
Datum: 30.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 54/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0630.4U54.09.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 24 O 127/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 19. Februar 2009 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis 250.000, EUR, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten, verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung mit Telefonanrufen zu werben.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin macht einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend.	2
Beide Parteien betreiben in S Fachgeschäfte für Hörgeräte-Akustik. Der Ehemann der Klägerin war früher Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten.	3
Zwischenzeitlich sind etliche ehemalige Kunden der Beklagten zur Klägerin gewechselt.	4
Die Klägerin behauptet, im Anschluss an den Wechsel habe die Beklagte unaufgefordert telefonischen Kontakt zu Kunden aufgenommen mit der Zielrichtung, den Wechsel rückgängig zu machen. Dadurch, so meint die Klägerin, habe sich die Beklagte wettbewerbswidrig verhalten.	5
In der am 11.09.2008 bei Gericht eingereichten und der Beklagten am 08.10.2008 zugestellten Klageschrift hat die Klägerin vorgetragen, die Zeugin Q sei nach ihrem Wechsel zweimal von einer Mitarbeiterin der Beklagten unaufgefordert angerufen worden.	6
Mit weiterem Schriftsatz vom 26.11.2008, der Beklagten am 04.12.2008 zugestellt, hat die Klägerin desweiteren behauptet, auch der Zeuge L habe unaufgefordert einen Anruf der Beklagten bekommen, in welchem versucht worden sei, den Zeugen als Kunden zurückzugewinnen.	7
Die Klägerin hat beantragt,	8
die Beklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise 9 Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten, zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung mit Telefonanrufen zu werben,	9
sowie die Beklagte zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Kosten in Höhe 651,80 € nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.09.2008 zu zahlen.	10
Die Beklagte beantragt,	11
die Klage abzuweisen.	12
Sie ist der Auffassung, die Klägerin habe die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs schon nicht hinreichend substantiiert dargetan, zumal weder die genauen Zeitpunkte noch weitere Einzelheiten der angeblichen Telefonanrufe dargestellt worden seien.	13
Sie bestreitet, dass durch ihre Mitarbeiter ehemalige Kunden unaufgefordert telefonisch kontaktiert worden seien; es sei nicht auszuschließen, dass die behaupteten Anrufe seitens der Klägerin fingiert worden seien.	14
Darüber hinaus hat sich die Beklagte auf die Einrede der Verjährung berufen.	15
Die Klägerin räumt in diesem Zusammenhang ein, erstmals am 5. November 2007 von dem behaupteten Anruf der Beklagten bei der Zeugin Q erfahren zu haben.	16
Was den weiter behaupteten Anruf der Beklagten beim Zeugen L betrifft, behauptet die Beklagte, dass die Klägerin hiervon am 12. März 2008 unterrichtet worden sei. In diesem Zusammenhang sei das Schreiben der Klägerin vom 16. August 2007 (Bl. 48 d.A.) zu berücksichtigen, in welchem die Klägerin auf einen Wechsel des Zeugen C genommen und	17

um Überweisung der anteiligen Reparaturpauschale gebeten habe. Eine frühzeitige Kenntnis der Klägerin von den behaupteten Anrufen ergebe sich zudem aus dem Schreiben der Klägerin vom 9. Mai 2008 (Bl. 47 d.A.), in welchem diese in Antwort auf ein Abmahnschreiben der Beklagten darauf hingewiesen habe, die Beklagte tätige selbst Anrufe, mit denen sie Kunden umwerbe.

Die Klägerin hat demgegenüber behauptet, ihre Mitarbeiterin, die Zeugin X, sei erst am 29. August 2008 durch den Zeugen L davon unterrichtet worden, er sei seitens der Beklagten angerufen worden. Sie selbst habe davon erst am 1. September 2008 erfahren. Zuvor habe sie aufgrund des Anrufes bei der Zeugin Q lediglich die Vermutung gehabt, dass es sich dabei nicht um einen Einzelfall gehandelt habe. 18

Das Landgericht hat über die behaupteten Telefonanrufe Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugin Q und des Zeugen L. Wegen des Inhaltes der Zeugenaussagen im Einzelnen wird auf die Sitzungsniederschrift vom 15. Januar 2009 (Bl. 59 ff d.A.) verwiesen. 19

