

Geschäftsnummer

2 U 266.96 IIII

HO 50/94

LG Rottweil



Oberlandesgericht Stuttgart

- 2. Zivilsenat -

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

[REDACTED]

- Beklagter/Berufungskläger -

Proz.-Bev. [REDACTED]

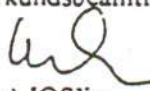
gegen

[REDACTED]

- Klägerin/Berufungsbeklagte -

Proz.-Bev. Rechtsanwälte [REDACTED]

Verkündet am: 20. Juni 1997
Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle


(Weber) JOS'in

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 6. 6. 1997 unter Mitwirkung

des Vors. Richters am Oberlandesgericht Beyerle,
des Richters am Oberlandesgericht Holzer und
des Richters am Oberlandesgericht Oechsner

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Rottweil vom 6. 12. 1996 abgeändert.

2. Der Beklagte wird verurteilt, es künftig zu unterlassen, gleich ob auf eigene oder auf fremde Rechnung, selbst oder durch Angehörige seines Betriebes, für Kunden orthopädische Schuhzurichtungen in Form von Absatzerhöhungen, Gesamtschuherrhöhungen und Schmetterlingsrollen vorzunehmen, solange zu seiner Person oder seines Betriebes der Befähigungsnachweis eines Orthopädie-Schuhmachermeisters, und sei es auch nur in Form einer Ausübungsberechtigung nach § 7 a Handwerksordnung, nicht besteht oder diese orthopädischen Schuhzurichtungen nicht im Zusammenhang mit einem konkreten Auftrag aus dem Handwerk des Orthopädie-Mechanikers und Bandagisten erfolgen.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird dem Beklagten ein Ordnungsgeld bis zu 500.000,00 DM und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht.

3. Im übrigen wird die Klage unter gleichzeitiger Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin 7/10, der Beklagte 3/10;
die Kosten des zweiten Rechtszugs werden dem Beklagten zu 3/4, der Klägerin zu 1/4 auferlegt.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 24.300,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Klägerin kann die Vollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 2.400,00 DM abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheiten können auch durch unwiderrufliche, unbefristete, unbedingte und selbstschuldnerische schriftliche Bürgschaft einer deutschen Bank oder öffentlichen Sparkasse erbracht werden.

Gegenstand des Berufungsverfahrens: 15.000,00 DM

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt vom Beklagten, Orthopädie-Mechanikermeister, die Unterlassung von Schuhzurichtungen.

Der Klägerin obliegt satzungsgemäß die Förderung der gewerblichen Interessen ihrer Innungsmitglieder.

Der Beklagte ist als Orthopädie-Mechanikermeister, zu dessen Berufsbild neben der Anfertigung von Prothesen u.a. auch die von Fußeinlagen gehört, in die Handwerksrolle eingetragen.

In seinem Sanitätshaus verfertigt er am Konfektionsschuh nicht nur im Zusammenhang mit Aufträgen für Prothesen und Orthesen, sondern auch als isolierten Auftrag an Schuhzurichtungen.

- Maßeinlagen und darauf aufbauenden Verkürzungsausgleich
- Verkürzungsausgleich durch Absatzerhöhung oder Gesamtschuherrhöhung
- Sohlen- oder Schmetterlingsrollen (Vorfußabrollhilfen).

Die Klägerin sieht in den beiden letztgenannten Tätigkeitsbereichen einen Verstoß gegen handwerks- und gewerberechtliche Bestimmungen und damit auch gegen Wettbewerbsvorschriften und hat deshalb beantragt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, es künftig zu unterlassen, gleich ob auf eigene oder auf fremde Rechnung, selbst oder durch Angehörige seines Betriebes, für Kunden orthopädische Schuhzurichtungen zu fertigen, solange zu seiner eigenen Person oder seines Betriebes der Befähigungsnachweis eines Orthopädie-Schuhmachermeisters nicht besteht.

