

Ausfertigung

Geschäftsnummer:
6 W 92/08

22 O 51/08
Kart.
Landgericht
Mannheim



Verkündet am
10. Dezember 2008

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

6. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

- Verfügungskläger / Beschwerdeführer -
Prozessbevollmächtigter:

gegen

- Verfügungsbeklagter / Beschwerdegegner -
Prozessbevollmächtigte:

wegen einstweiliger Verfügung

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2008 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht

Richter am Oberlandesgericht

Richter am Oberlandesgericht

für **Recht** erkannt:

1. Auf die sofortige Beschwerde des Verfügungsklägers werden Ziff. 1 und 2 des Beschlusses des Landgerichts Mannheim vom 30.10.2008 (Az. 22 O 51/08 Kart.) aufgehoben.

2. Dem Verfügungsbeklagten wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, dem Verfügungskläger die Herausgabe einer Liste der vom Verfügungsbeklagten zugelassenen Deckrüden sowie die Erteilung einer Deckerlaubnis für die Hündin
mit der Begründung zu verweigern, der Verfügungskläger sei Mitglied im Verein Eurasierfreunde Deutschland e.V. (EFD).
Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird dem Verfügungsbeklagten Ordnungsgeld bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft an seinem Vorstand zu vollstrecken ist.
3. Der Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfügungsverfahrens.

Gründe:

I.

Der Verfügungskläger (nachstehend: Kläger) ist Hundezüchter; er züchtet Eurasierhunde. Er ist seit 2004 Mitglied des Verfügungsbeklagten (Beklagten), eines eingetragenen Rassehunde-Zuchtvereins, der seinerseits Mitglied des Verbandes für das deutsche Hundewesen e.V. (VDH) sowie der Fédération Cynologique Internationale (FCI) ist. Die Satzung des Beklagten liegt als Anlage A1, seine Zucht- und Körordnung als Anlage A2 vor.

Im Jahr 2007 ist der Kläger zusätzlich dem Verein Eurasierfreunde Deutschland e.V. (EFD) beigetreten. Der EFD ist kein Zuchtverein, befasst sich aber mit Förderung, Verbreitung und Haltung der Eurasierhunde und strebt u.a. die Information der Allgemeinheit und die Weiterbildung der Mitglieder an (§ 2 Ziff. 2 der Satzung, Anlage A5). Der EFD ist nicht Mitglied des Dachverbandes VDH.

Der Kläger, der seit 2005 über eine vom Beklagten zugelassene Zuchtstätte verfügt, strebt den Aufbau einer eigenen Zuchtlinie an. Seine vom Beklagten zur Zucht zugelassene Eurasier-Hündin hatte 2006 einen ersten Wurf von sechs Welpen. Im September 2008 wollte der Kläger die Hündin erneut von einem zuge-

lassenen Deckrüden decken lassen. Zu diesem Zweck erbat er vom Beklagten die Übersendung einer Liste der von diesem zugelassenen Deckrüden. Daraufhin wurde ihm vom Beklagten mit E-Mail vom 04.10.2008 mitgeteilt:

"Leider kann ich diesem Wunsch nicht nachkommen, da sie laut Satzung als Mitglied des EFD nicht mehr im EKW züchten können."

Proteste des Klägers blieben ohne Reaktion.

In der Satzung des Beklagten (Anlage A1) heißt es in § 3 unter der Überschrift "Erwerb der Mitgliedschaft":

"Weiter ausgeschlossen sind Personen, die in vom VDH/FCI nicht anerkannten Organisationen für die Rasse Eurasier auf den Gebieten der Hundezucht und -verbreitung, der Hundebildung, des Hundesports, sowie der Beratung und Betreuung Mitglied sind."

Der Kläger hält die mit seiner Mitgliedschaft im EFD begründete Verweigerung der Vorlage einer Deckrüdenliste und einer Deckerlaubnis für eine Diskriminierung nach § 20 GWB. Wegen der unmittelbar bevorstehenden Deckfähigkeit der Hündin sei vorläufiger Rechtsschutz geboten. Er hat in erster Instanz zunächst beantragt,

dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, bis zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache die Erteilung der Deckgenehmigung für die Hündin
mit der Begründung zu verweigern, der Kläger sei Mitglied im Verein der Eurasier Freunde Deutschland e.V.

