
Datum:	24.11.2004
Gericht:	Landgericht Essen
Spruchkörper:	4. Kammer f. Handelssachen
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	44 O 32/04
ECLI:	ECLI:DE:LGE:2004:1124.44O32.04.00

Normen:	§ 7 UWG
Sachgebiet:	Handelsrecht
Rechtskraft:	nein

Tenor:

hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen
auf die mündliche Verhandlung vom 24.11.2004
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht E.,
den Handelsrichter I. und
den Handelsrichter N.

für R e c h t erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen
Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils
zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand:

1

Der Kläger begehrt von der beklagten Konkurrentin Unterlassen unaufgeforderter Werbeanrufe. Die Parteien bieten konkurrierend Leistungen im Bereich des Internets an, nämlich die vergütungspflichtige Aufnahme von gewerblichen Unternehmen in Verzeichnissen von den Parteien betriebener Suchmaschinen. Die Beklagte unterhält eine Suchmaschine "X". Der Kläger befasst sich seit 1999 in ständiger Geschäftsbeziehung damit, Internetgestaltungen für eine H.-GmbH vorzunehmen. Hierbei bedient sich der Kläger der Mitwirkung des Zeugen I.. Im Jahr 2000 beriet I. den Geschäftsführer der H.- GmbH, den Zeugen S., über die Gestaltung von Internet-Seiten, die dann über die vom Kläger betriebene Suchmaschine aufgerufen werden sollten. Unter Einsatz einer von der O. Service GmbH & Co. KG entwickelten Software veranlasste I., mittels elektronischer Verlinkung, dass die Internetseite der H.-GmbH auch über Suchmaschinen anderer Betreiber aufgerufen werden konnte. Die Parteien streiten darüber, ob dies mit Wissen und Wollen des Geschäftsführers der H.-GmbH geschah und ob auf diese Weise auch ein Kontakt zur Suchmaschine XX der Beklagten hergestellt worden ist. Über die Suchmaschine XX.de waren in der Folgezeit Informationen zur H.- GmbH abrufbar, zu deren Einzelheiten auf Bl. 50 - 53 d. A. verwiesen wird. II. Am 27.06.2003 rief ein Mitarbeiter der Beklagten, N., unaufgefordert den Zeugen S. an und bot diesem an, die über die Suchmaschine XX.de ansteuerbaren Daten inhaltlich umzugestalten. Der Zeuge S. war über den Werbeanruf erstaunt und verärgert, weil er weder die Beklagte noch die Suchmaschine XX.de kannte. Er beklagte sich über den Anruf beim Zeugen I.. Dieser führte hierzu seinerseits ein Telefonat mit dem Mitarbeiter Q. O.- Service GmbH & Co. KG. Der Kläger bewertete das Verhalten der Beklagten als wettbewerbswidrig. Er erwirkte gegen die Beklagte im Verfahren 6 W 55/03 eine einstweilige Verfügung des Oberlandesgerichtes Karlsruhe vom 13.08.2003, zu deren Einzelheiten auf Bl. 5 bis 12 d. A. verwiesen wird. Mit Schreiben vom 06.10.2003 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich auf, eine Abschlusserklärung abzugeben. Weil die Beklagte diesem Verlangen nicht entsprach, nahm er die Beklagte durch beim Landgericht Baden-Baden eingereichter Klage auf Unterlassung in Anspruch. Das Landgericht Baden-Baden hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 11.02.2004 an das Landgericht Essen verwiesen. III. Der Kläger ist der Auffassung, dass sich die Beklagte durch ihren Anruf vom 27.06.2003 wettbewerbswidrig verhalten habe. Der Anruf stelle eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 UWG dar, weil der Anruf ohne Einwilligung der H.- GmbH erfolgt sei und eine solche Einwilligung auch nicht habe angenommen werden können. Der Kläger behauptet, am 27.06.2003 habe zwischen der H.-GmbH und der Beklagten keine Geschäftsbeziehung bestanden. Soweit Daten der H.-GmbH über die Suchmaschine XX.de aufrufbar seien, sei die Verlinkung ohne Wissen und Wollen der H.-GmbH erfolgt. Die H.-GmbH habe Daten nicht über die Suchmaschine XX.de abrufbar machen wollen, sondern sei daran interessiert gewesen, Präsentationen ausschließlich über die Suchmaschine des Klägers vorzunehmen. Insbesondere treffe es nicht zu, dass die über die Suchmaschine XX.de aufrufbaren Informationen zum Unternehmen auf einem Antragsformular vermerkt gewesen seien, welches die H.-GmbH der Beklagten im Jahr 2002 sowie 2002 zugeleitet habe. Der Kläger meint, im Übrigen reiche eine durch Verlinkung geschaffene Geschäftsverbindung auch nicht aus, um von einer mutmaßlichen Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auszugehen. Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungs- Haft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, Dritte, ohne vorher dazu aufgefordert zu sein, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs per Telefon auf Angebote anzusprechen, die nicht bereits Gegenstand einer bestehenden Geschäftsbeziehung sind. Die Beklagte beantragt, die Klage