Hilfsweise:

Der Beklagte wird verurteilt, es künftig zu unterlassen, gleich ob auf eigene oder auf fremde Rechnung, selbst oder durch Angehörige seines Betriebes, für Kunden orthopädische Schuhzurichtungen zu fertigen, solange zu seiner eigenen Person oder seines Betriebes der Befähigungsnachweis eines Orthopädie-Schuhmachermeisters nicht besteht und die orthopädischen Schuhzurichtungen nicht im Zusammenhang mit einer Tätigkeit im Gewerk des Orthopädie-Mechanikers und Bandagisten und nicht im Zusammenhang mit konkreten Aufträgen aus dem Handwerk des Orthopädie-Mechanikers und Bandagisten ausgeübt werden.

2. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die unter Ziff. 1 genannte Verpflichtung wird dem Beklagten ein Ordnungsgeld bis zu 500.000,00 DM oder für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht.

Der Beklagte hat beantragt:

Klagabweisung.

Er hat im wesentlichen eingewandt, die Fertigung der genannten Zurichtungen unterfalle zumindest auch seinem Berufsbild, sie sei im Hinblick auch auf den geringen Umfang dieser Tätigkeit gestattet (§ 3 HandwO), jedenfalls als Nebentätigkeit zulässig (§ 5 HandwO).

Durch Urteil vom 6.12.1996 sprach die KfH des Landgerichts Rottweil (Bl. 264-271) ein Unterlassungsgebot für Schuhzurichtungen in Form von

- Absatzerhöhungen, Gesamtschuerhöhungen und
- Schmetterlingsrollen

aus, solange in seinem Betrieb kein Befähigungsnachweis eines Orthopädie-Schuhmachermeisters besteht und sofern diese Verrichtungen nicht im Zusammenhang mit einer Tätigkeit im Gewerk des Orthopädie-Mechanikers und Bandagisten stehen

und nicht aus Anlaß eines konkreten, dem letztgenannten Tätigkeitsbild entsprechenden Auftrages geschehen.

Denn diese Zurichtungen seien an sich berufsbildfremd, der Kunde, der an sich Arbeiten eines Orthopädie-Mechanikers in Anspruch nehme, erwarte aber von diesem auch diese Leistungen, wenn sie sich als notwendige Ergänzungen zu seinem Auftrag ergeben. Diese übergreifende Begleittätigkeit decke die Handwerksordnung. Eine nicht so angelehnte Zusatztätigkeit sei jedoch wettbewerbswidrig, da sich der Beklagte die Anstellung eines sonst notwendigen Orthopädie-Schuhmachermeisters erspare und sich auch dem Verfahren auf Erlangung einer Ausübungsberechtigung gem. § 7 a HandwO nicht aussetze.

Der Beklagte greift die Entscheidung an, da sie zu Unrecht als unstreitig behandelt habe, daß die betroffenen Zurichtungen dem Kernbild der Tätigkeit des Orthopädie-Schuhmachers zuzuordnen seien, vielmehr würden diese Tätigkeiten vom in der Entwicklung begriffenen Tätigkeitsbild des Beklagtenberufes nicht nur als Beiwerk, sondern auch als isolierte handwerkliche Leistung erfaßt, wie etwa die entsprechende Ausbildungsverordnung oder die Regulierungspraxis gesetzlicher Ersatzkassen ausweise. Jedenfalls aber entbehre das im landgerichtlichen Ausspruch niedergelegte Postulat, eine isolierte Tätigkeit sei nur bei Vorliegen eines Befähigungsnachweises für das von der Klägerin repräsentierte Handwerk möglich, einer Rechtsgrundlage.