Auf telefonischen Hinweis des Vorsitzenden hat er beantragt,

dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, bis zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache dem Kläger für seine Hündin den Zugang zu den vom Beklagten zugelassenen Deckrüden mit der Begründung zu verweigern, der Antragsteller sei Mitglied im Verein der Eurasier Freunde Deutschland e.V.

Das Landgericht hat den Antrag mit dem angefochtenen Beschluss vom 04.11.2008, auf den wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, zurückgewiesen. Es fehle an einem Verfügungsgrund. Dem Kläger gehe es allein darum, dass ihm vom Beklagten eine Liste der Deckrüden zurr Verfügung gestellt werde. Dieses Ziel könne er mit dem zuletzt gestellten Unterlassungsantrag nicht erreichen, weil ihn das beantragte Verbot hinsichtlich der Herausgabe der Liste nicht weiter bringe. Letztendlich gehe es dem Antragsteller darum, im Wege der einstweiligen Verfügung eine Veränderung des bestehenden Zustands zu erreichen und damit die Hauptsache vorwegzunehmen. Dies sei nur ausnahmsweise bei einer bestehenden oder jedenfalls drohenden Notlage des Antragstellers zulässig. Die dem Kläger drohenden wirtschaftlichen Nachteile seien aber nicht so erheblich, dass sie nicht im Wege des Schadensersatzes ausgeglichen werden könnten. Die Hündin könne auch später noch gedeckt werden; der vom Verlust eines Wurfs ausgehende nicht in Geld zu bemessende Nachteil sei nicht besonders schwerwiegend.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Klägers, mit der dieser seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung weiterverfolgt. Er trägt vor, die Verweigerung der Deckrüdenliste komme einem Zuchtverbot gleich und stelle einen Eingriff in die Rechtsposition des Klägers als Mitglied des Beklagten dar. Der Verfügungsantrag diene der Abwehr dieses Eingriffs und sei daher nicht mit einer Leistungsverfügung gleichzusetzen. Mit dem gestellten Antrag erreiche der Kläger zumindest, dass er einen zugelassenen Deckrüden in Anspruch nehmen könne, ohne dass der Kläger ihn deswegen mit einem Disziplinarverfahren überziehen könne. Der durch die Verweigerung der Liste entstehende Schaden sei nicht als gering anzusehen. Er verliere die Chance, aus dem erwarteten Wurf einen Verkaufserlös zu erzielen, der die Aufzuchtskosten im Rahmen halten würde. Weiter entgehe ihm die Möglichkeit, ein oder zwei Welpen zum Aufbau der Zucht zu behalten. Ein Tier sei keine Maschine, deren Produktion beliebig nachgeholt werden könne. Demgegenüber entstehe dem Beklagten durch das beantragte Verbot keinerlei Nachteil. Eine Notlage sei für den Erlass der Verfügung nicht zu verlangen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen Antrag in der aus dem Tenor ersichtlichen Fassung gestellt.

Der Beklagte, dem der Verfügungsantrag in der Beschwerdeinstanz zugestellt wurde, beantragt die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde. Er ist der Auffassung, mit Ablauf des Zeitraums einer Deckfähigkeit sei der Antrag erledigt. Der gestellte Antrag sei unklar. Überdies habe der Beklagte den Zugang des Klägers zu zugelassenen Deckrü-

den nicht verweigert; er habe auf die entsprechenden Hundeeigentümer keinen Einfluss ausgeübt. Für die Herausgabe der Deckrüdenliste gebe es keine Anspruchsgrundlage; nach der Zucht- und Körordnung könne nur ein Vorschlag mehrerer Deckrüden beansprucht werden. Der Beklagte könne auch Rüden aus den Partnervereinen

und

sowie aus dem Ausland in Anspruch nehmen. Die aus einem nicht genehmigten Wurf stammenden Welpen seien zwar zunächst von der Zucht ausgeschlossen; sie könnten aber über die Regelung in Ziff. 4.9 der Zucht- und Körordnung in die Zucht kommen. Im übrigen habe das Landgericht das Bestehen eines Verfügungsgrundes zu Recht verneint.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Auf der Grundlage des in der Berufungsinstanz gestellten Antrags war die begehrte einstweilige Verfügung zu erlassen.

1. Zum Verfügungsanspruch:

Der Beklagte hat mit seinem Verhalten gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 GWB verstoßen. Der Kläger hat deshalb als Betroffener Anspruch auf Unterlassung gemäß § 33 Abs. 1 GWB.

