
Datum: 22.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 102/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1122.4U102.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 11 O 29/06

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. Mai 2007 verkündete Schlussurteil der II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass unter Aufrechterhaltung der Ordnungs-mittellandrohung der Verbotstenor unter 1 a bis c wie folgt neu gefasst wird:

Die Beklagten werden verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken

a)

gegenüber Gewerbetreibenden Werbung mit Telefonanrufen zu betreiben, wenn nicht der Angerufene in diese Art der Werbung einwilligt oder im Einzelfall aufgrund konkreter Umstände, die über den bloß abstrakten Bedarf des Angerufenen an den von der Beklagten angebotenen Waren oder Dienstleistungen hinausgehen, die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Angerufene ein sachliches Interesse an dieser Art von Werbung hat,

b)

gegenüber Gewerbetreibenden per E-mail Werbung zu betreiben, wenn nicht der Kontaktierte zuvor diese Werbung von den Beklagten verlangt hat oder

- die Beklagten im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postanschrift erhalten haben,
- die Beklagten die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwenden,
- der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen;

c)

in Bezug auf die von ihr angebotenen Leistungsbereiche Hochglanzpolitur, Laserschweißen und Oberflächenschutz zu behaupten, bei Service und Qualität werde das gleiche Niveau geboten wie bei der Klägerin.

Die Beklagten tragen die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 260.000,- € abzuwenden, falls nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, soweit dies noch Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, die Unterlassung belästigender Werbeanrufe und e-Mails gegenüber gemeinsamen Kunden sowie von vergleichenden und nach ihrer Behauptung falschen Aussagen über Service und Qualität des Leistungsangebots der Beklagten und über vermeintlich günstigere Preise, ferner Auskünfte über die Verletzungshandlungen, Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung sowie die Zahlung von Abmahnkosten von 3.560,40 €.

Hinsichtlich des Sachverhalts und der erstinstanzlichen Anträge wird gemäß § 540 II ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 3 bis 8) Bezug genommen. Soweit die Klägerin erstinstanzlich auch die Feststellung begehrt hat, dass der Beklagten zu 1) keine

1

2

3

4

Gegenforderung von 5.130,- € zusteht, ist insoweit bereits ein zusprechendes Teil-Anerkenntnis-Urteil ergangen.

Das Landgericht hat der Klage – nach Beweiserhebung über die behaupteten Verletzungshandlungen durch uneidliche Vernehmung des Zeugen X3 und eidliche Vernehmung der Zeugen X und G – mit dem angefochtenen Schlussurteil unter Abweisung im Übrigen im Wesentlichen wie folgt stattgegeben:

Die Beklagten werden verurteilt,

1. es unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,- € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken

a) gegenüber tatsächlichen oder potentiellen Nachfragern von Waren oder Dienstleistungen der Beklagten Werbung mit Telefonanrufen zu betreiben, wenn nicht der Angerufene in diese Art der Werbung einwilligt oder im Einzelfall aufgrund konkreter Umstände, die über den bloß abstrakten Bedarf des Angerufenen an den von der Beklagten angebotenen Waren oder Dienstleistungen hinausgehen, die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Angerufene in den Anruf zumindest mutmaßlich einwilligt,

b) gegenüber tatsächlichen oder potentiellen Nachfragern von Waren oder Dienstleistungen der Beklagten per E-mail Werbung zu betreiben, wenn nicht der Kontaktierte zuvor diese Werbung von den Beklagten verlangt hat oder

- die Beklagten im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postanschrift erhalten haben,

- die Beklagten die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwenden,

- der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen;

c) in Bezug auf die von ihr angebotenen Leistungsbereiche Hochglanzpolitur, Laserschweißen und Oberflächenschutz zu behaupten, bei Service und Qualität werde mindestens das gleiche Niveau geboten wie bei der Klägerin.

d) in Bezug auf die von ihr angebotenen Leistungsbereiche Hochglanzpolitur, Laserschweißen und Oberflächenschutz zu behaupten, diese Preise seien auf jeden Fall günstiger als bei der Klägerin;

2. Auskunft zu erteilen über den Umfang der unter Ziff. 1) beschriebenen Verletzungshandlungen.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser aus den unter Ziff. 1) angeführten Verletzungshandlungen entstanden sind und noch entstehen werden;

4. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin 3.560,40 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 06.06.2006 zu zahlen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagten durch die unaufgeforderte Kontaktaufnahme des Beklagten zu 2) zu den ihm aus seiner Tätigkeit bei der Klägerin bekannten Kunden wie in den Fällen G, X und X3 eine unlautere Telefon- und e-Mail-Werbung im Sinne von §§ 3, 7 II Ziff. 2 UWG begangen hätten.

