
Datum: 14.04.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 24/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0414.4U24.05.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 32/04

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 24. November 2004 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, per Telefonanruf bei Dritten, ohne von diesen vorher dazu aufgefordert worden zu sein, bisherige kostenlose Grundeintragungen in kostenpflichtige erweiternde Eintragungen in Suchmaschinen zu verändern zu suchen.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000, EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 35.000,- EUR abzuwenden, falls nicht der Kläger zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Tatbestand:

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 **"*internetadresse*"**.

Der Kläger stand seit 1999 in Geschäftsbeziehung zu der Fa. H GmbH, für die er unter Mitwirkung des Zeugen I den Internetauftritt gestaltete. Mittels elektronischer Verlinkung veranlaßte der Zeuge I, daß die Internetseiten der Fa. H GmbH auch über Suchmaschinen anderer Betreiber aufgerufen werden konnten. Auch über die Suchmaschine **"*internetadresse*"** der Beklagten konnten in der Folgezeit Informationen zur Fa. H GmbH aufgerufen werden.

Am 27. Juni 2003 rief ein Mitarbeiter der Beklagten den Geschäftsführer der Fa. H GmbH an. Er bot diesem an, die über die Suchmaschine ***internetadresse*** ansteuerbaren Daten inhaltlich umzugestalten. Die beworbenen Veränderungen der Eintragungen sollten von der Beklagten nicht kostenfrei bleiben wie der bisherige Eintrag, sondern von der Fa. H GmbH vergütet werden.

Der Kläger ist der Ansicht, daß sich die Beklagte durch diesen Anruf wettbewerbswidrig verhalten habe. Denn es habe zur Zeit des Anrufes zwischen der Beklagten und der Fa. H GmbH noch keine Geschäftsbeziehung gegeben. Soweit Daten über die Suchmaschine ***internetadresse*** aufrufbar gewesen seien, sei die Verlinkung ohne Wissen und Wollen der Fa. H GmbH erfolgt. Abgesehen davon reiche eine durch Verlinkung geschaffene Geschäftsverbindung nicht aus, um von einer mutmaßlichen Einwilligung der Fa. H GmbH in den Anruf des Mitarbeiters der Beklagten ausgehen zu können.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es 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 hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, daß der beanstandete Anruf nicht als unzumutbare Belästigung der Fa. H GmbH gewertet werden könne. Es habe nämlich zur Zeit des Anrufs eine Geschäftsbeziehung zwischen ihr und dieser Firma bestanden. Diese Firma habe die Möglichkeit zu einem kostenlos Eintrag in der Suchmaschine ***internetadresse*** genutzt. In diesem Zusammenhang sei ein Anmeldevordruck ausgefüllt worden. Der Geschäftsführer der Firma habe dem Werbeanruf auch nicht ablehnend gegenübergestanden. Er habe dem Mitarbeiter der Beklagten die Handynummer des Zeugen I mitgeteilt, damit diesem das Angebot näher hätte erläutert werden können. Diese so begründete Geschäftsbeziehung sei

ausreichend gewesen, damit sie der Fa. H GmbH ohne besondere Aufforderung Angebote zu weitergehenden Internetleistungen hätte unterbreiten dürfen.

Das Landgericht hat die Zeugen S und I uneidlich zu der Frage vernommen, wie es zur Eintragung der Fa. H GmbH in die Suchmaschine *internetadresse* der Beklagten gekommen ist. Wegen des Inhaltes ihrer Aussage im einzelnen wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 24. November 2004 (Bl. 153 ff d.A.) verwiesen. 12

Das Landgericht hat sodann die Klage durch Urteil vom 24. November 2004 als unbegründet abgewiesen. Die Beklagte habe von einer mutmaßlichen Einwilligung der Fa. H GmbH in den Anruf ausgehen können. Denn dieser Anruf habe in einem sachlichen Zusammenhang mit der Eintragung der Fa. H GmbH in die Suchmaschine *internetadresse* der Beklagten gestanden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei diese Eintragung aber mit Wissen und Willen der Fa. H GmbH erfolgt. 13

Wegen des Inhaltes des Urteiles im einzelnen wird auf Blatt 167 ff der Akten verwiesen. 14

Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der er sein erstinstanzliches Verbotsbegehren weiterverfolgt. 15