- a) Der Beklagte ist ein Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift. Unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff fällt jede natürliche oder juristische Person oder nicht rechtsfähige Personenvereinigung, die eine irgendwie geartete Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform sowie davon, ob sie neben der genannten Tätigkeit auch noch in anderer Form, z.B. hoheitlich oder als Endverbraucher, tätig wird (vgl. Markert in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht / GWB, 4. Aufl., § 20 Rz. 22). Demgemäß ist ein Hundezüchterverein, der Dienstleistungen anbietet, ungeachtet der Mitgliedschaft von Privatpersonen als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne angese-

hen worden (vgl. BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*). Der Beklagte bietet auf dem Gebiet der Hundezucht Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr wie etwa die Ausstellung von Papieren für Hunde oder die Vermittlung von Welpen (Anlage A9) an und ist daher Unternehmen. Dass der Beklagte als Idealverein keine Gewinne erzielen darf, steht der Bejahung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs nicht entgegen, wenn – wie hier – eine wirtschaftliche Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ausgeübt wird.

- b) Auch der Kläger ist als Hundezüchter Unternehmen im Sinne des § 20 GWB. Er bietet Welpen, die aus der Zucht hervorgehen, zum Verkauf an, um die Kosten der Zucht zumindest teilweise zu decken. Pro Welpen können unstreitig mehrere hundert Euro erzielt werden, so dass bei einem Wurf Erlöse im vierstelligen Bereich möglich sind. Dass diese Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr angesichts ihres Umfangs und der Abstände zwischen den Würfen gleichwohl von insgesamt bescheidenem Umfang ist und nicht ununterbrochen ausgeübt wird, ändert an der Unternehmenseigenschaft ebenso wenig wie der Umstand, dass die Kosten der Zucht von den Verkaufserlösen möglicherweise nicht vollständig gedeckt werden (vgl. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 1 Rz. 34 ff.; vgl. auch OLG Frankfurt, Ur. v. 13.11.2007, Az. 11 U 23/07).
- c) Der Beklagte ist Normadressat des Diskriminierungsverbots nach § 20 Abs. 1 GWB. Er ist jedenfalls als marktstarkes Unternehmen anzusehen, auf das das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 GWB anzuwenden ist. Für die Ausübung der Hundezucht ist der Kläger als kleines Unternehmen im Sinne der genannten Vorschrift von den von der Beklagten angebotenen Dienstleistungen abhängig, ohne dass die ihm zumutbare Möglichkeit bestünde, auf andere Anbieter auszuweichen.

Für die Zucht rassereiner Hunde sind verschiedene Dokumente wie Zuchtbuch, Ahnentafel und Papiere des Hundes maßgeblich; diese werden vom Beklagten nach den Vorgaben des VDH geführt, ausgestellt und/oder ihre Führung überwacht. Das Zuchtbuch und die auf dieser Grundlage ausgestellten Urkunden über die Abstammung der darin geführten Hunde belegen deren Reinrassigkeit und steigern den Verkehrswert solcher Hunde, weil die dadurch nachgewiesene Einhaltung der Zuchtvorschriften als Gewähr für die Gesundheit und das dem

jeweiligen Standard entsprechende Erscheinungsbild des Hundes angesehen wird. Bei den zugrundeliegenden Leistungen des Beklagten handelt es sich um geldwerte Vorteile, die den Züchtern zugute kommen (vgl. BGH a.a.O. – *Deutscher Landseer Club*); der Kläger als Züchter ist auf sie angewiesen. Er ist weiter darauf angewiesen, dass der Beklagte ihm eine Deckerlaubnis erteilt, denn ohne diese sind Welpen von der Zucht grundsätzlich ausgeschlossen (Ziff. 4.9 (1) der Zucht- und Körordnung); dass sie "in begründeten Ausnahmefällen" doch wieder zur Zucht zugelassen werden können (Ziff. 4.9 (2) der Zucht- und Körordnung), ändert daran nichts.

Der Kläger kann auch nicht in zumutbarer Weise auf andere Rassezuchtvereine ausweichen. Zwar gibt es unstreitig zwei weitere Rassezuchtvereine für Eurasier (... und ...). Der Beklagte hat aber gegenüber dem Kläger die Erbringung jeglicher genannter Dienstleistungen unter Hinweis auf dessen Mitgliedschaft im EFD verweigert. Er stützt sich dabei auf die Bestimmung in § 3 Abs. 5 der Satzung, wonach Personen, die in einer vom VDH/FCI nicht anerkannten, der Befassung mit Eurasiern im weitesten Sinne ("Beratung und Betreuung") gewidmeten Organisation Mitglied ist, von der Mitgliedschaft im Beklagten ausgeschlossen ist. Entsprechende Vorschriften finden sich nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers auch in den Satzungen der beiden anderen Rassezuchtvereine: dies entspricht der Vorgabe des Dachverbandes VDH, dem die beiden anderen Rassezuchtvereine ebenfalls angehören. Da es sich um Bestimmungen handelt, die sich auf die Organisationshoheit des VDH/FCI beziehen, ist davon auszugehen, dass die Vorschrift in derselben Weise angewandt und der Kläger deshalb wegen seiner Mitgliedschaft im EFD nicht aufgenommen würde.

