klägerin zugrundegelegte Verkehrsverständnis nicht der tatsächlichen Aussage der angegriffenen Werbung entspricht.

Die Antragstellerin trägt zum Verkehrsverständnis vor, die umworbenen Verbraucher erwarteten angesichts dieser auf der

Frontseite der Anlage K 1 enthaltenen Angabe, bei Abnahme der Internet- bzw. Telefondienste der Antragsgegnerin „insgesamt“ lediglich „die Hälfte“ des regulär zu bezahlenden Preises zu entrichten. Dass sich die Ersparnis in Höhe „der Hälfte“ nur auf die ersten sechs Monate der zwingend einzugehenden 12-monatigen Mindestvertragslaufzeit beziehe, sei der blickfangartig hervorgehobenen Werbeaussage nicht zu entnehmen und werde auch durch den runden „Störer“ nicht richtiggestellt.

Dass die Verbraucher annähmen, sie könnten sich nach den ersten sechs Monaten vom Vertrag lossagen, hat die Antragstellerin erstmals in der Berufungsinstanz und daher in dringlichkeitsschädlicher Zeit vorgetragen. Gleiches gilt für die Darlegung, der Verkehr erwarte, dass die ausgelobte Ersparnis während der gesamten Laufzeit des Vertrags eintrete und das von dem Kunden während der Mindestvertragslaufzeit zu entrichtende Entgelt betreffe.

Zutreffend ist, dass die angesprochenen Verbraucher davon ausgehen, „die Hälfte“ des regulär zu entrichtenden Preises bezahlen zu müssen. Der von der Antragstellerin gesehene Bezug zur Mindestvertragsdauer wohnt der angegriffenen Angabe allerdings nicht inne. Die auf der abgebildeten Tafel mit Kreide geschriebene Angabe „1/2 Jahr“ wird nicht isoliert betrachtet, weil sie im Zusammenhang mit der vorstehenden Angabe „1/2 Preis“ erfolgt und schon deshalb deutlich wird, dass für ein halbes Jahr der halbe Preis verlangt wird.

Legt man die maßgebliche Perspektive des durchschnittlich informierten und situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers zugrunde, so weiß dieser inzwischen, dass sich die auf dem Markt angebotenen Telekommunikationsangebote hinsichtlich verschiedener Kriterien (Preis, Leistungsumfang, Vertragsdauer etc.) unterscheiden. Er weiß deshalb auch, dass er etwa nach einer Mindestvertragslaufzeit Ausschau halten muss, um das Angebot wirtschaftlich einordnen zu können und schließt aus der Angabe nicht etwa, dass er „insgesamt“ (worauf bezogen?)

nur „die Hälfte“ zahlen müsse. Die Angabe ist, was die sonstigen Vertragsbedingungen – etwa das Bestehen einer Mindestlaufzeit – angeht, erkennbar unvollständig. Eine Irreführung hinsichtlich der Mindestlaufzeit hat die Antragstellerin – wie dargelegt – erst in dringlichkeitsschädlicher Zeit geltend gemacht.

3. Begründetheit des Antrags zu 2.

Die Voraussetzungen der §§ 3, 5 Abs. 1 UWG liegen nicht vor, so dass die einstweilige Verfügung insoweit aufzuheben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen war.

a) Gegenstand des Antrags ist das Verbot

- einen Internet-Zugang
- unter der Angabe einer Übertragungsgeschwindigkeit
- zu bewerben und/oder bewerben zu lassen,

– ohne darauf hinzuweisen, dass diese nicht uneingeschränkt gewährt werden kann,

– wenn dies geschieht wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung.

Auch dieser Antrag beinhaltet das Verbot der nach Maßgabe der in Bezug genommenen Verletzungshandlung charakterisierten konkreten Verletzungsform.