Unstreitig hätte eine vorherige ausdrückliche Einwilligung der angerufenen gewerblichen Adressaten nicht vorgelegen. Die hierfür darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten hätten konkrete Umstände, aus denen sie auf ein mutmaßliches Einverständnis der angerufenen Unternehmen hätten schließen können, nicht dargelegt. Ein aus dem Interessenbereich der Angerufenen herzuleitender Grund, der diese Art der Werbung gerechtfertigt habe, sei nicht ersichtlich. Nicht ausreichend sei, dass die betreffenden Mitarbeiter der angerufenen Unternehmen dem Beklagten zu 2) aus seiner Tätigkeit bei der Klägerin persönlich bekannt gewesen seien. Die Geschäftsbeziehung der gewerblichen Adressaten habe gerade nicht zu der erst gerade gegründeten Beklagten zu 1), sondern zur Klägerin bestanden. Die werbenden Anrufe hätten allein im Interesse der Beklagten zu 1) gelegen, die – mit pauschal vergleichenden Angaben – Aufträge für ihre gerade begonnene konkurrierende Tätigkeit habe gewinnen wollen. Die Beklagte könne sich dabei auch nicht pauschal auf eine keineswegs nicht branchenübliche Vorgehensweise und eine entsprechende Telefonwerbung durch die Klägerin selbst berufen.

Die Mails an die Zeugen X und G vom 03.02.2006 verstießen gegen §§ 3, 7 II Ziff. 3 UWG. Bezüglich des Zeugen X hätten die Beklagten eingeräumt, dass dieser ein vorheriges Einverständnis nicht erklärt habe. Dies ergebe sich auch bereits aus seiner Rückmail vom 06.02.2006. Der Zeuge G habe glaubhaft und nachvollziehbar unter Eid angegeben, dass er in dem der Mail vorhergegangenen Telefonat kein Interesse an weiteren Informationen bekundet habe. Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen G und an der Richtigkeit seiner Angaben seien nicht begründet. Es sei naheliegend, dass der Zeuge G sich auf den überraschenden Anruf des Beklagten zu 2) hin erst bei der Klägerin als Vertragspartnerin über den Hintergrund des Anrufs erkundigt habe. Die Abweichungen in den Angaben des Zeugen X beruhten ersichtlich auf einer unterschiedlichen Bewertung der eigenen Entscheidungskompetenz im Unternehmen und einer unterschiedlichen Reaktion der Zeugen auf den überraschenden Anruf bzw. die überraschende Mail des Beklagten zu 2).

Das Gericht halte es sodann für bewiesen, dass der Beklagte zu 2) sich so wie von der Klägerin behauptet gegenüber den Zeugen X3 und X geäußert habe. Der Zeuge X3 habe die Äußerung des Beklagten zu 2) bestätigt. Seine Angaben seien bereits Inhalt seiner Mail, die er nach telefonischer Rücksprache bei der Klägerin an deren Geschäftsführer geschrieben habe. Eine vernünftige Erklärung dafür, dass der Zeuge X3 diese Äußerung erfunden habe, sei nicht vorhanden. Vielmehr liege es bei der gegebenen Konstellation durchaus nahe, dass sich der Beklagte zu 2) bei telefonischen Erstkontakten bei potentiellen Kunden, die ihm als Vertragspartner der Klägerin bekannt gewesen seien, über die Qualität der eigenen Produkte pauschal vergleichend unter Hinweis auf die Person der gewechselten Mitarbeiter

entsprechend geäußert habe. Ebenso habe der Zeuge X die behauptete pauschal preisvergleichende Äußerung ohne überschießende Belastungstendenz bestätigt. Die bestehende geschäftliche Verbindung des Zeugen zu der Klägerin reiche nicht aus, Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen und der Richtigkeit seiner Angaben zu begründen. Die inkriminierten Äußerungen stellten eine unzulässige unlautere vergleichende Werbung nach § 6 II UWG dar. Der Beklagte zu 2) habe sich lediglich pauschal auf mindestens gleiche Qualität bzw. günstigere Preise bezogen, ohne im Einzelnen identische, nachprüfbare Leistungen aufzuzeigen. Das sei unzulässig.