Das Landgericht hat durch Urteil vom 19. Februar 2009 die Klage als unbegründet abgewiesen. Es hat die geltend gemachten Ansprüche für verjährt gehalten. Dabei hat es im Falle der Zeugin Q auf positive Kenntnis abgestellt, die die Klägerin am 5. November 2007 erlangt habe. Hinsichtlich des Zeugen L sei der Klägerin infolge grober Fahrlässigkeit der behauptete Anruf, der deutlich vor Ende Mai 2008 stattgefunden habe, zunächst unbekannt geblieben. Die Kenntnis der Klägerin vom Anruf der Beklagten bei der Zeugin Q hätte der Klägerin aber Veranlassung geben müssen, auch ihre übrigen Kunden nach solchen Anrufen zu befragen. 20

Wegen des Inhaltes des Urteiles im Einzelnen wird auf Blatt 82 ff der Akten verwiesen. 21

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. 22

Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages rügt die Klägerin, dass das angefochtene Urteil eine Überraschungsentscheidung sei. Denn es befasse sich mit der grob fahrlässigen Unkenntnis. Dazu habe die Beklagte aber erstmals in einem ihr nachgelassenen Schriftsatz vorgetragen. Dieser Vortrag hätte aber ohne erneute mündliche Verhandlung nicht berücksichtigt werden dürfen. Denn er stelle einen vollständig neuen Vortrag dar. 23

Zudem habe ihr das Landgericht zu Unrecht grob fahrlässiges Verhalten vorgeworfen. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, bei über 100 Kunden, die von der Beklagten zu ihr gewechselt seien, Nachforschungen zu erheben. Außerdem habe das Landgericht nicht bedacht, in welcher Form die Kundenbefragung hätte bewerkstelligt werden können, ohne dass die Klägerin nun wiederum gegen Normen des UWG verstieß. Unabhängig davon sei ihr die Kundenbefragung nicht zumutbar gewesen. Eine Befragung hätte nämlich mit sich gebracht, dass die Kunden über die wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen der Parteien hätten informiert werden müssen. Derartige Auseinandersetzungen gingen aber die Kunden nichts an. Auch eine zur Kenntnis gelangte Verletzungshandlung könne nicht dazu führen, dass eine Nachforschungspflicht im Hinblick auf sonstige eigenständige Verletzungshandlungen postuliert würde, deren Nichterfüllung den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nach sich ziehe und zum Verjährungsbeginn führe. Tatsächlich habe sie erst am 1. September 2008 Kenntnis von dem Anruf der Beklagten bei dem Zeugen L erlangt. 24

Die Klägerin beantragt, 25

1.	27
die Beklagte unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise 28 Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung mit Telefonanrufen zu werben;	
2.	29
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Kosten in Höhe von 651,80 € zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten p.a. über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12.09.2008 zu zahlen.	30
Die Beklagte beantragt,	31
die Berufung zurückzuweisen.	32
Die Beklagte verteidigt unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages das angefochtene Urteil, das ihrer Ansicht nach auch keine Überraschungsentscheidung darstellt. Schon aus prozessualen Gründen sei der von ihr auch bestrittene Vortrag der Klägerin zur Anzahl der gewechselten Kunden nicht mehr zuzulassen.	33
Zur Verjährung behauptet die Beklagte, die Klägerin habe von dem Anruf bei dem Zeugen L bereits am 12. März 2008 erfahren. Zumindest habe sie deutlich vor Ende Mai 2008 diese Kenntnis erlangt und von der Wettbewerbswidrigkeit solcher Anrufe gewusst. Der Klägerin seien zumindest stichprobenartig Anrufe bei gewechselten Kunden zumutbar gewesen.	34
Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	35
<u>Entscheidungsgründe:</u>	36
Die Berufung der Klägerin ist hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs begründet, hinsichtlich der Abmahnkosten dagegen unbegründet.	37
Der Unterlassungsantrag ist noch hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO, auch wenn er sich am Gesetzeswortlaut orientiert. Denn es geht hier um den klassischen Fall des Kaltanrufes, wie er auch dem Gesetzeswortlaut zugrunde liegt. Fragen der Einwilligung des Angerufenen, die regelmäßig eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform erfordern, spielen vorliegend keine Rolle.	38
Der Unterlassungsantrag ist auch begründet. Anspruchsgrundlage sind §§ 8 Abs. III Nr. 1, 3; 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG alter wie neuer Fassung. Danach stellt es eine unzumutbare Belästigung dar, Verbraucher ohne deren Einwilligung anzurufen, um ihnen gegenüber Werbung zu treiben. Der unterschiedliche Wortlaut des Abs. 2 im UWG alter bzw. neuer Fassung spielt vorliegend keine Rolle. Bagatellfragen stellen sich ebenfalls nicht. Denn die Beklagte hat entweder bei dem Zeugen L angerufen oder nicht. Modalitäten des Telefonates spielen keine Rolle.	39
Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen und folglich keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Beklagte wie behauptet bei dem Zeugen angerufen hat	40

oder nicht. Die Beklagte hat auch in der Berufungsinstanz ihr Bestreiten aufrechterhalten.