Der Antragszusatz „ohne...darauf hinzuweisen“ ist unter Bestimmtheitsaspekten unproblematisch. Zur Begrenzung der Verbotsreichweite ist er nicht erforderlich, denn die Verbotsreichweite wird in geeigneter Weise abschließend durch die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform eingegrenzt, in welcher der geforderte Hinweis gerade fehlt. Insofern stellt der Antragszusatz nur klar, dass die angegriffene Handlung nicht als schlechthin, sondern nur unter dem benannten Aspekt des in Bezug genommenen Verletzungsfalls –

Täuschung über eventuell eingeschränkte Geschwindigkeit – wettbewerbswidrig verboten werden soll (vgl. BGH GRUR 1999, 1017 – Kontrollnummernbeseitigung; GRUR 2000, 619, 620 – Orient-Teppichmuster). Die Benennung des Begründungselements „eingeschränkte Geschwindigkeit“ führt allerdings auch dazu, dass der Antrag etwaige andere, nicht auf den Umstand der begrenzten Verfügbarkeit abstellende Irreführungsaspekte nicht charakteristisch widerspiegelt.

b) An einer Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehlt es auch hier, weil das von der Klägerin zugrundegelegte Verkehrsverständnis nicht der tatsächlichen Aussage der angegriffenen Werbung entspricht.

aa) Die Antragstellerin legt zum Verkehrsverständnis dar, der Verbraucher erwarte angesichts der angegriffenen Angabe, dass die angegebene Datenübertragungsgeschwindigkeit dauerhaft erreicht werde. Dem Vortrag der Antragstellerin zur hieraus folgenden Irreführung – die Übertragungsgeschwindigkeit könne nicht durchgängig genutzt werden, weil sie von der Leistungsfähigkeit der Server abhängt, von denen der Nutzer Informationen über das Internet abrufe – ist darüber hinaus zu entnehmen, dass das von der Antragstellerin gesehene Verkehrsverständnis eine umfassende Leistungserwartung in ebenjenem Sinne beinhaltet: Der Verbraucher erwarte aufgrund der werblichen Anpreisung die Gewährleistung der angegebenen Übertragungsgeschwindigkeit gerade auch außerhalb des vom Anbieter betriebenen Kabelnetzes.

Ein solches Verkehrsverständnis sieht der erkennende Senat nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich an und hält an der etwa im Urteil vom 26.1.2006, Az. 3 U 145/05, zum Ausdruck kommenden strengeren Sichtweise nicht fest. Handelt es sich bei dem im Sinne des aufgeklärten Verbraucherleitbildes durchschnittlich informierten und situationsadäquaten Betrachter der Angabe „20 Mbit/s Doppel-Flat für Internet und Telefon“ um einen Nutzer des Internet, so weiß er, dass hier die Datenübertragungsgeschwindigkeit angesprochen wird. Dass

die Datenübertragungsgeschwindigkeit bei der Nutzung des Internet u.a. auch von der Leistungsfähigkeit der angewählten Server abhängt, dürfte heutzutage der praktischen Erfahrung eines jeden Internet-Nutzers entsprechen. Daher hält es der Senat nicht für überwiegend wahrscheinlich, dass der an Internet-Nutzung interessierte Verbraucher die streitgegenständliche Angabe dahingehend versteht, der Anbieter wolle oder könne die Einhaltung der angegebenen Geschwindigkeit auch in Ansehung solcher außerhalb seines technischen Systems oder Einflussbereichs liegenden Ursachen versprechen. Vielmehr wird der Verbraucher erkennen, dass sich die beworbene Geschwindigkeit auf das eigene Netz des Anbieters bezieht. Verbraucher hingegen, die keine Kenntnisse über Internet-Nutzung haben, werden mangels eines entsprechenden Begriffshintergrundes eine solche Annahme erst recht nicht treffen (vgl. BGH, Urteil v. 10.12.2009, Az. I ZR 149/07 – Sondernewsletter; OLG Karlsruhe, Urteil v. 22.8.2007, Az. 6 U 87/06).

bb) Eine Irreführung durch die nur auf die eigenen Gegebenheiten des Anbieters bezogenen Geschwindigkeitsangabe kann nicht festgestellt werden. Denn die Klägerin hat nicht substantiiert angezweifelt oder auch nur in Abrede gestellt, die Antragsgegnerin könne nach den technischen Gegebenheiten ihres Kabelnetzes die angegebene Geschwindigkeit nicht dauerhaft gewährleisten.