2

abzuweisen. Sie ist der Auffassung, dass der Werbeanruf vom 27.06.2003 nicht als unzumutbare Belästigung gewertet werden könne. Zu diesem Zeitpunkt habe zwischen der Beklagten und der H.- GmbH eine Geschäftsbeziehung bestanden. Auf Grund dieser Geschäftsbeziehung sei die Beklagte berechtigt gewesen, auch ohne besondere Aufforderung Angebote zu weitergehenden Internetleistungen zu unterbreiten. Die Geschäftsbeziehung sei dadurch begründet worden, dass die H.-GmbH die Möglichkeit zu einem kostenlosen Eintrag in der Suchmaschine XX.de genutzt habe. In diesem Zusammenhang sei ein Anmeldevordruck (Bl. 45 d. A.) ausgefüllt worden. Im Übrigen habe der Geschäftsführer der H.-GmbH den Werbeversuchen nicht ablehnend gegenüber gestanden. Vielmehr habe er dem Mitarbeiter N. die Handy-Nummer des Zeugen I. mitgeteilt, damit diesem das Angebot näher erläutert werde. IV. Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen S. und I.. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 24.11.2004 verwiesen.

Entscheidungsgründe: Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht dem Kläger kein Unterlassungsanspruch gemäß den §§ 8 Abs. 1, 8 Abs. 3 Nr. 1 - §§ 3, 7 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu. Die Kammer geht insoweit von folgenden Erwägungen aus: 1. Für die Beurteilung des Unterlassungsanspruches ist die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F. maßgeblich, auch wenn der geltend gemachte Wettbewerbsverstoß vor der Novellierung des Wettbewerbsrechts erfolgt ist. Der Unterlassungsanspruch ist auf die Zukunft gerichtet und daher nach Maßgabe des im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung geltenden Rechts zu beurteilen (vgl.: BGH, 04.07.2002 - I ZR 55/00 - NJW 2002, 3396). 2. Die Klägerin ist Mitbewerberin im Sinne der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG und daher berechtigt, gemäß § 8 Abs. 1 UWG Unterlassungsansprüche geltend zu machen. 3. Dem Kläger ist auch darin zu folgen, dass der Anruf vom 27.06.2003 im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu Werbezwecken erfolgte. Wie zwischen den Parteien außer Streit steht, sollten die beworbenen Veränderungen der Eintragungen von der Beklagten nicht kostenfrei vorgenommen werden, sondern vergütet werden. Bei solcher Sachlage liegt eine Werbung auch dann vor, wenn der Anruf den Zweck verfolgt haben sollte, bereits vorhandene Eintragungen zu aktualisieren, wie von der Beklagten vorgetragen wird. 4. Der Werbeanruf vom 27.06.2003 ist ohne Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erfolgt. Es ist insofern rechtlich bedeutungslos, ob der Zeuge S. beim erfolgten Anruf zu erkennen gegeben hat, dass er weitere Werbeinformationen wünscht und zur weiteren Erläuterung des Angebotes eine Kontaktaufnahme zum Zeugen I. anregte. An einer Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 UWG fehlt es nämlich schon dann, wenn das Einverständnis mit der Telefonwerbung zum Zeitpunkt des Beginns des Telefonates noch nicht vorlag (vgl.: BGH, 20.12.2001 I ZR 227/99 - NJW 2002, 2038; Köhler in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 23. Auflage § 7 Rn. 60; Ueber in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Kommentar zum UWG § 7 Rn. 142). Ob der Angerufene nach erfolgtem Anruf die Werbung dann innerlich akzeptiert, ist rechtlich nicht von Belang. 5. Nach den maßgeblichen Gesamtumständen vor dem Telefonat durfte die Beklagte indessen von einer mutmaßlichen Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ausgehen. Der gewerbliche Anschlussinhaber wird durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht in dem Maße geschützt wie der private Anschlussinhaber, weil er mit Anrufen potentieller Geschäftspartner rechnen muss. Die Vermutung für eine unzumutbare Belästigung greift deshalb rechtlich nur dann ein, wenn nach den maßgeblichen Gesamtumständen ein sachliches Interesse an einem Anruf nicht vermutet werden konnte. Hierbei ist dem Kläger zwar darin zuzustimmen, dass ein allgemeines Interesse des Beworbenen an geschäftsbezogener Werbung nicht ausreicht, um eine Einwilligung zu vermuten. Die Kammer teilt aber die Auffassung des Bundesgerichtshofes (05.02.2004 - I ZR 87/02 - WRP 2004, 603) sowie von Köhler (in Baumbach/Hefermehl a. a. O. § 7 Rn. 63) sowie Ueber (in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, a. a. O. § 7 Rn. 142), dass der Werbeanrufer bei