Die Beklagten greifen das Urteil mit der von ihnen eingelegten Berufung an. Sie machen geltend, dass die Einbeziehung "tatsächlicher Nachfrager" in den Verbotsausspruch entweder zu unbestimmt oder aber, weil diese ihre Leistungen bereits nachgefragt hätten, unbegründet sei. Gerade für bestehende geschäftliche Beziehungen bzw. solche, deren Anbahnung bereits deutlich fortgeschritten sei, sei die Zulässigkeit telefonischer Werbung zu bejahen. Maßgebend für die Zulässigkeit einer telefonischen Werbung aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung sei, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt sei, dass der Anzurufende den Anruf erwarte oder ihm jedenfalls positiv gegenüber stehe. Hierbei sei vor allem auf die Umstände vor dem Anruf sowie die Art und den Umfang der fraglichen Werbung abzustellen. Dies habe das Landgericht, das trotz unter Beweis gestellter gegenteiliger Ausführungen der Beklagten die Marktüblichkeit des inkriminierten Verhaltens verneint habe, rechtsfehlerhaft außer Acht gelassen. Von einem mutmaßlichen Interesse der Angerufenen an telefonischer Kontaktaufnahme sei bereits auszugehen, wenn ein solches Verhalten branchenüblich sei und es insofern den üblichen Gepflogenheiten im betreffenden Markt entspreche, dass Neukunden mittels Telefonanrufen akquiriert würden. Obwohl das Landgericht die Frage der Branchenüblichkeit – zutreffend - für entscheidungserheblich gehalten habe, sei es gleichwohl dieser Frage und ihrem diesbezüglichen Beweisantritt nicht nachgegangen. Zum Nachweis der Branchenüblichkeit werde weiterer Zeugen- und Sachverständigenbeweis angeboten. Das Landgericht hätte zur Grundlage seiner Entscheidung die konkrete Situation machen müssen, in der sich die Beklagten und die angesprochenen Marktteilnehmer im unmittelbaren Vorfeld der Telefonanrufe befunden hätten. Dies habe es nicht getan. Bei den angerufenen Unternehmen sei der Wechsel der Mitarbeiter nicht bekannt gewesen. Diesen bekannt zu machen, sei gerade Hauptzweck der inkriminierten Anrufe gewesen. Die zu übermittelnde Information, dass nämlich gerade diejenigen Personen, die bislang auf Seiten des bisherigen Geschäftspartners der Angerufenen die Qualität der Auftragsbearbeitung sicherstellten, nunmehr bei der Beklagten zu 1) tätig seien, gehe in ihrem Informationsgehalt deutlich über eine bloße allgemeine Information hinaus und berechtige zu der Annahme, die Angerufenen seien mit der gewählten Form der Mitteilung und der Mitteilung selber einverstanden. Für Unternehmen, die Oberflächenbearbeitung, Polierarbeiten etc. in Auftrag gäben, sei es von entscheidender Bedeutung zu erfahren, dass die Leistungsträger der Klägerin sich zwischenzeitlich anderweitig orientiert hätten und nunmehr für die Beklagte zu 1) tätig seien. Hiervon hätten die Beklagten ohne weiteres ausgehen können. Für die Angerufenen habe ein erhebliches Interesse an der Information über die diesbezüglichen Marktbewegungen und –entwicklungen bestanden. Die ihnen übermittelte Information hätte es ihnen gestattet, ihre zukünftigen Dispositionen auf der Grundlage der geänderten Tatsachen vorzunehmen, beispielsweise bestehende Rahmenverträge mit der Klägerin innerhalb der zulässigen Grenzen zu kündigen, nicht zu verlängern oder eben auch zu verlängern. Im Sinne des Wettbewerbs sei es gerade gewollt, dass potentielle Kunden über neue Angebote und neu am Markt auftretende Unternehmen informiert würden. Die Beklagten hätten sich in ihren Telefonanrufen darauf beschränkt, die reine Information über die Neugründung des Unternehmens und über die für dieses tätigen Personen weiterzugeben. Einzelheiten seien stets erst auf entsprechende

Nachfrage der Angerufenen mitgeteilt worden.

Soweit das Urteil des Landgerichts sie zur Unterlassung von e-mail-Werbung verpflichte, 27
beruhe dies auf einer unzutreffenden Beweiswürdigung. Es überdehne dabei die Grenzen
des Verbotstatbestandes, wenn es bei der mittels e-Mail erfolgenden Kontaktaufnahme zu
einer juristischen Person die Zulässigkeit dieser Kontaktaufnahme jeweils von den in der
Person des tatsächlich Kontaktierten vorliegenden Umständen abhängig mache. Die
Aussage des Zeugen G, der unter Eid angegeben habe, er sei weder von dem Beklagten zu
2) im Rahmen des Telefonats gefragt worden, ob er noch Unterlagen haben wolle, noch habe
er in diesem Telefonat Interesse an weiterem Informationsmaterial gezeigt, sei nicht
glaubhaft. Die diesbezügliche Beweiswürdigung sei nicht nachvollziehbar. Sie setze sich
ohne weiteres über die erheblichen Differenzen beider Aussagen im Hinblick auf Sachfragen
hinweg und bewerte weder die offensichtliche Detailarmut der Aussage des Zeugen G noch
die Tatsache, dass beide Zeugen bei einer engen Geschäftspartnerin der Klägerin angestellt
seien. Der Beklagte zu 2) habe nach seinem Telefongespräch mit dem Zeugen G davon
ausgehen dürfen, die Automotive Lighting sei mit der Zusendung von Informationsmaterial
auch per e-Mail einverstanden.

In Bezug auf den Unterlassungsanspruch wegen vergleichender Werbung sei zu bemerken, 28
dass weder der Zeuge X3 noch der Zeuge X bestätigt habe, dass ihnen "mindestens" die
gleiche, tatsächlich also eine bessere Qualität zugesagt worden sei, als sie dies von der
Klägerin gewöhnt seien. Soweit das Landgericht davon ausgehe, vergleichende Werbung sei
nur zulässig, wenn sie – bezogen beispielsweise auf die Qualität – ausdrücklich die
einzelnen, miteinander zu vergleichenden und im vorliegenden Fall gleichwertigen Kriterien
nenne, überdehne es erneut die Grenzen des Verbotstatbestandes. Tatsächlich liege in der
Behauptung gleicher Qualität die Behauptung technischer Gleichwertigkeit der von den
Beklagten angebotenen Dienstleistungen in allen für die relevanten Verkehrskreise
wesentlichen Punkten. Auch der behauptete Preisvergleich bleibe bestritten. Die Aussagen
der Zeugen X und X3 bestätigten den Schluss des Gerichts nicht. So habe der Zeuge X nicht
bestätigt, dass der Beklagte zu 2) pauschal behauptet habe, ihre Dienstleistungen seien
billiger. Tatsächlich habe der Beklagte zu 2) auf die konkrete Frage nach den Konditionen der
Stundenlöhne mitgeteilt, dass man dort jedenfalls günstiger sei als die Klägerin, er aber für
genauere Auskünfte die entsprechenden Listen der Beklagten zu 1) zu Hilfe nehmen müsse.
Die Zeugen X3 und G hätten sich zu den Konditionen der von ihnen angebotenen Leistungen
nicht geäußert.