Der Beklagte beantragt:

das am 6.12.1996 verkündete Urteil des Landgerichts Rottweil, HO 50/94, wird abgeändert und die Klage vollumfänglich abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer mit dem abgewiesenen Hauptantrag verfolgten Wertung weiterhin fest, ohne Anschlußberufung einzulegen, und erachtet schon deshalb die dahinter zurückbleibende, angefochtene Entscheidung für allemal zutreffend.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze und die Erklärungen der Parteien in den mündlichen Verhandlungen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig, sie hat nur in einem geringen Umfang Erfolg.

A.

Die Klagebefugnis der Klägerin ist, was ihre tatsächlichen Grundlagen anbelangt, außer Streit. Sie ist mit dem Landgericht zu bejahen.

B.

Von den landgerichtlichen Feststellungen ist auch gedeckt, wenngleich es entgegen den Ausführungen der ersten Instanz nicht unstreitig ist, daß die vom Landgericht untersagte Tätigkeit des Beklagten dem Berufsbild des Orthopädie-Schuhmachers unterfällt.

1.

Dies kann nach der Verordnung über das Berufsbild und über die Prüfungsanforderungen im praktischen und fachtheoretischen Teil der Meisterprüfung für das Orthopädie-Schuhmacher-Handwerk vom 21.07.1983 (Bl. 63-65) - Vorschriften, welche für die Beurteilung der Frage der fachlichen Zugehörigkeit einer Tätigkeit zu einem handwerksfähigen Gewerbe von maßgebender Bedeutung sind, da sie erläuternde Einzelheiten über das Arbeitsgebiet und die zu dessen Bewältigung benötigten fachlichen Fertigkeiten und Kenntnisse enthalten (BGH GRUR 93, 397, 398 - Trockenbau; GRUR 92, 123, 124 - Kachelofenbauer II) - und den Ausführungen des vom Landgericht eingeschalteten und angehörten Sachverständigen nicht zweifelhaft sein.

2.

Denn nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 der OrthSchMstrVO gehören gerade das Anfertigen und Anpassen von Orthopädieschuhen, Einlagen, Abwicklungshilfen und die Ausführung orthopädischer Zurichtungen am Konfektionsschuh zum Tätigkeitsbild dieses Handwerkes (vgl. auch Gutachten Bl. 153).

3.

Hierbei handelt es sich auch um eine wesentliche Handwerkstätigkeit.

- a) Solche stellen Tätigkeiten dar, die den Kernbereich gerade dieses Handwerkes ausmachen und ihm sein essentielles Gepräge geben (vgl. BGH GRUR 92, 123, 124 - Kachelofenbauer II; GRUR 89, 432, 434 - Kachelofenbauer I). Denn von einem Minderhandwerk, für welches die Handwerksordnung gem. § 1 Abs. 2 nicht gilt, ist nur dann auszugehen, wenn in einem Betrieb lediglich Tätigkeiten anfallen, die ohne Beherrschung in handwerklicher Schulung erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten einwandfrei und gefahrlos ausgeführt werden können (BGH a.a.O. 124; a.a.O. 434), wenn Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich sind, die nicht in einer kurzen Anlernzeit zu erlernen sind, sondern eine handwerksmäßige Ausbildung erfordern (BGH a.a.O. 124). Der Umstand, daß der Gegenstand der handwerklichen Tätigkeit selbst Eingang in die Verordnung über das Berufsbild für dieses Handwerk gefunden hat, läßt im übrigen auch folgern, daß die Tätigkeit als maßgeblich prägend angesehen wird (BGH GRUR 92, 123, 124 - Kachelofenbauer II).
- b) Die Anfertigung von solchen Zurichtungen bildet nicht nur einen der typischen Tätigkeitsfelder des Orthopädie-Schuhmachers, sondern erfordern auch ein handwerkliches Geschick, da bei Erhöhungen fertigungstechnisch einfache, bei Schmetterlingsrollen umfangreiche und schwierige Tätigkeiten anfallen, welche eine handwerksmäßige Ausbildung erfordern, die auch Verständnis über zugrundeliegende anatomische und physiologische Funktionen des Fußes und Bewegungsapparates voraussetzen (ausführlich hierzu Musielak GewArch 88, 105, 106) und auch durch die Aufnahme in die Prüfungsordnung als Kernstück dieses Handwerkes ausgewiesen ist.