4. Begründetheit des Antrags zu 3.

Die Voraussetzungen der §§ 3, 5 Abs. 1 UWG liegen nicht vor, so dass die einstweilige Verfügung insoweit aufzuheben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen war.

a) Gegenstand des Antrags ist das Verbot

– für Telefon- und/oder Internet-Dienstleistungen

– mit der Angabe „Günstiger und 3x schneller als Call & Surf Comfort der Telekom! 2 “

– zu werben und/oder werben zu lassen,

– wenn dies geschieht wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung.

Auch dieser Antrag beinhaltet das Verbot der nach Maßgabe der in Bezug genommenen Verletzungshandlung charakterisierten konkreten Verletzungsform.

b) An einer Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehlt es auch hier, weil das von der Klägerin zugrundegelegte Verkehrsverständnis nicht der tatsächlichen Aussage der angegriffenen Werbung entspricht. Die Klägerin stützt – ebenso wie im Falle des Antrags zu 2. – ihren Anspruch allein auf das Verkehrsverständnis, die angegriffene Angabe bewerbe einen stabilen Geschwindigkeitsvorteil unter Einbeziehung der außerhalb des Kabelnetzes der Anbieterin wirkenden Faktoren wie der geringen Leistungsfähigkeit der angewählten Server, von denen Informationen abgerufen werden sollen. Aus den bereits zu 3.b)aa) ausgeführten Gründen sieht der Senat ein solches Verkehrsverständnis nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich an: der Betrachter stellt in Rechnung, dass der Anbieter nicht für Geschwindigkeitsbeeinträchtigungen eintreten wolle, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen. Dass das Angebot der Antragsgegnerin nach seinen technischen Gegebenheiten nicht „dreimal schneller“ ist als das der Antragstellerin, hat diese nicht substantiiert vorgetragen.

5. Begründetheit des Antrags zu 4.

Den Antrag zu 4. hat das Landgericht zu Recht zugesprochen. Die Voraussetzungen der §§ 3, 5 Abs. 1 UWG sind erfüllt.

a) Gegenstand des Antrags ist das Verbot

– für Telefon- und/oder Internet-Dienstleistungen

– mit der Angabe „Immer top in Preis und Leistung“

– zu werben und/oder werben zu lassen,

– wenn dies geschieht wie in der als Anlage K 1 beigefügten Werbung.

Dieser Antrag beinhaltet das Verbot der nach Maßgabe der in Bezug genommenen Verletzungshandlung charakterisierten konkreten Verletzungsform.

b) Die angegriffene Angabe ist irreführend gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG, weil sie die unzutreffende Behauptung beinhaltet, die Antragsgegnerin habe hinsichtlich der Leistung eine Spitzenstellung inne.

aa) Die Antragstellerin hat zutreffend vorgetragen, die auf der Frontseite der Anlage K 1 enthaltene Angabe werde als Spitzenstellungsbehauptung verstanden, also dahingehend, dass die Antragsgegnerin sowohl nach Preis als auch nach Leistung zur Spitzengruppe der Telefon- und Internetdienstleister zähle, dass die Spitzenstellung also auch bei isolierter Betrachtung eines der beiden angesprochenen Kriterien Preisgestaltung oder Leistungsangebot beansprucht werde. Da der Aspekt „Leistung“ ohne Einschränkungen herausgestellt wird, beinhaltet die Angabe u.a. auch die Behauptung, dass die Antragsgegnerin zu den Anbietern mit der höchsten erzielbaren Datenübertragungsgeschwindigkeit gehöre. Ohne Erfolg wendet die Antragsgegnerin ein, es handele sich um eine inhaltsleere Anpreisung nach dem Motto „alles super“, also eine Angabe ohne nachprüfbaren Tatsachekern. Ein hinreichend relevanter Anteil der Verbraucher misst dieser Angabe eben doch einen tatsächlichen Gehalt im vorgenannten Sinne bei. Die von der Antragsgegnerin favorisierte Aussage im Sinne des „Preis-Leistungs-Verhältnisses“ ist nicht hinreichend klar benannt; diese Unklarheit geht zu Lasten der Antragsgegnerin.