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages ist der Kläger der Ansicht, daß die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 4. Februar 2004 (WRP 2004, 603 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag) auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofes habe sich der Anspruch gegen den Herausgeber der "amtlichen" Fernsprechbücher gerichtet, bei denen aber jährlich nur mit einem Anruf zu rechnen sei. Das sei im vorliegenden Fall anders. Anders sehe auch die Konkurrenzsituation aus. Es gebe für den Herausgeber der "Gelben Seiten" keine Konkurrenz. Dagegen sei eine Vielzahl von Betreibern von Suchmaschinen auf dem Markt. Die Fa. H GmbH habe demgemäß mit 450 Anrufen rechnen müssen, da sie bei einer entsprechend hohen Zahl von Suchmaschinen eingetragen sei. Diesen Nachahmungseffekt habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen. Die Fa. H GmbH könne insbesondere kein Interesse daran haben, von einem gänzlich unbekannten Betreiber einer Suchmaschine, wie es die Beklagte sei, angerufen zu werden. Insofern sei entgegen der Annahme des Landgerichts nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen. 16

Der Kläger hat zunächst beantragt, 17

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft 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. 18

Nach Erörterung im Senatstermin hat der Kläger erklärt, 19

daß die Beklagte verurteilt werden solle, es zu unterlassen, per Telefonanruf bei Dritten, ohne von diesen vorher dazu aufgefordert worden zu sein, bisherige kostenlose Grundeintragungen in kostenpflichtige erweiternde Eintragungen in Suchmaschinen zu verändern zu suchen. 20

Die Beklagte beantragt,	
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	22
Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages ist die Beklagte der Ansicht, daß die Geschäftsbeziehung, die sie zu der Fa. H GmbH aufgrund von deren Eintragung in ihre Suchmaschine gehabt habe, den umstrittenen Anruf gerechtfertigt habe. Nach der angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes lasse ein bestehender unentgeltlicher Eintrag vermuten, daß der Betreffende an einer entgeltlichen Erweiterung dieses Eintrages interessiert sei. Es handele sich nicht um eine von der bereits bestehenden Geschäftsverbindung verschiedene Leistung.	23
Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	24
<u>Entscheidungsgründe:</u>	25
Die Berufung des Klägers ist begründet.	26
Nachdem der Kläger auf Anregung des Senats nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO sein Verbotsbegehren an der konkreten Verletzungsform ausgerichtet hat, bestehen gegen die hinreichende Bestimmtheit des Verbotsantrages i.S.d. § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO keine Bedenken mehr.	27
Das so konkret gefaßte Verbotsbegehren ist auch begründet, §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.	28
Das UWG ist in seiner derzeit geltenden Fassung hier anwendbar, auch wenn die gerügte Verletzungshandlung, nämlich der Anruf des Mitarbeiters der Beklagten bei der Fa. H GmbH, noch zur Zeit der Geltung des UWG in seiner vorangegangenen Fassung erfolgt ist. Denn neuer und alter Rechtszustand decken sich bei der Zulässigkeit gewerblicher Anrufe ohne Einwilligung des Angerufenen (Baumbach/Hefermehl Wettbewerbsrecht 23. Aufl. § 7 UWG Rz. 39). Zudem besteht hier auch eine Erstbegehungsgefahr, weil die Beklagte so, wie es geschehen ist, auch weiterhin werbend telefonieren will.	29
Der Kläger kann den hier in Rede stehenden Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 3 Ziff. 1 UWG als Mitbewerber der Beklagten auch geltend machen.	30
Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat sich die Beklagte, die sich das Telefonat ihres Mitarbeiters nach § 8 Abs. 2 UWG als eigene Wettbewerbshandlung zurechnen lassen muß, dabei auch unlauter i.S.d. § 3 UWG verhalten. Denn nach § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG stellt dieses Telefonat eine unzumutbare Belästigung der Fa. H GmbH dar, was nach § 7 Abs. 1 UWG den Vorwurf der Unlauterkeit i.S.d. § 3 UWG begründet.	31
Nach § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG stellt ein unaufgefordertes Telefonat gegenüber Unternehmern als sonstigen Marktteilnehmern neben den Verbrauchern (§ 2 Abs. 1 Ziff. 2 UWG) eine unzumutbare Belästigung dar, wenn der Anrufende nicht zumindest von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgehen kann. Dabei beurteilt sich die Frage nach der mutmaßlichen Einwilligung nach den Gesamtumständen, wie sie vor dem Anruf für den Anrufenden ersichtlich waren. Die anschließende Reaktion des Angerufenen auf den Anruf ist unerheblich (Baumbach/Hefermehl a.a.O. § 7 Rz. 60).	32

Diese Gesamtumstände müssen im Einzelfall konkrete Umstände aufscheinen lassen, die ein sachliches Interesse des Anzurufenden vermuten lassen. Wenn dabei auch gewisse Typisierungen vorgenommen werden können, so ist doch eine generalisierende Betrachtungsweise, also eine schematische Beurteilung nicht am Platze. Denn es kommt darauf an, ob gerade der Marktteilnehmer, der angerufen werden soll, mit dem Anruf mutmaßlich einverstanden ist, ihm zumindest positiv gegenübersteht (Baumbach/Hefermehl a.a.O. § 7 Rz. 62).