Jedenfalls sei die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG nicht überschritten. 29

Die Beklagten beantragen, 30

das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. 31

Die Klägerin beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen, den Antrag zu 1) jedoch mit der Maßgabe, dass es im Tenor 33
unter 1 a) und 1 b) eingangs statt "gegenüber tatsächlichen oder potentiellen "Nachfragern"
heißt: "gegenüber Gewerbetreibenden", dass es im Tenor unter 1 a) am Ende statt "dass der
Angerufene in den Anruf zumindest mutmaßlich einwilligt" heißt: "dass der Angerufene ein
sachliches Interesse an dieser Art der Werbung hat"

und dass im Tenor unter 1 c) das Wort "mindestens" entfällt. 34

35

Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen:

Die von den Beklagten durchgeführte Telefonwerbung sei verbotswidrig. Es habe lediglich ein allgemeiner Sachbezug vorgelegen, der für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nicht ausreiche. Aus einer Branchenüblichkeit könne eine mutmaßliche Einwilligung nicht hergeleitet werden. Verlangt sei konkret eine tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung des Angerufenen. Selbst wenn es eine Branchenübung gebe, folge hieraus nicht automatisch, dass jeder Angerufene der Telefonwerbung tatsächlich oder mutmaßlich zustimme. Eine entsprechende Branchenübung werde bestritten und lasse sich auch nicht daraus herleiten, dass zwei Unternehmen, nämlich die Klägerin und die Beklagte zu 1, sich so verhielten. Telefonakquise ohne vorherige ausdrückliche Zustimmung des Angerufenen sei in der Branche der Oberflächenveredelung keineswegs üblich. Gleichfalls sei es unzutreffend, dass eine mutmaßliche Einwilligung der angerufenen Personen sich aus der besonderen Situation zum Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 1) ergebe. Der Vortrag der Berufung verdeutliche überdies, dass die Beklagten ausschließlich Kunden der Klägerin angerufen hätten, ferner, dass die Beklagten im Rahmen der Telefonwerbung die Behauptung aufgestellt hätten, dass alle ihre Leistungsträger zu ihnen abgewandert seien. Im Klartext heiße das, dass bei der Klägerin jetzt niemand mehr vorhanden sei, der diese Dienstleistungen in der Vergangenheit erbracht habe und heute noch erbringen könne. Die Telefonakquise der Beklagten verstoße insofern nicht nur gegen § 7 UWG, sondern beinhalte darüber hinaus eine wettbewerbswidrige Rufausbeutung und Verunglimpfung der Klägerin. Es habe kein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund bestanden, um eine mutmaßliche Einwilligung zu begründen. An der Mitteilung, dass Leistungsträger bei ihr ausgeschieden und zu der Beklagten zu 1) gewechselt seien, habe offensichtlich nur die Beklagte zu 1) ein Interesse gehabt, wenn sie dabei ihren guten Ruf habe ausnutzen wollen. Die Mitteilung, die Leistungsträger der Klägerin, und zwar gerade die in der Vergangenheit zentral für ihre Dienstleistungen verantwortlichen Personen seien zur Beklagten zu 1) gewechselt, sei schlicht falsch. Da niemand ein Interesse an einer falschen Information habe, lasse sich damit eine mutmaßliche Einwilligung ersichtlich nicht begründen. Ihre Leistungsfähigkeit sei durch das Ausscheiden einiger Führungskräfte unterhalb der Ebene der Geschäftsführung und durch die Gründung der Beklagten zu 1) in keiner Weise beeinträchtigt worden. Allein der Markteintritt der Beklagten zu 1) rechtfertige die Telefonakquise nicht. 36

Auch die von den Beklagten per E-Mail durchgeführte Werbung sei wettbewerbswidrig, da der Zeuge diese nicht verlangt und damit die erforderliche Einwilligung nicht erteilt habe. Die abweichende Behauptung der Beklagten sei durch die eidliche Vernehmung des Zeugen eindrucksvoll widerlegt worden. Die von der Berufung geäußerten Zweifel an dessen Glaubwürdigkeit oder an der Glaubhaftigkeit der Aussage überzeugten nicht. Die Berufung verkenne, dass der Werbende die Beweislast für das Vorliegen einer von ihm behaupteten Einwilligung trage. Selbst wenn die Aussage des Zeugen erschüttert würde, erbrächte dies noch nicht den Nachweis der Erteilung der Einwilligung des Zeugen G. 37