C.

Allerdings schließt die Zugehörigkeit zum Berufsbild eines Handwerks die Zuordnung zu einem anderen Handwerksberuf nicht aus (BGH GRUR 92, 123, 124 - Kachelofenbauer II; vgl. auch Honig, HandwO, § 5, 8). Selbst die Nichterwähnung von diesen Tätigkeitselementen in anderen, dieses Berufsbild und die daran ausgerichteten Prüfungsanforderungen umschreibenden Verordnungen stünde einer Zuordnung (auch) zu diesem anderen Handwerk nicht entgegen, da solche Regelwerke nicht die Funktion haben, Handwerke verbindlich voneinander abzugrenzen und Tätigkeitsbereiche einem bestimmten Handwerksberuf unter Ausschluß anderer vorzubehalten (BGH GRUR 92, 123, 125 - Kachelofenbauer II; KG U.v. 16.10.1992 - 5 U 176/90).

1.

Zwar ist zutreffend, daß in Nr. 22 d und e der Anl. zu § 4 (Ausbildungsrahmenplan) der Verordnung über die Berufsausbildung zum Orthopädie-Mechaniker und Bandagisten - zu Orthopädie-Mechanikerin und Bandagistin vom 14.06.1996 (Bl. 289-298, dort insbesondere Bl. 297) als Teil des Ausbildungsberufes unter dem Kapitel Konstruieren, Aufbauen und Anpassen von Orthesen und Epithesen (§ 3 Nr. 22 der Verordnung) die Schuhmodifikation und die orthopädischen Zurichtungen aufgeführt sind.

2.

Danach wird in der aktuellen Beschreibung und zusammenfassenden Darstellung des vom Beklagten ausgeübten Berufes diese auch im Bereich des orthopädie-schuhmacherlichen Berufsfeldes vorkommende Tätigkeit erfaßt, allerdings nur jeweils ausdrücklich „als Ergänzung“ von Orthese oder Prothese. Bedenkt man, daß diese Verordnung damit die inhaltlich und zeitlich am weitesten fortgeschrittene Ausprägung des vom Beklagten ausgeübten Berufsbildes wiedergibt und dies gewiß auch in Kenntnis der zwischen den Berufsverbänden mit Aufträgen von Rechtsgutachten, welche auch in Veröffentlichungen als Aufsätze niedergelegt sind (vgl. etwa Musielak GewArch 88, 105 f.; Stober GewArch 92, 364 f.), gerade auch über diese Schnittstelle geführten Streit geschah und gleichwohl diese Zurichtungen nur als Annex zur orthetischen oder prothetischen Tätigkeit ausgewiesen hat, so kann nicht davon ausgegangen

werden, daß diese handwerklichen Verrichtungen eigenständige Tätigkeitselemente im Berufsbild des Orthopädie-Mechanikers geworden sind.

Diese Wertung findet ihre Entsprechung auch in den schriftlichen und mündlichen Darlegungen des Sachverständigen (vgl. Bl. 235-236). Danach mag sich - ähnlich der gerade zur umgekehrten Berufskonstellation ergangenen Entscheidung des Kammergerichtes - ein Wandel der beiden hier konkurrierenden Berufsbilder dahin vollzogen haben, daß der Berufsstand des Beklagten diese noch im Streit stehenden Zurichtungen im Zusammenhang mit orthetischen oder prothetischen Aufträgen als nunmehr festen Bestandteil aufgenommen hat. Die isolierte Verrichtung bleibt aber gleichwohl ein diesem Handwerk fremdes Gewerk.