einem gewerblich tätigen Unternehmen von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgehen kann, wenn seine Werbung in einem sachlichen Zusammenhang zu einer bestehenden oder angebahnten Geschäftsbeziehung steht. Der Bundesgerichtshof hat hierzu erläutert, dass schon der kostenlose Standardeintrag in einem Telefonbuch eine solche Geschäftsbeziehung begründet und die Annahme rechtfertigt, dass der Gewerbetreibende auch mit weiteren telefonischen Werbemaßnahmen einverstanden sein wird, die auf eine entgeltliche Erweiterung oder Zusätze dieses Standardeintrags ausgerichtet sind. Hierbei sei es unerheblich, ob die Mitteilung, man wolle eingetragene Daten überprüfen und abändern, tatsächlich das primär angestrebte Ziel des Werbenden sei oder nur als Anknüpfungspunkt diene, weitere angestrebte entgeltliche Werbeangebote zu unterbreiten. Die vorgenannte Rechtsprechung ist auf den zu beurteilenden Fall übertragbar. Zur Überzeugung der Kammer spielt es rechtlich keine Rolle, ob das Unternehmen in einem Printmedium präsentiert wird oder die Daten über ein elektronisches Verzeichnis abrufbar gemacht werden, wie dies im Falle der Verlinkung geschieht. Angesichts der Wertung des Bundesgerichtshofes vermag das Gericht auch nicht der Auffassung des Oberlandesgerichtes Karlsruhe im Verfahren 6 W 55/03 zu folgen, dass sich eine Geschäftsbeziehung durch einen Antrag auf unentgeltliche Registrierung nicht begründen lasse. 6. Für die Entscheidung des Gerichts kam es deshalb auf die Frage an, ob der Zugriff auf Daten der H.- GmbH über die Suchmaschine XX.de mit Wissen und Wollen der H.-GmbH erfolgte, also eine Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und der H.-GmbH zustande gekommen ist. Dies hat die Beweisaufnahme erbracht. Zwar hat der Zeuge S. bekundet, er sei an einer exklusiven Präsentation der H.-GmbH interessiert gewesen und habe keine Bemühungen unternommen, um eine Verlinkung auch über die Suchmaschine XX.de zu erreichen. Diese sei ihm bis zum Telefonat vom Juni 2003 vielmehr unbekannt gewesen. Um die Einzelheiten habe er sich allerdings nicht gekümmert und die konkrete Ausgestaltung dem Kläger sowie dem Zeugen I. überlassen. Aufgrund der glaubhaften Bekundungen des Zeugen I. hat das Gericht aber keinen Zweifel daran, dass sich S. beim maßgeblichen Beratungsgespräch gegenüber I. abweichend äußerte und erklärte, die Daten der H.-GmbH sollten auch über weitere Suchmaschinen verfügbar sein, um den Kreis potentieller Interessenten zu erweitern. Der Zeuge I. hat geschildert, dass er diese Erklärung S. zum Anlass genommen habe, unter Anwendung einer von der O. Service GmbH & Co. KG gelieferten Software eine Eintragung der Daten der H.