Durch die Zeugen X und X3 sei erwiesen, dass die Beklagten behauptet hätten, bei Service und Qualität das gleiche Niveau wie die Klägerin zu bieten. Diese pauschale Werbeaussage sei als vergleichende Werbung nicht zulässig. Soweit gerügt werde, dass die Beklagten "mindestens" die gleiche, tatsächlich also eine bessere Qualität zugesagt hätten, sei dieses Wort im Tenor zu streichen. 38

Zutreffend habe das Landgericht auch die Wettbewerbswidrigkeit des Preisvergleichs erkannt. Auch der Umstand, dass der Zeuge X nur von "Konditionen der Stundenlöhne" 39

gesprochen habe, rechtfertige, da die Stundenlöhne das maßgebliche Kriterium für den angebotenen Preis seien, keine andere Beurteilung. Eine Nachprüfbarkeit sei insoweit nicht gegeben. Die betreffende Werbeaussage sei spätestens deshalb wettbewerbswidrig, weil sie unter Verwendung des dem Beklagten zu 2) unberechtigterweise vorliegenden Rahmenvertrages erfolgt sei. Auf eine Unterschreitung der Erheblichkeitsschwelle könne sich die Berufung ersichtlich nicht berufen.	
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	40
B.	41
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.	42
Die Klägerin kann von ihnen wie tenoriert die geltend gemachten Unterlassungen, Auskunftserteilung, Schadensersatz (Feststellung) und die Zahlung von 3.560,40 € verlangen.	43
I.	44
Der zu Ziff. 1) neu gefasste Verbotsantrag ist nunmehr im Sinne des § 253 II Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Insbesondere ist bestimmt einerseits der Begriff des Gewerbetreibenden (anstelle der zunächst angesprochenen "tatsächlichen oder potentiellen Nachfrager") und andererseits die Anknüpfung an das sachliche Interesse des Angerufenen an dieser Art der Werbung (ersetzend eine erst noch zu klärende "mutmaßliche Einwilligung"; vgl. dazu BGH GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für Individualverträge Tz. 17). Eine weitere Konkretisierung des sachlichen Interesses erscheint im Hinblick auf den in diesem Zusammenhang gebotenen Rechtsschutz nicht erforderlich. Bei dieser Neufassung handelt es sich – der Klageangriff hat sich hierdurch nicht geändert - um eine bloße Klarstellung, ohne dass damit eine Änderung des Streitgegenstandes verbunden ist. Diese wirkt sich insofern auch auf die Kostenentscheidung nicht aus.	45
Hinsichtlich der Streichung des Begriffs "mindestens" in Ziff. 1 c) des Ausspruchs handelt es sich demgegenüber nicht mehr nur um eine bloße Klarstellung, sondern um eine entsprechende Teilklagerücknahme der Klägerin, da von ihr eine Äußerung des Beklagten zu 2) über ein mindestens gleiches Niveau bei Service und Qualität der Beklagten zu 1) behauptet war. Dies wurde indes durch die Zeugen so nicht bestätigt, sondern lediglich die Behauptung eines gleichen Niveaus. Dies schlägt im Hinblick auf § 92 II ZPO indes auf die Kosten (s.u. VIII) ebenfalls nicht durch.	46
II.	47
Die Klägerin hat gegen die Beklagten nach §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 7 Nr. 2 Alt. 2 UWG Anspruch auf Unterlassung der bezeichneten Telefonwerbung (Ziff. 1 a).	48
Daran, dass die Parteien als spezialisierte Unternehmen in den Bereichen Polieren, Oberflächenschutz, Oberflächenstrukturieren und Laserschweißen Mitbewerber i.S.d. § 2 Nr. 3 UWG sind, und dass die Beklagten hier wettbewerbslich gehandelt haben, nämlich um ihr neu gegründetes Unternehmen zu fördern, bestehen keine Zweifel.	49
Nach § 7 Nr. 2 UWG liegt eine unlautere Belästigung gegenüber Gewerbetreibenden vor bei einer Werbung ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung. Eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Angerufenen hat hier nicht vorgelegen, so dass es zur	50

Rechtfertigung streitentscheidend auf das Vorliegen einer jedenfalls mutmaßlichen Einwilligung ankommt.

1.