bb) Die Angabe ist irreführend. Denn die Antragstellerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass bei der Antragstellerin sowie bei der W.tel GmbH deutlich höhere maximale

Datenübertragungsgeschwindigkeiten verfügbar seien als bei dem beworbenen Angebot, nämlich 51,4 MBit/s bzw. 100 MBit/s gegenüber 20 MBit/s bei der Antragsgegnerin. Dass das Angebot der Antragsgegnerin Gegenstand zahlreicher Tests war und darin in verschiedenen Kategorien erfolgreich war und Auszeichnungen erhalten hat, ändert an diesem Befund nichts. Denn diese Tests und Auszeichnungen beziehen sich nicht auf die maximal erzielbare Übertragungsgeschwindigkeit, sondern folgende Aspekte: „bester Internetanbieter für Privatkunden für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ („eco Award“ 2006 und 2008 des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft e.V., Anlagen AG 1 und AG 8), „bester Internet-Anbieter“ und „bester Tarif Doppelflatrate“ (Auszeichnung des Deutschen Instituts für Service-Qualität, Anlage AG 9), „Preis-Leistungs-Test“ und Gesamtttest des Fachmagazins „PC Praxis“ (Anlage AG 2, AG 10), „Sprachqualität“ („Computerbild“ 12/2007, Anlage AG 12), „Preisvergleich“ der Zeitschrift „c't“ (Anlage AG 13), „Kundenzufriedenheit“ (Verbraucherumfrage der GfK-Marktforschung, Anlage AG 14). Der Spitzenrang innerhalb der Gruppe der „schnellsten Anbieter bundesweit“ in der als Anlage AG 11 vorliegenden Testberichterstattung der Zeitschrift „Computerbild“ 23/2007 vermag eine Spitzenstellung der Antragsgegnerin bei den maximal erzielbaren Übertragungsgeschwindigkeiten ebenfalls nicht zu belegen, weil er sich auf einen anderen Parameter – höchste bundesweite Durchschnittsgeschwindigkeit über alle Anschlussgeschwindigkeiten von DSL 2.000, 6.000 und 16.000 – bezieht.

c) Der Unterlassungsanspruch ist (erst) mit Ausgliederung der Fa. T. D. GmbH auf diese übergegangen. Für die Vergangenheit ist hinsichtlich der weiteren Tatbestandsmerkmale, hier insbesondere der Stellung als Mitbewerber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) im Zeitpunkt der Verletzungshandlung auf die Antragstellerin selbst abzustellen; denn seinerzeit war sie noch Inhaberin des Anspruchs. Die Antragstellerin war – unstreitig – bis zur

Ausgliederung als Anbieter von Festnetztelekommunikationsleistungen Mitbewerberin.

Seit der Ausgliederung ist die Fa. T. D. GmbH Mitbewerberin der Antragsgegnerin, weil sie – unstreitig – das ehemals von der Antragstellerin betriebene Geschäft der Festnetztelekommunikation fortführt.

d) Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG ist nicht widerlegt. Die diesbezüglichen Einwände der Antragsgegnerin richten sich nicht gegen ein etwaig ursprünglich zögerliches Verhalten der Antragstellerin. An der ursprünglich gegebenen Dringlichkeit hat der weitere prozessuale Verlauf nichts geändert; die Ausgliederung mit der Folge der gesetzlichen Prozessstandschaft ist insoweit „neutral“.

e) Die Verjährungseinrede der Antragsgegnerin richtet sich gegen einen bereits anfänglich der Fa. D. T. GmbH zustehenden, im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend gemachten Unterlassungsanspruch. Auf einen solchen kommt es hier nicht an, da schon der vormals eigene, im Prozessverlauf auf die genannte Fa. D. T. GmbH übergegangene Unterlassungsanspruch Erfolg hat. Dieser ist nicht verjährt, die Verjährung vielmehr infolge Rechtsverfolgung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB).