Daran ändert auch nichts, daß gesetzliche Ersatzkassen angeblich auch die vom Beklagten-Berufsstand isoliert erbrachten, hier betroffenen Schuhzurichtungen erstatten. Sie regulieren im Erstattungsverhältnis zum Versicherten und dies einzig ausgerichtet an der medizinischen Notwendigkeit der erbrachten Leistung. Dieses Merkmal bleibt aber unberührt davon, ob die Arbeit vom Beklagten oder einem Mitglied der Klägerin erbracht wird.

Auch der Einholung einer Auskunft des Bundesinnungsverbandes für Orthopädie-Technik bedarf es nicht. Die für die Berufsbildabgrenzung tauglichen Mittel (Ausbildungsverordnungen und Sachverständigengutachten) haben das Landgericht wie auch der Senat herangezogen. Einer Äußerung des Interessenverbandes des Beklagten kommt demgegenüber keine weiterreichende Bedeutung zu als der Einschätzung der Klägerin. Noch weniger vermag die Abrechnungsliste dieses Verbandes berufsbildprägend zu sein.

3.

Damit aber folgt die - wie auch vom Landgericht vorgenommene - Abgrenzung im Ergebnis der Konkurrenzregel in § 5 HandwO.

Nach dieser Bestimmung ist es einem Handwerker nicht verwehrt, in Ausübung seines Handwerkes auch technisch und fachlich zusammenhängende Arbeiten in anderen

Handwerken auszuführen. Der Gesetzgeber hat damit bewußt die Möglichkeit geschaffen, daß ein Handwerker erforderlichenfalls auch Tätigkeiten aus angrenzenden Handwerken ausführt (Honig, a.a.O., § 5, 2). Er soll auch Arbeiten aus anderen Handwerken miterledigen dürfen, die sein eigenes Leistungsangebot wirtschaftlich ergänzen (Musielak/Detterbeck, Das Recht des Handwerks, 3. Aufl., § 5, 2), die im Rahmen einer in den Bereich des eigenen Handwerks fallenden Auftrages ausgeführt werden (Musielak/Detterbeck, a.a.O., § 5, 4). Nicht aber soll ein Recht eröffnet werden, unabhängig von der angestammten Tätigkeit, für welche einer Eintragung in die Handwerksrolle besteht, selbständige Arbeiten jeglicher Art ausführen zu dürfen (BGH GRUR 93, 397, 398 - Trockenbau; GRUR 92, 123, 125 - Kachelofenbauer II).

§ 5 ist nämlich nicht anzuwenden, wenn der Handwerker in einem fremden Handwerkszweig Arbeiten ausführt, ohne daß sie der Ergänzung einer konkreten Tätigkeit im eigenen Handwerk dienen (Honig, a.a.O., § 5, 3; Musielak/Detterbeck, a.a.O., § 5, 4).

4.

Der Betrieb des Beklagten erfährt auch keine Privilegierung (vgl. BGH GRUR 92, 123, 125 - Kachelofenbauer II) gem. § 2 Nr. 3 HandwO.

- a) § 2 HandwO soll zur Gleichbehandlung aller handwerklich Tätigen dafür sorgen, daß alle entsprechenden Betriebe wie handwerkliche Betriebe behandelt werden und die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen müssen (Honig, a.a.O., § 2, 1). Kennzeichnend für einen Nebenbetrieb ist, daß er mit einem anderen, dem Hauptbetrieb, verbunden ist. Andererseits setzt ein handwerklicher Nebenbetrieb i.S. des § 3 Abs. 1 HandwO eine gewisse Eigenständigkeit gegenüber einem anderen Betrieb oder Betriebsteil voraus, die der Hauptbetrieb sein muß (VGH Mannheim GewArch 93, 481, 482; Musielak/Detterbeck, a.a.O., § 3, 13). Für die Frage, ob ein einheitlicher Betrieb oder ein vom Hauptbetrieb getrennter Nebenbetrieb vorliegt, kommt es maßgebend darauf an, ob die Unterhaltung zweier Unternehmen vor allem aus wirtschaftlicher und technischer Sicht sinnvoll ist

(BGH GRUR 92, 123, 125 - Kachelofenbauer II). Dies entscheidet sich nach organisatorischen Gesichtspunkten, auch danach, ob ein selbständiges Betriebsprogramm, gesonderte Einrichtungen, mithin eine gesonderte Betriebseinheit oder gesonderte Abteilung in der Unternehmung zur Verfügung stehen (VGH Mannheim, a.a.O., 483).