51

Eine solche mutmaßliche Einwilligung, wie sie von den Beklagten aus dem Grunde hergeleitet wird, dass man bei dem angerufenen Unternehmen den Wechsel der Mitarbeiter, nämlich der "Leistungsträger der Klägerin", habe bekannt machen wollen, ist zu verneinen. Denn es wurde keineswegs im sachlichen Interesse des angerufenen Unternehmens gehandelt, zu dem die neu gegründete Unternehmung der Beklagten bis dato keine Geschäftsbeziehungen hatte. Vielmehr wurden mit dieser Bekanntmachung lediglich im primär eigenen Interesse der Beklagten der eigene Marktzutritt und das eigene Leistungsvermögen dargestellt. Weder haben die Beklagten lediglich konkret Waren oder Dienstleistungen des angerufenen Unternehmens gerade auch in einem erkennbaren sachlichen Interesse des Angerufenen nachgefragt, noch ging dieser Anruf über einen bloß allgemeinen Sachbezug zu dem Geschäftsgegenstand des Angerufenen hinaus. Diese Umstände des Einzelfalls reichen aber zur Bejahung einer mutmaßlichen Einwilligung in dem hier maßgeblichen Sinne nicht aus. Anderenfalls wäre Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden mit seinen belästigenden und deshalb nicht generell hinnehmbaren Folgen nahezu unbeschränkt zulässig (BGH GRUR 2001, 1181 - Telefonwerbung für Blindenwaren; GRUR 2004, 520, 521 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag; GRUR 2007, 607 - Telefonwerbung für Individualverträge; s.a. BT-Drucks. 15/1487 S. 21). Ohne Zweifel ist es bei einer sonstigen Neugründung, bei der die Mitarbeiter zum vorherigen Geschäftspartner (hier zur Klägerin) keinen Kontakt hatten, unzulässig, sich mangels entsprechender Einwilligung auf telefonischem Wege bei den potentiellen Kunden vorzustellen und das neue Unternehmen so "unangemeldet" bekannt zu machen. Andernfalls wäre Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden mit seinem belästigenden und deshalb allgemein nicht hinnehmbaren Folgen bei jeder Neugründung praktisch unbeschränkt zulässig, was auch nicht hergeleitet werden kann aus dem von den Beklagten angeführten Gesichtspunkt, dass ein Wettbewerb grundsätzlich erwünscht ist. Der Anruf muss im konkreten Interessenbereich des Angerufenen liegen. Das war hier nicht der Fall. Nichts anderes gilt aus dem Grunde, dass nach Darstellung der Beklagten ihre "Leistungsträger" zuvor bei der Klägerin tätig waren und aus dieser Tätigkeit bereits entsprechende Kundenkontakte bestanden, was entsprechend mitgeteilt werden sollte. Denn diese Kundenkontakte und die bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen waren allein der Klägerin zuzurechnen. Es wird dabei nicht verkannt, dass grundsätzlich auch ein Interesse des Kunden an der Kenntnis neuer Marktbewegungen und Marktentwicklungen besteht oder bestehen kann. Solche Kenntnisse sollen ihm indes nach der Wertung des Gesetzes bei nur allgemein bestehendem Sachbezug im Wege eines ansonsten ausdrücklich uneingewilligten Anrufs nicht aufgedrängt werden, unabhängig davon, ob der Kunde dann im Nachhinein positiv oder ablehnend auf den Anruf reagiert. Die Besonderheiten des Streitfalls rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Beklagten verfügten in ihrer Person und gerade bezogen auf das neue Unternehmen über entsprechende Geschäftsbeziehungen zu den damaligen Kunden der Klägerin noch nicht. Anderes lässt sich etwa auch nicht aus Entscheidungen "Direktansprache am Arbeitsplatz" I und II (BGH GRUR 2004, 696; 2006, 577) herleiten, da es dort im Kern nur um den Schutz des Arbeitgebers gegen Störungen seines betrieblichen Ablaufs ging.

52

Nicht mehr von Belang ist insofern auch der von der Klägerin ins Feld geführte Umstand einer inhaltlichen Falschauskunft dahin, dass deren Leistungsträger gewechselt seien, was in irreführender Weise implizieren könnte, dass die Klägerin die geforderten Leistungen nicht mehr in gleicher Weise würde erbringen können.

53

Eine hiervon abweichende Branchenübung kann – ohne dass es entscheidend auf den Streit der Parteien über das Vorliegen einer solchen Branchenübung ankommt, und abgesehen auch davon, dass nicht mitgeteilt ist, warum gerade in der hier streitgegenständlichen Branche eine solche Besonderheit gelten soll – die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung aus Rechtsgründen nicht rechtfertigen. Der Senat folgt der Auffassung, dass eine bloße Branchenübung, d.h. eine übliche Gepflogenheit im entsprechenden Markt, Neukunden mittels Telefonanrufen zu akquirieren, nach neuem Recht keine eigene Bedeutung entfalten und keine Rechtfertigung hierfür darstellen kann. Nur ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund ist geeignet, eine mutmaßliche Einwilligung zu begründen. 55