Davon konnte der Mitarbeiter der Beklagten bei seinem Telefonanruf hier nicht ausgehen. 34

Das mutmaßliche Interesse der Fa. H GmbH an dem fraglichen Anruf konnte sich hier nur daraus ergeben, daß sie bereits in der Suchmaschine der Beklagten gespeichert war. Andere Anknüpfungspunkte für ein mutmaßliches Interesse der Fa. H GmbH an dem Anruf gab es nicht. 35

Zugunsten der Beklagten kann auch davon ausgegangen werden, daß diese Speicherung letztlich mit Wissen und Wollen der Fa. H GmbH geschehen ist und nicht auf einer eigenmächtigen Usurpierung der Daten durch die Beklagte beruhte. Dies hat das Landgericht nach entsprechender Beweismwürdigung im angefochtenen Urteil ausdrücklich festgestellt. Demgegenüber hat der Kläger in seiner Berufungsbegründung zwar daran festgehalten, daß der Fa. H GmbH diese Speicherung in der Suchmaschine der Beklagten nicht bekannt gewesen sei. Für die Frage, ob die Beklagte von einer mutmaßlichen Einwilligung der Fa. H GmbH in den Telefonanruf ausgehen konnte, ist dieser aktuelle Wissensstand der Fa. H GmbH über ihre Speicherung in der Suchmaschine der Beklagten aber unerheblich. Für die Beklagte war insoweit allein entscheidend, daß die Speicherung selbst von ihr nicht eigenmächtig, sondern im Einverständnis mit der Fa. H GmbH vorgenommen worden war, wie immer dieses Einverständnis auch erreicht worden sein mag. 36

Die über diese Speicherung begründete Geschäftsbeziehung der Beklagten zur Fa. H GmbH mag grundsätzlich geeignet sein, das Tor zu weiterem telefonischen Kontakt zu öffnen, etwa um einen bloßen Datenabgleich durchzuführen oder sonstige Fragen im Rahmen der bestehenden Speicherung zu klären. Insoweit mag die Fa. H GmbH durch ihre Speicherung in der Suchmaschine der Beklagten aus dem Kreis der nur potentiellen Kunden herausgehoben sein, bei denen das allgemeine Interesse an den angebotenen Waren und Dienstleistungen regelmäßig gerade nicht ausreicht, um eine mutmaßliche Einwilligung für Telefonwerbung annehmen zu können (Baumbach/Hefermehl a.a.O. § 7 Rz. 62 m.w.N.). 37

Um einen solchen Anruf, der nur die bestehende Speicherung betraf, ging es hier aber nicht. Das hatte die Beklagte zwar erstinstanzlich ursprünglich so vorgetragen. Dieser Vortrag eines bloßen Datenabgleichs ist aber nicht aufrechterhalten worden. Schon das OLG Karlsruhe hat in seinem Urteil vom 13. August 2003 (6 W 55/03, Bl. 5 ff d.A.), das in dem vorangehenden einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen den Parteien ergangen ist, festgestellt, daß es bei dem Anruf um einen kostenpflichtigen Eintrag in der Suchmaschine der Beklagten ging, während der bestehende Eintrag kostenlos war. Demzufolge ist auch im angefochtenen Urteil als unstreitig dargestellt worden, daß mit dem Anruf das Angebot bezweckt war, die Daten inhaltlich umzugestalten. In den Entscheidungsgründen hat das Landgericht es auch ausdrücklich als unstreitig bezeichnet, daß die beworbenen Veränderungen der Eintragungen von der Beklagten nicht kostenfrei vorgenommen, sondern vergütet werden sollten. Insoweit ist auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nach entsprechender Erörterung von der Beklagten nicht mehr in Abrede gestellt worden, daß mit dem Telefonanruf die Umwandlung der kostenlosen Speicherung in eine kostenpflichtige Eintragung angestrebt wurde. 38