- b) Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Tätigkeit der hier betroffenen Schuhzurichtungen einen Nebenbetrieb des Ein-Mann-Unternehmens des Beklagten in bezug auf seine sonstige Tätigkeit darstellt. Die Leistung wird mit den nämlichen Betriebsmitteln erbracht. Die gleiche Leistung stellt sich einmal nur als Ergänzung eines Hauptauftrages ein anderes Mal bei unverändertem Leistungsprogramm als selbständig dar. Die Betriebsabläufe vollziehen sich innerhalb ein und desselben Betriebsgeschehens. Eine Aufspaltung der Werkleistung und die unterschiedliche Zuordnung zu Betriebsteilen erschiene daher willkürlich. Das Leistungsbild des Beklagten stellt vielmehr ein einheitliches Leistungsprogramm dar.
- c) Fehlt es danach aber schon an einem Nebenbetrieb i.S. des § 2 Nr. 3 HandwO, so kommt es auf die Unerheblichkeitsprüfung nach § 3 Abs. 2 HandwO nicht mehr an (BGH GRUR 92, 123, 125 - Kachelofenbauer II).

5.

Diese Wertung wird nicht davon berührt, daß nach dem durch das Gesetz vom 20.12.1993 eingeführten § 7 a HandwO eine Ausübungsberechtigung für ein anderes Handwerk erhält, wer die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nachgewiesen hat.

- a) Diese Regelung trägt einerseits dem Interesse der Handwerker und Verbraucher an einem Leistungsangebot aus einer Hand Rechnung. Denn alle eingetragenen Handwerker dürfen auch andere Handwerke umfassend oder in wesentlichen Teilbereichen ausüben, wenn sie die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertig-

keiten nachweisen. Die Regelung berücksichtigt damit andererseits aber weiterhin den die Handwerksordnung beherrschenden Grundsatz des Nachweises der handwerklichen Qualifikation als Voraussetzung der Ausübung handwerklicher Tätigkeiten (Musiak/Detterbeck, a.a.O., § 7 a, 1). Die Ausübungsberechtigung wird von der höheren Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Handwerkskammer erteilt (Musiak/Detterbeck, a.a.O., § 7, 15). Wird sie erteilt, erfolgt gem. § Abs. 7 HandwO die entsprechende Eintragung in der Handwerksrolle (Musiak/Detterbeck, a.a.O., § 7, 16).

- b) Wie ohne Widerspruch geblieben ist, sind zwar in der Person des Beklagten die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt. Unstreitig blieb aber auch, daß er die Berechtigung nicht erlangt hat. Darauf ist aber abzustellen. Das Gesetz hat zwar den sog. Großen Befähigungsnachweis in dieser Norm eingeschränkt, nicht aber die Voraussetzung des Befähigungsnachweises an sich aufgegeben. Vielmehr ist dieser nach wie vor in einem förmlichen Verfahren zu erbringen. Stellt sich der Beklagte aus welchen Gründen auch immer dieser Prüfung nicht, fehlt ihm die Eintragung und damit die handwerksrechtliche Tätigkeitsgestattung i.S. des § 1 Abs. 1 HandwO.

D.

Der berufsrechtliche Verstoß erfüllt vorliegend im Umfang der landgerichtlichen Verurteilung auch den Tatbestand des § 1 UWG.

1.