Dabei wird nicht verkannt, dass dieser Gesichtspunkt im Schrifttum überaus kontrovers beurteilt wird. Köhler (a.a.O., § 7 Rn. 63) und Ohly (a.a.O., § 7 Rn. 55) etwa halten ohne nähere Begründung unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 25.01.2001 – Telefonwerbung für Blindenwaren (GRUR 2001, 1181) eine entsprechende Branchenübung für beachtlich. Mankowski demgegenüber (in Fezer, UWG, 2005, § 7 Rn. 67) misst dieser keine eigene rechtfertigende Bedeutung zu. Soweit der BGH in der oben genannten Entscheidung zu § 1 UWG a. F. die unaufgeforderte telefonische Werbung von in staatlich anerkannten Blindenwerkstätten hergestellten Waren gegenüber Gewerbetreibenden, mit dem Ziel, Neukunden zu gewinnen, als zulässig angesehen hat, kann dieser Sonderfall nach Auffassung des Senats nicht verallgemeinernd auf das neue Recht übertragen werden. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit kam es damals auf die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise an, so dass insoweit die Branchenübung mit von Belang war. Das geltende Recht stellt demgegenüber konkret auf die tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen ab. Eine andere Beurteilung würde der Entscheidung des Gesetzgebers, an das konkrete, jedenfalls mutmaßliche Interesse des Einzelnen anzuknüpfen, entgegenlaufen. Hinzu kommt, dass es sich in dem vom BGH entschiedenen Fall um eine ausgesprochene Ausnahmefallgestaltung handelte, die ausnahmsweise auch ein konkretes mutmaßliches Einverständnis rechtfertigte. Regelmäßig gilt danach auch weiterhin, dass ein bloßer allgemeiner Sachbezug zum Geschäftsbetrieb des Angerufenen im allgemeinen für sich allein ein ausreichend großes Interesse noch nicht zu begründen vermag. Es muss daher, um die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich als wettbewerbsgemäß ansehen zu können, grundsätzlich ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund hinzukommen, der diese Art der Werbung rechtfertigt. Davon kann - mit Blick auf das Interesse des Anzurufenden an telefonischer Werbung - regelmäßig nur dann ausgegangen werden, wenn dieser ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vom Anrufer vermutet werden kann. Demgegenüber wurde dort weitergehend die Besonderheit berücksichtigt, dass die angegriffene Werbemaßnahme unter Berücksichtigung des Blindenwarenvertriebsgesetzes dem aner kennenswerten sozialen Zweck des Absatzes von Blindenwaren diene. Diese gesetzliche Regelung verfolgte den Zweck, die gewerberechtliche Seite des Vertriebs von Blindenwaren zu regeln. Aufgrund dessen war im Rahmen der Beurteilung einzubeziehen, dass durch die Erleichterung des Absatzes der von Blinden hergestellten Erzeugnisse mittelbar deren Arbeitsmöglichkeiten und deren allgemeine soziale Situation verbessert werden, und dass das Blindenwarenvertriebsgesetz selbst zur Erreichung dieser Zwecke eine wesentliche Bereichsausnahme vornimmt, indem es einen Vertrieb von Blindenwaren unter Hinweis auf die Beschäftigung von Blinden oder die Fürsorge für Blinde gestattet hat. Der Verkehr war aufgrund entsprechender sozialpolitischer Gesichtspunkte bereit, eine Werbung 56

für Blindenwaren eher entgegenzunehmen als eine sonstige Werbung. Eine solche Fallgestaltung liegt im Streitfall gerade nicht vor. Vor allem widerspräche es der gesetzgeberischen Wertung, Branchenübungen zu akzeptieren, die sich dann entwickeln können, wenn sie tatsächlich von den Verkehrskreisen als belästigend angesehen werden. Eine Branchenübung kann unter Außerachtlassung eines individuellen ausdrücklichen oder mutmaßlichen Einverständnisses insofern nach geltendem Recht keinen "Freibrief" für den Werbenden darstellen. Dies stünde im Kontrast und Widerspruch dazu, dass gerade (so zutr. Mankowski a.a.O.) ein möglicher Nachahmungseffekt und eine daraus folgende Überflutung des Opfers durch eine Vielzahl von Anbietern zu den Grundlagen des Verdikts gehören. Die von den Beklagten behauptete Branchenübung, die letztlich auch nur daraus hergeleitet wird, dass einzelne andere Wettbewerber, vor allem die Klägerin selbst, entsprechende Kaltaquise betrieben, rechtfertigt die hier streitgegenständlichen Anrufe im Ergebnis nicht.

III.

57

Die Klägerin kann von den Beklagten gemäß §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 7 Nr. 3 UWG die Unterlassung der unverlangten E-Mail-Werbung (Ziff. 1 b) verlangen. Die von dem Beklagten zu 2) vorgenommenen Kontakte per Mail an die Zeugen X und G vom 03.02.2007 erfolgten ohne die erforderliche Einwilligung dieser Adressaten bzw. des von diesen vertretenen Unternehmens. Insofern kann nicht, wie von den Beklagten behauptet, festgestellt werden, dass der Zeuge G in seinem Telefonat um die Übermittlung weiterer Informationen gebeten und hierin eingewilligt hat. Die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (vgl. BGH GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung; OLG Hamburg, Urt. v. 29.11.2006, Az. 5 U 79/06) sind hierzu beweisfällig beblieben. Denn weder der Zeuge G noch der Zeuge X, der ebenso eine Mail erhielt, hat ein solches Einverständnis mit der Übersendung bestätigt. Deren Aussagen waren insofern für die Beweisfrage nicht positiv ergiebig, so dass es letztlich auch nicht darauf ankommt, ob der Zeuge G, wogegen sich der Angriff der Beklagten richtet, glaubhaft ausgesagt hat. Selbst wenn dieser hypothetisch unzutreffend ausgesagt hätte, könnte hieraus nicht umgekehrt auf eine Bestätigung der beweisbedürftigen Tatsache geschlossen werden. Beweis für den Rechtfertigungsgrund "Einwilligung" haben die Beklagten selbst im Übrigen nicht angeboten. Die objektiven Umstände des Streitfalles rechtfertigen, wobei insoweit auf die zutreffenden Gründe des landgerichtlichen Urteils Bezug (S. 11) genommen wird, eine solche Annahme nicht. Die Beklagten haben den nötigen Beweis hinsichtlich einer Einwilligung nicht erbracht. Eine erneute Einvernahme der Zeugen ist nicht geboten, ebenso wenig mangels hinreichender Wahrscheinlichkeit im Sinne eines "Anbeweises" (vgl. dazu Zöller-Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 448 Rn. 2, 4) eine Vernehmung des Beklagten zu 2) von Amts wegen nach § 448 ZPO.