- Für einen solchen Anruf fehlte es für die Beklagte hier an Anhaltspunkten, die auf eine mutmaßliche Einwilligung der Fa. H GmbH schließen ließen. Die Speicherung der Fa. H GmbH in der Suchmaschine der Beklagten ließ diesen Schluß nicht zu. Daraus konnte die Beklagte nicht folgern, daß die Fa. H GmbH nun mit jedweden Anrufen einverstanden war, die nur irgendwie mit der bestehenden Speicherung zusammenhingen. Zu Ende gedacht, würde dann letztlich die bestehende Speicherung zur Eingangspforte für jedwede Telefonwerbung der Beklagten, wenn nur die Phantasie ausreicht, um Speicherung und Telefonanruf in einen mehr oder weniger sinnvollen Zusammenhang zu bringen. Der Schutz vor belästigenden Anrufen, den § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG bezweckt, würde in dem Bereich der Verzeichnisse und Katalogisierungen, der heute zunehmend Bedeutung gewinnt, weitgehend leerlaufen. 39
- Der beanstandete Anruf bezweckte eben nicht die bloße Absicherung oder Verfestigung der bestehenden Speicherung. Vielmehr sollte der Sprung aus der namenlosen Zahl der Suchmaschinenbetreiber in die privilegierte Klasse der bezahlten Dienstleister geschafft werden. Die bestehende kostenlose Speicherung der Fa. H GmbH nutzte der Beklagten nur insoweit, als für sie die Anzahl der registrierten Firmen ihrerseits Werbung für ihre Suchmaschine war. Umgekehrt brachte die Speicherung für die Fa. H GmbH keine weiteren Pflichten mit sich, sondern nur den potentiellen Vorteil, auch über die Suchmaschine der Beklagten erreichbar zu sein, ohne daß der Wert dieses Vorteils für die Fa. H GmbH konkret abschätzbar war. 40
- Diese Ausgestaltung der Geschäftsbeziehung zwischen der Fa. H GmbH und der Beklagten lag damit am unteren Rand der Intensität. Mit der Speicherung war die Notwendigkeit weiteren geschäftlichen Kontaktes abgesehen von Kontrollmaßnahmen hinsichtlich der Speicherung abgeschlossen. 41
- Demgegenüber erstrebte die Beklagte mit dem beanstandeten Telefonat gewissermaßen einen qualitativen Sprung in der Geschäftsbeziehung zur Fa. H GmbH, indem sie nunmehr zum entgeltberechtigten Dienstleister aufsteigen wollte. Dafür gab die bestehende kostenlose Speicherung keine Grundlage. 42
- Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 5. Februar 2004 (WRP 2004, 603 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag). Diese Entscheidung läßt sich nicht verallgemeinern (Fezer, UWG § 7 Rz. 70 a.E.; Harte/ Henning UWG § 7 Rz. 145; a.A. wohl Baumbach/Hefermehl a.a.O. § 7 Rz. 63; vgl. auch die Vorentscheidung zum Urteil des Bundesgerichtshofes: OLG Köln GRURR 2002, 237). Dort hat der Bundesgerichtshof nur entschieden, daß bei dem Anruf eines Telefonbuchverlages, mit dem die Daten des kostenlosen Grundeintrages für einen Neudruck überprüft werden sollen, es hinnehmbar sei, wenn dabei zugleich für eine entgeltpflichtige Erweiterung des Eintrages geworben werde. Dabei hat der Bundesgerichtshof das angenommene geringe Maß an Belästigung gerade daraus hergeleitet, daß angesichts der nur jährlichen Herausgabe des Telefonverzeichnisses dem werbenden Telefonanruf zeitliche Grenzen gesetzt seien und angesichts der besonderen Stellung des Herausgebers des Teilnehmerverzeichnisses auch eine Nachahmung durch Dritte nicht zu befürchten sei. Gerade diese Umstände, die das werbende Telefonat in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes noch als hinnehmbar erscheinen ließen, liegen hier nicht vor. Denn unstreitig war die Fa. H GmbH auf die gleiche Weise wie bei der Beklagten noch bei weiteren 450 Suchmaschinen gespeichert, die dann konsequenterweise ebenfalls per Telefonanruf die kostenlose Speicherung in einen entgeltpflichtigen Eintrag umwandeln zu versuchen durften, ohne daß diesen Telefonaten zeitliche Grenzen gesetzt wären. 43

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Änderung des Verbotsbegehrens zieht für den Kläger keine Kostennachteile nach sich, da es ihm von Anfang an nur um das Verbot solcher Telefonate gegangen ist, mit denen die Umwandlung kostenloser Eintragungen in kostenpflichtige erweiternde Eintragungen erreicht werden sollten.	44
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO.	45
Der Senat hat die Revision nach § 553 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen.	46