6. Begründetheit des Antrags zu 5.

Die Berufung hat hinsichtlich des Antrags zu 5. nur insoweit Erfolg, als die Voraussetzungen der §§ 3, 5 Abs. 1 UWG nicht hinsichtlich eines abstrakten, sondern lediglich auf die konkrete Verletzungsform beschränkten Verbots erfüllt sind.

a) Gegenstand des Antrags ist das Verbot

– für nicht bundesweit verfügbare Telefondienstleistungen

– mit der Angabe „Der günstigste Festnetz-Telefonanschluss

Deutschlands: Kabel Phone.“

– zu werben oder werben zu lassen.

Es handelt sich also um einen abstrakten, von der Verletzungshandlung gelösten Antrag.

b) Die angegriffene Angabe ist im Kontext der Anlage K 1 irreführend gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

aa) Die Antragstellerin hat geltend gemacht, die angesprochenen Verbraucher verstünden die angegriffene Angabe dahingehend, dass sie das beworbene Angebot bundesweit abnehmen könnten. Denn die angepriesene Alleinstellung bei der Preisgestaltung bestehe nur dann, wenn die Antragsgegnerin die Angebote ihrer Wettbewerber an jedem Ort der Bundesrepublik Deutschland preislich unterbieten könne. Das vorgenannte Verständnis werde durch den unten auf der Seite enthaltenen Verfügbarkeitshinweis nicht tangiert, denn ggf. würde durch ihn die Behauptung bundesweiter Verfügbarkeit in ihr Gegenteil verkehrt. Der Senat hält für überwiegend wahrscheinlich, dass ein wettbewerbsrechtlich hinreichend relevanter Anteil der Verbraucherschaft mit der Angabe „günstigster Festnetz-Telefonanschluss Deutschlands“ die Vorstellung bundesweiter Verfügbarkeit verbindet (vgl. Senat, Urteil v. 8.1.2009, Az. 3 U 202/07). Dieses Verständnis wird durch den auf derselben Seite befindlichen „Störer“ nicht ausgeräumt, in dem es heißt „Bis zum 9.11.2008 gratis anrufen, Verfügbarkeit prüfen lassen und bestellen“. Denn der darin enthaltene Hinweis darauf, dass das Angebot offenbar nicht uneingeschränkt bundesweit verfügbar ist, steht in keinem hinreichend deutlichen Bezug zur angegriffenen Angabe steht und kann diese daher nicht richtigstellen.

Dass die streitgegenständliche Werbung in der „N.-Zeitung“ nur von Verbrauchern habe wahrgenommen werden können, die im Verfügbarkeitsbereich der Antragsgegnerin wohnen, hat die Antragsgegnerin nicht glaubhaft machen können.

bb) Die angegriffene Angabe ist irreführend, denn unstreitig vermag die Antragsgegnerin das streitgegenständliche Angebot nicht bundesweit anzubieten.

c) Begehungsgefahr besteht allerdings lediglich hinsichtlich eines auf die konkrete Verletzungsform beschränkten Verbots. Denn das von der Antragstellerin begehrte abstrakte Verbot der beanstandeten Angabe würde eine denkbare Vielzahl erlaubter Verhaltensweisen erfassen, in denen durch die Art der Gestaltung und die inhaltliche Präsentation eine die Gefahr der Irreführung ausräumende Klarstellung der Verfügbarkeit erfolgt. Im darüberhinausgehenden Umfang war das Verbot aufzuheben und der auf seinen Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.