- a) Zwar handelt es sich bei den Bestimmungen der §§ 1 f. HandwO um wertneutrale Ordnungsvorschriften (BGH GRUR 92, 123. 125 - Kachelofenbauer II; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., § 1 UWG, 631, 632; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Kap. 31, 10), deren Verletzung an sich die Wettbewerbswidrigkeit noch nicht zur Folge hat. Für die Bejahung des Wettbewerbsverstoßes müssen besondere wettbewerbliche Umstände gegeben sein, die das

Verhalten auch aus wettbewerblicher Sicht als anstößig erscheinen lassen (v. Gamm, a.a.O. 9; Baumbach-Hefermehl, a.a.O. 632).

- b) Bei der vorliegenden Fallgestaltung ist daher erforderlich, daß der Beklagte sich bewußt und planwidrig über die Vorschriften der Handwerksordnung hinweggesetzt hat, obwohl erkennbar war, daß er dadurch einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern erlangen konnte (BGH GRUR 92, 123, 125 - Kachelofenbauer II). Ausreichend ist, daß der Beklagte alle Tatumstände, die den Gesetzesverstoß ergeben können, kannte; es ist nicht erforderlich, daß sich der Verletzer der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewußt ist (BGH, a.a.O. 126).
- c) Der Vorteil kann darin gesehen werden, daß sich der Beklagte erspart hat, einen Meister des Orthopädie-Schuhmacherhandwerkes anzustellen (vgl. BGH, a.a.O. 125; KG U.v. 16.10.1992 - 5 U 176/90; OLG Saarbrücken nach Honig in Anm. zu OLG München WRP 95, 870, 871; so wohl, wenngleich nicht näher begründet, OLG München a.a.O. 870).

2.

Vorliegend räumt der Beklagte Geschehnisse, welche den Verstoßtatbestand ausfüllen, unumwunden ein, er achtet sein Vorgehen jedoch für rechtens. Damit liegt das bewußte sich über die Vorschrift Hinwegsetzen auf der Hand. Daß er und sein Berufsstand diese berufsbildüberschreitende Tätigkeit schon seit Jahrzehnten ausübt, steht dieser Wertung nicht entgegen. Denn spätestens seit dieser gerichtlichen Auseinandersetzung kannte er alle Tatumstände, die den Gesetzesverstoß ergeben können. Er hat in tatsächlicher Hinsicht nicht näher dargelegt, die seit längerem geübte Tätigkeit habe aufgrund öffentlich-rechtlicher Duldung eine gesicherte Rechtsstellung erlangt (vgl. hierzu auch BGH GRUR 92, 123, 126 - Kachelofenbauer II).

Dieser Gesetzesverstoß geschieht auch, um sich entweder die Kosten der Anstellung eines Meisters des von der Klägerin vertretenen Berufsbildes zu ersparen oder um Zeit und Kosten zur Erlangung der Berechtigung nach § 7 a HandwO (vgl. hierzu ausführlich Musielak/Detterbeck, a.a.O., § 7 a, 14 f.) nicht aufwenden zu müssen und damit

um diese Vorteile begünstigt am Wettbewerb teilzunehmen. Dies macht das Verhalten des Beklagten gem. § 1 UWG wettbewerbslich anstößig.

3.

Ob daneben auch eine Irreführung gem. § 3 UWG i.S. einer Täuschung über die handwerkliche Qualifikation (vgl. hierzu BGH GRUR 93, 397, 398 - Trockenbau; Köhler-Piper, UWG, § 3, 321; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 3 UWG, 416; KG U.v. 16.10.1992 - 5 U 176/90), gegeben ist, kann vorliegend auf sich beruhen, da ein daraus herzuleitendes Verbot nicht weiterreicht (vgl. zur umgekehrten Konkurrenzlage insoweit BGH a.a.O. 399).

4.

Das Unterlassungsbegehren der Klägerin ist auch nicht verwirkt. Der Beklagte hat nicht mehr nachgewiesen, als insoweit unstrittige Tatsachengrundlage ist. Danach hat die Klägerin Kenntnis über die Verletzungshandlungen des Beklagten am 10.12.1993 erlangt, schon am 12.12.1993 hat sie ihn abgemahnt. Die Klage ist am 30.05.1994 eingegangen. Angesichts dieses zeitlichen Ablaufes entbehrt dieser Einwand der Grundlage.

E.

1.

Die Berufung ist auch nicht jedenfalls insoweit begründet, als der Tenor neben der Voraussetzung der Orthopädie-Schuhmachermeisterprüfung auch das Vorliegen der (bloßen) Ausübungsberechtigung gem. § 7 a HandwO hätte genügen lassen müssen. Dies hat das Landgericht, wenngleich insoweit nicht mit der gebotenen Deutlichkeit, letztlich getan. Denn es hat die Verbotseinschränkung gekoppelt an den „Befähigungsnachweis eines Orthopädie-Schuhmachermeisters“. § 7 a HandwO verzichtet aber gerade nicht auf einen solchen Nachweis, sondern schafft eine besondere Form dieses Befähigungsnachweises. Damit erfaßt der angegriffene Tenor auch diesen Erlaubnistatbestand. Der Senat hat nur zum Zwecke der Klarstellung die von der Be-

klagten insoweit angebotene Einschränkungsförmulierung in den neu zu gestaltenden Tenor aufgenommen.

2.

Allerdings ist der Tenor, was der Beklagte nicht rügt, zu beanstanden, als er Befähigungsnachweis und Konnexität der Tätigkeit kumuliert. Besitzt der Beklagte jenen Befähigungsnachweis, darf er aber auch isoliert Aufträge entgegennehmen. Besitzt er ihn nicht, ist er auf Annex-Aufträge beschränkt. Zwar können diese Merkmale kumulieren, es genügt jedoch das Verhältnis der Alternativität.

II.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 546 Abs. 2 i.V.m. § 3 ZPO.

Der Berufungserfolg ist gering, da die Ergänzung um den Tatbestand des § 7 a HandwO nur eine Klarstellung darstellt und die Aufhebung der Kumulation eher einer Berichtigung gleichkommt.

Hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz ist jedoch eine Besserstellung des Beklagten vorzunehmen. Die Klägerin hatte mit ihrem Klagantrag dem Beklagten jegliche orthopädische Schuhzurichtungen untersagen lassen wollen. Allerdings noch vor Antragstellung hat sie den Verfahrensgegenstand auf drei Tätigkeitsbereiche eingeschränkt, in der mündlichen Verhandlung den der Anfertigung von Schuheinlagen fallen lassen. Hinsichtlich der beiden verbliebenen Tätigkeitsfelder wurde der Antrag durch Freigabe von Annex-Tätigkeiten weiter teilweise abgewiesen. Auch unter Beachtung der Anspruchsreduzierung bezogen auf die Kostenstufen ist in erster Instanz ein übergewichtiges Unterliegen der Klägerin festzustellen. Insoweit bedarf es einer Korrektur der Kostenquotelung.

III.

Die Klägerin hat den Gegenstandswert mit 15.000,00 DM vorgegeben, diese Wertvorgabe ist unwidersprochen geblieben, auch nachdem sie das Landgericht in seine Wertfestsetzung aufgenommen hat. Ihr kann auch gefolgt werden, nachdem der Beklagte selbst für die betroffenen Tätigkeiten die sog. Unerheblichkeitsgrenze heranzieht.

[Redacted]
(Beyerle)

Vors. Richter am OLG

[Redacted]
(Holzer)

Richter am OLG

[Redacted]
(Oechsner)

Richter am OLG

Ausgefertigt — ~~Beauftragt~~

Stuttgart, den 30. Juni 1997

Grundbesitzer der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts



[Signature]
(Skarjak)

Justizangestellte