58

IV.

59

Es besteht ferner ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 6 I, II Nr. 2 UWG, da die Beklagten einen unzulässiger Qualitätsvergleich vorgenommen haben (Ziff. 1 c).

60

Unlauter ist nach § 6 I, II Nr. 2 UWG eine vergleichende Werbung, wenn der Vergleich nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Durch die Zeugen X3 und X ist in diesem Zusammenhang bewiesen, dass die Beklagten pauschal und ohne nähere überprüfbare Merkmale jedenfalls behauptet haben, bei Service und Qualität das gleiche Niveau wie die Klägerin zu bieten. Die diesbezügliche Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden und von daher nach § 529 I ZPO bindend. Es wird dabei unmittelbar ein Werbevergleich zu der Klägerin hergestellt. Die pauschale Aussage der Beklagten über ein gleichwertiges Niveau bei Service und Qualität lässt nicht erkennen, auf

61

welche konkreten Leistungsmerkmale sich dies bezieht und in welcher Hinsicht jedenfalls eine technische oder sonst wie messbare Gleichwertigkeit besteht. Der Vergleich – auch in Bezug auf "alle" technischen Gesichtspunkte, wie die Beklagten es meinen – kann inhaltlich nicht nachvollzogen und überprüft werden. Die von den Beklagten demgegenüber ins Spiel gebrachten Entscheidungen, nämlich BGH GRUR 2003, 444 – Ersetzt, und EuGH GRUR 2002, 354 – Toshiba Europa, betreffen gänzlich andere Sachverhalte, nämlich die Gegenüberstellung von Bestellnummern und eben nicht konkret zu überprüfende Vergleichs- und Qualitätsangaben, und rechtfertigen hier keine andere Beurteilung. Der Vergleich ist in dieser Form unzulässig.

V. 62

Schließlich hat die Klägerin gegen die Beklagten einen Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 6 I, II Nr. 2 UWG wegen eines unzulässigen Preisvergleichs (Ziff. 1 d). 63

Dazu ist aufgrund der Aussage des Zeugen X in nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass der Beklagte zu 2) auf die Frage nach den Konditionen der Stundenlöhne mitgeteilt hat, dass man jedenfalls günstiger als die Klägerin sei, auch wenn dabei mitgeteilt wurde, dass er, um Einzelheiten zu nennen, in die entsprechenden Listen der Beklagten zu 1) schauen müsse. Im Kern verblieb es danach bei der pauschalen Behauptung, dass man auf jeden Fall günstiger sei. Da konkrete Preise nicht genannt wurden, war weder damals noch ist heute eine entsprechende Überprüfbarkeit gegeben. Durch die Regelung des § 6 II Nr. 2 UWG sollen vor allem Vergleiche ausgeschlossen werden, die sich aus Werturteilen ihres Urhebers und nicht aus objektiven Feststellungen ergeben und die deshalb gegen das aus dem Erfordernis der Objektivität des Vergleichs abgeleitete Sachlichkeitsgebot verstoßen (BGH GRUR 2007, 896 – Eigenpreisvergleich). Eine solche in erster Linie wertende Betrachtung ist vorliegend evident, da die Kosten der angebotenen Dienstleistungen maßgeblich von der Höhe der Stundenlöhne abhängen und diese Höhe im Zuge der allgemeinen Behauptung "günstiger" nicht näher konkretisiert wurde. 64

VI. 65

Die Bagatellgrenze des § 3 UWG ist weder hinsichtlich der in Rede stehenden Einzelverstöße noch in der Gesamtheit unterschritten, einerseits deshalb, weil die festgestellten Verstöße durchaus erheblichen Einfluss auf das Marktgeschehen haben, wie die vorliegende Auseinandersetzung zeigt, andererseits aus dem Grunde, dass es sich kumulierende Geschehnisse handelt. 66

VII. 67

Die titulierten Nebenansprüche folgen aus § 242 BGB (Auskunftsanspruch), § 9 UWG (Schadensersatzanspruch) und § 12 I 2 UWG (Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten). Hiergegen ist nichts zu beanstanden, hiergegen richten sich die Berufungsangriffe konkret nicht mehr. 68

VIII. 69

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 92 II, 708 Nr. 10 ZPO. 70