-GmbH in 450 weiteren Suchmaschinen zu veranlassen. Dies sei aus seiner Sicht wirtschaftlich sinnvoll gewesen, weil die Eintragungen zum damaligen Zeitpunkt alle kostenfrei gewesen seien. Zwar vermochte der Zeuge I. aufgrund der Vielzahl der Suchmaschinen nicht zu sagen, ob unter diesen Suchmaschinen auch die Suchmaschine XX.de der Beklagten war. Er erinnerte sich aber daran, dass er am 27.06.2003 mit einem Mitarbeiter Q. O.-Service GmbH & Co. KG telefoniert habe, um zu klären, wie die Daten der H.- GmbH über die Suchmaschine XX.de zugänglich geworden seien. Hierbei habe sich ergeben, dass eine Beziehung zwischen der O.-Service GmbH & Co. KG und der Beklagten bestanden habe. Der Zeuge I. hat ferner bei Betrachtung der Eintragungen festgestellt, dass die angegebene E - Mail Anschrift "H.-.de" eine von ihm gewählte Internetanschrift gewesen sei, die nicht der offiziellen E - Mail Anschrift der H.- GmbH entspreche. Die Kammer zieht hieraus den Schluss, dass unter den 450 von der Software der O.-Service GmbH & Co. KG angesprochenen Suchmaschinen auch die Suchmaschine XX.de war und die von der H.-GmbH an den Zeugen I. übermittelten Daten deshalb im Verzeichnis dieser Suchmaschine auftauchten, weil I. in Absprache mit dem Zeugen S. zur Verbreitung die Software der O.-Service GmbH & Co. KG einsetzte. Die H.-GmbH muss sich das Verhalten des Zeugen I. als eigenes Verhalten zurechnen lassen. Sie hat den Zeugen I. durch ihren Geschäftsführer damit beauftragt, ohne weitere inhaltliche Begrenzung für eine Verbreitung der Daten über weitere Suchmaschinen zu sorgen, mithin weitere Geschäftsverbindungen zu anderen Betreibern von Suchmaschinen zu begründen. Der Zeuge I. hat in Wahrnehmung dieses Auftrages für eine Verbreitung gesorgt und so

Geschäftsbeziehungen der H.-GmbH geschaffen. Hierbei ist es nicht entscheidend, dass der Zeuge I. über Namen der Betreiber der 450 Suchmaschinen nicht im Einzelnen informiert war. Maßgeblich ist allein, dass er eine Verlinkung mit allen Suchmaschinen wünschte, zu denen die Software der O.Service GmbH & Co. KG eine Geschäftsverbindung schaffte. Stellte die H.-GmbH auf diese Weise Geschäftsverbindungen zu zahlreichen Marktteilnehmern her, so muss sie als noch zumutbare Belästigung hinnehmen, wenn solche Marktteilnehmer dann ihrerseits telefonisch Kontakt aufnehmen, um eintragsbezogene Zusatzangebote zu unterbreiten. 8. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus § 709 S. 1 ZPO.