- d) Mit der E-Mail vom 04.10.2008 hat der Beklagte unter Hinweis auf die Mitgliedschaft des Klägers im EFD nicht nur die Übersendung einer Deckrüdenliste verweigert, sondern ihm weitergehend das Recht zur Züchtung und damit auf jede Mitwirkungshandlung des Beklagten abgesprochen. Er hat den Kläger damit gegenüber anderen Mitgliedern ungleich behandelt. Für diese Ungleichbehandlung gibt es im erreichten Sach- und Streitstand keinen sachlichen Grund. Die Mitgliedschaft des Klägers im EFD, auf die sich der Beklagte beruft, stellt keinen sachlichen Grund dar.

Allerdings ist anerkannt, dass wegen des Anliegens einer gleichgerichteten Zucht und des daraus folgenden Bedürfnisses nach einheitlichen Zuchtrichtlinien und ihrer Überwachung ein Dachverband von Züchtern – wie es der VDH ist – grundsätzlich berechtigt ist, für eine bestimmte Rasse nur einen Zuchtverband anzuerkennen (BGH a.a.O – *Deutscher Landseer Club*). Ob daraus zu folgern ist, dass ein vom Dachverband für eine bestimmte Rasse anerkannter Zuchtverein solche Züchter in jedem Fall ausschließen darf, die zusätzlich Mitglied in einem nicht vom Dachverband anerkannten Rassezuchtverein sind – zumal wenn es wie hier für eine Rasse mehrere vom Dachverband anerkannte Zuchtvereine gibt –, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn der EFD ist kein Rassezuchtverein; er befasst sich nach seiner Satzung nicht mit der Rassezucht oder der Aufstellung von Zuchtrichtlinien, sondern bietet Liebhabern der Eurasierhunde die Möglichkeit zum Austausch, zur Weiterbildung und zur Förderung der Eurasierhaltung. Weshalb diese Anliegen mit dem Vereinszweck des Beklagten unvereinbar sein sollen, erschließt sich nicht. Ein Alleinvertretungsanspruch auf den zuletzt genannten Gebieten verstößt gegen den Grundsatz der Vereinsfreiheit und stellt daher keinen sachlich berechtigten Grund für den Ausschluss eines Mitglieds von der Zucht dar. Ob § 3 Abs. 5 der Satzung des Beklagten einen so weitgehenden Ausschlussstatbestand enthält, kann nach dem Gesagten dahinstehen, denn auf eine solche Satzungsbestimmung könnte sich der Beklagte nach dem Gesagten gemäß §§ 242, 826 BGB i.V.m. § 20 GWB nicht berufen (vgl. BGHZ 63, 282 – *Deutscher Sportbund, Rad- und Kraftfahrerbund*).

- e) Im Ergebnis stellt sich deshalb die mit der Mitgliedschaft des Klägers im EFD begründete Weigerung des Beklagten, jenem die Leistungen zukommen zu lassen, die anderen Mitgliedern zuteil werden, als ungerechtfertigte Diskriminierung dar. Der Beklagte ist gemäß §§ 20 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 33 Abs. 1 GWB zur Unterlassung verpflichtet; die erforderliche Begehungsgefahr wird durch das bisherige Verhalten des Beklagten begründet. Der Kläger ist als Betroffener gemäß § 33 Abs. 1 S. 3 GWB aktivlegitimiert.

2. Zum Verfügungsgrund:

Den Anspruch auf Unterlassung dieser Diskriminierung kann der Kläger im Wege der einstweiligen Verfügung geltend machen.