Zu Recht hat das Landgericht einen möglichen Anruf gegenüber der Zeugin Q für verjährt gehalten, so dass es für einen Erfolg der Klage nur noch auf den Anruf bei dem Zeugen L ankommt. 41

Nach dem vorliegenden Sach- und Streitstand ist der Senat gem. § 286 ZPO davon überzeugt, dass die Beklagte den vorgeworfenen Kaltanruf gegenüber dem Zeugen L tatsächlich getan hat. 42

Der Senat brauchte dazu den Zeugen L nicht erneut zu vernehmen. Denn seine Aussage vor dem Landgericht ist auf jeden Fall als Urkundsbeweis verwertbar (Ahrens, Der Wettbewerbsprozess Kap. 27 Rz. 18). Nach diesem Vernehmungsprotokoll hat der Zeuge unmissverständlich ausgesagt, dass er von der Beklagten angerufen worden ist. Auch die Beklagte hat gegenüber dieser Zeugenaussage nicht eingewandt, dass sich der Zeuge über die Person des Anrufers geirrt haben könnte. Jedenfalls muss zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass der Zeuge L nach dem Gesamtinhalt des Telefonates den Eindruck haben musste, von der Beklagten angerufen worden zu sein. 43

Diese Zeugenaussage wird auch nicht dadurch entwertet, dass die Klägerin selbst den Vermerk der Zeugin X in der Patientenkarteikarte des Zeugen L vorgelegt hat. Danach soll der Zeuge zwar angegeben haben, dass er nach Ablösung der Reparaturkostenpauschale von auric angerufen worden sei. Dabei handelt es sich aber offensichtlich, was die Person des Anrufers angeht, um ein Versehen der Zeugin bei der Abfassung des Vermerkes. Denn nach diesem Vermerk soll sich Herr L auf das auric-Anschreiben gemeldet haben. Ein solches Anschreiben hat es aber nicht gegeben. Vielmehr stammte dieses Anschreiben, auf das sich die Zeugin bei der Abfassung ihres Vermerkes bezogen hat, ebenfalls von der Beklagten. Die Firma auric hatte ohnehin keine Veranlassung, den Zeugen L anzurufen, um ihn als Kunden zurückzugewinnen. Denn bei dieser Firma handelt es sich lediglich um ein Dienstleistungsunternehmen, das Arbeiten für Hörgeräteakustiker erledigt. Nach dem Gesamtzusammenhang des Vermerkes geht auch aus diesem Vermerk deshalb nur hervor, dass es die Beklagte gewesen sein muss, die den Zeugen L angerufen haben soll. 44

Demgegenüber ist auch der Fingierungseinwand der Beklagten, den sie auch in zweiter Instanz noch aufrechterhalten hat, unerheblich. Der Zeuge L selbst kann zu diesem Fingierungseinwand nichts sagen. Denn auch wenn es sich um einen fingierten Anruf gehandelt hat, sollte bei diesem Zeugen ja gerade der Eindruck erweckt werden, dass die Beklagte der Anrufer ist. Die Beklagte hätte diesen Fingierungseinwand aber näher untermauern müssen, um die Aussage des Zeugen y erschüttern, dass er von der Beklagten angerufen worden ist. Sie hätte sich etwa gegenbeweislich auf ihre Angestellten berufen können, nicht angerufen zu haben. Nach der Aussage des Zeugen L muss es sich um eine weibliche Angestellte gehandelt haben, die ihn angerufen hat. Auch der Zeitraum des Anrufes lässt sich dergestalt eingrenzen, dass er jedenfalls nicht vor dem 16. August 2007 gewesen sein kann, als die Klägerin wegen dieses Zeugen die Pauschale verlangte, vgl. das Schreiben der Klägerin vom 16. August 2007 Bl. 48 d.A. Spätestens muss der Anruf Ende August 2008 gewesen sein, als der Zeuge L der Mitarbeiterin der Klägerin X von diesem Anruf berichtet hat (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 23. Januar 2009 Bl. 64 d.A.). Der Beklagten musste es möglich sein, zu ermitteln, welche ihrer Angestellten in diesem Zeitpunkt als Anrufer allein in Betracht kommen. Entsprechende Anstrengungen hat die Beklagte aber nicht unternommen. Auch sonst hat die Beklagte keine Indizien vortragen können, die ihren Fingierungseinwand stützen könnten. Danach muss die Behauptung, dass der Anruf gegenüber dem Zeugen u dritter Seite fingiert gewesen ist, als unerhebliche Behauptung ins Blaue hinein gewertet 45

werden.

Dieser Wettbewerbsverstoß des Kaltanrufes ist auch noch nicht verjährt. Insoweit läuft eine selbständige Verjährungsfrist, weil es sich um einen eigenständigen Sachverhalt handelt, auch wenn das Verbotsbegehren auf das gleiche Ziel hinausläuft (Hefermehl/Köhler/Bornkamm UWG § 11 Rz. 1.22; Ahrens, Der Wettbewerbsprozess Kap. 29 Rz. 38). 46

Positiv hat das Landgericht eine frühzeitige Kenntnis der Klägerin in verjährter Zeit nicht feststellen können. Auch die Beklagte hat eine solche positive Kenntnis der Klägerin zu einem Zeitpunkt nicht beweisen können, der außerhalb der 6monatigen Verjährungsfrist des § 11 UWG liegt. Die Beklagte will diese Kenntnis aus dem Schreiben der Klägerin vom 9. Mai 2008 (vgl. Fotokopie Bl. 47 d.A.) herleiten. Dort wirft die Klägerin der Beklagten aber nur allgemein vor, Kaltanrufe vorzunehmen. Auf eine konkrete Kenntnis gerade des Anrufes der Beklagten beim Zeugen L kann daraus nicht geschlossen werden. Sonstige durchschlagende Indizien für eine positive Kenntnis der Klägerin hat die Beklagte nicht dartun können. 47

Es bleibt mithin nur die grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin von diesem Anruf in verjährter Zeit. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin den Fall L erst mit Schriftsatz vom 26. November 2008, eingegangen beim Landgericht am folgenden Tag anhängig gemacht hat. Mithin müsste sie bereits sechs Monate vor diesem Zeitpunkt von dem Kaltanruf gegenüber dem Zeugen L erfahren haben, damit diese Einführung dieses Vorfalles in den vorliegenden Prozess keine Hemmungswirkung mehr gem. § 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB entfalten kann. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Klägerin ohne grobe Fahrlässigkeit bereits zu einem solch frühen Zeitpunkt sich Kenntnis von diesem Anruf hätte verschaffen können. Insoweit wird der Bogen an die Nachforschungspflichten des Gläubigers überspannt, wenn in der unterbliebenen Kundenbefragung eine solche grobe Fahrlässigkeit gesehen wird. Sicher wäre dies ein möglicher Weg gewesen, sich entsprechende Kenntnis zu verschaffen. Dieser Weg war der Klägerin aber nicht zumutbar. Er belastete das Vertrauensverhältnis der Klägerin zu ihren Patienten. Denn ein Patient möchte von den Querelen der Klägerin mit ihren Wettbewerbern verschont bleiben. Auch wenn die Klägerin einen wettbewerbsrechtlich zulässigen Weg der Kundenbefragung gefunden hätte, musste sie diesen nicht gehen. Vielmehr durfte sie das Vertrauensverhältnis zu ihren Patienten als höherwertig einsetzen. Es handelte sich nicht um eine Informationsquelle, die auszuschöpfen sich aufdrängte (vgl. Piper/Ohly § 11 UWG Rz. 30; Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 11 UWG Rz. 1.28 "übliche Erkenntnisquellen"). Dass der Klägerin andere Informationsquellen zur Verfügung gestanden hätten, durch die sie sich sicher über einen Kaltanruf der Beklagten gegenüber dem Zeugen L hätte informieren können, wird auch von der Beklagten nicht dargetan. 48

Abmahnkosten stehen der Klägerin dagegen nicht zu. Die Abmahnung vom 14. August 2008 betraf den Anruf bei der Zeugin Q. Der daraus resultierende Unterlassungsanspruch der Klägerin war bei der Abmahnung am 14. August 2008 bereits verjährt, die Abmahnung mithin unberechtigt. Denn unstreitig hatte die Klägerin Kenntnis von diesem Anruf seit dem 5. November 2007, vgl. Bl. 83 d.A. R. Dass die Verjährungseinrede noch nicht erhoben worden war, ist unerheblich (Hefermehl/Köhler/Bornkamm UWG § 12 Rz. 1.83). Entscheidend ist insoweit allein, dass es nicht im Interesse des Verletzers liegt, auf einen bereits verjährten Anspruch aufmerksam gemacht zu werden. Den Fall L hat die Klägerin nicht abgemahnt, so dass sie schon von daher hierfür keine Abmahnkosten verlangen kann. 49

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO. 50

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziff. 10 ZPO. 51