- a) Das mit dem Verfügungsantrag geltend gemachte Begehren des Klägers richtet sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht schlechthin auf die Herausgabe der Deckrüdenliste; es trifft deshalb nicht zu, dass der Kläger ein Leistungsbegehren im Gewand eines Unterlassungsantrags erhebt. Vielmehr hat der Kläger das begehrte Verbot stets darauf bezogen, dass der Beklagte Mitwirkungshandlungen *mit der Begründung* verweigert, der Kläger sei Mitglied im EFD. Damit wird die beanstandete Diskriminierung zutreffend zum Verbotsgegenstand gemacht. Der Kläger unterwirft sich den für alle züchtenden Mitglieder geltenden Voraussetzungen solcher Mitwirkungshandlungen und wendet sich nach Antrag und Begründung lediglich dagegen, dass ihm diese *gerade wegen seiner Mitgliedschaft im EFD* verweigert werden. Hierfür ist der Unterlassungsantrag das gegebene prozessuale Mittel (vgl. Bechtold, *GWB*, 5. Aufl., § 33 Rz. 14).
- b) Der kartellrechtliche Anspruch auf Unterlassung einer Diskriminierung kann grundsätzlich im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden (vgl. z.B. *KG WRP* 2005, 1293). Das in diesem Zusammenhang erörterte Problem einer Vorwegnahme der Hauptsache, wie es etwa beim auf das Diskriminierungsgebot gestützten Belieferungsanspruch auftritt (vgl. Bechtold a.a.O.), stellt sich bei der oben dargestellten Konkretisierung des Antrags auf die zu unterlassende Diskriminierung nicht. Denn die Frage, ob der Beklagte etwa die Vorlage einer Deckrüdenliste oder die Erteilung einer Deckerlaubnis schuldet, wird im vorliegenden Verfügungsverfahren nicht entschieden; entschieden wird nur die Rechtsfrage, ob der Umstand, dass der Kläger Mitglied im EFD ist, den Beklagten berechtigt, den Kläger von der Zucht auszuschließen. Bezüglich dieser Rechtsfrage gibt es keinen Unterschied in der Prüfungsdichte zwischen Verfügungs- und Hauptsacheverfahren; das Verfügungsverfahren nimmt die Hauptsache nicht mehr vorweg, als dies bei anderen Unterlassungsverfügungen der Fall ist.
- c) Dass der Beklagte hiernach bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen aufgrund der einstweiligen Verfügung verpflichtet ist, dem Kläger diejenigen Dienstleistungen zuteil werden zu lassen, die auch anderen züchtenden Mitgliedern zugute kommen, und dass ein möglicherweise daraus vor Entscheidung der

Hauptsache resultierender Wurf nicht rückgängig gemacht werden könnte, schließt den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht aus. Die insoweit gebotene Interessenabwägung fällt deutlich zugunsten des Klägers aus: Dass ein solcher Verlauf zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Vereinszwecks des Beklagten, insbesondere zu einer Beeinträchtigung von Zuchtinteressen führte, ist nicht ersichtlich; der Beklagte kann insoweit die gleichen Anforderungen wie in anderen Zuchtfällen stellen. Auf der anderen Seite wird das Interesse des Klägers, die geplante Zucht mit seiner jetzigen Hündin aufzubauen, durch Zeitablauf immer weiter beeinträchtigt, denn hierfür ist das Alter der Hündin ein entscheidender Faktor.

d) Aus demselben Grund fehlt es nicht an der für den Verfügungsgrund erforderlichen Dringlichkeit, auch wenn die Hitzeperiode der Hündin, deren Bevorstehen das vorliegende Verfahren ausgelöst hat, mittlerweile vorüber ist, so dass ein weiterer Deckversuch erst in ca. 6 Monaten durchgeführt werden kann. Ob der Kläger bis dahin einen vorläufig vollstreckbaren Titel im Hauptsacheverfahren erwirken und durchsetzen könnte, ist keineswegs sicher. Das Risiko, dass dies nicht gelingt, ist dem Kläger nach der soeben getroffenen Interessenabwägung nicht zuzumuten.

3. Der zuletzt gestellte Antrag bezeichnet die vom Kläger benötigten Handlungen, die der Beklagte nicht unter Hinweis auf die Mitgliedschaft des Klägers im EFD verweigern darf, hinreichend konkret. Nach dem Ausgeführten war damit das beantragte Verbot im Wege der einstweiligen Verfügung unter Aufhebung der Ziffern 1 und 2 des angefochtenen Beschlusses (Abweisung des Verfügungsantrags und Kostenentscheidung) auszusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Vors. Richter am
Oberlandesgericht



Richter am
Oberlandesgericht

Richter am
Oberlandesgericht

Ausgeführt:

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle