
Datum: 25.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 189/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0225.4U189.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 12 O 85/09

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 01. September 2009 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

1

Der Kläger ist Rechtsanwalt, der im Internet unter "Internetadresse" auf seine Kanzlei hinweist. Zwischen ihm und dem Beklagten bestand und besteht keine Geschäftsbeziehung. Am 14. Januar 2009 rief eine Mitarbeiterin des Beklagten beim Kläger an und warb für Designleistungen des Beklagten. Der Kläger zeigte sich bei dem Telefonat interessiert, so dass ihm am folgenden Tag eine EMail samt Informationsbroschüre im PDF-Format übersandt wurde.

2

Auf die Abmahnung des Klägers hin gab der Beklagte unter dem 22. Januar 2009 folgende Unterlassungserklärung ab:

3

"Hiermit verpflichtet sich das Systemhaus H, Inh. T H, C gegenüber Herrn Rechtsanwalt N in4 C,

1. es künftig zu unterlassen, Werbe-Anrufe an die Kanzlei von Herrn y richten,	
2. unter Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Unterlassungsverpflichtung gemäß Ziffer 1 eine angemessene Vertragsstrafe in Höhe von 4.000,00 € an Herrn y zahlen.	6
Die Unterlassungserklärung wird unter der auflösenden Bedingung einer allgemein verbindlichen, d. h. auf Gesetz oder höchstichterlichen Rechtsprechung beruhenden Klärung des zu unterlassenden Verhaltens abgegeben."	7
Der Kläger beanstandete die Unterlassungserklärung mit Schreiben vom 26. Januar 2009. Inakzeptabel sei die formulierte auflösende Bedingung am Ende der Unterlassungserklärung. Warum eine "Klärung" des zu unterlassenden Verhaltens durch Gesetz oder höchstichterliche Rechtsprechung zum Wegfall der Unterlassungserklärung führen solle, sei insbesondere für diejenigen Fälle nicht nachvollziehbar, in denen eine solche "Klärung" den geltend gemachten Unterlassungsanspruch bestätigen oder erweitern sollte.	8
Der Beklagte reagierte auf das Schreiben des Klägers nicht.	9
Der Kläger hat gemeint, der Werbeanruf sei wettbewerbswidrig gewesen. Von einer mutmaßlichen Einwilligung habe der Beklagte nicht ausgehen können. Der Unterlassungsanspruch sei nicht nur nach dem UWG, sondern auch nach §§ 823, 1004 BGB gegeben. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen. Denn die Unterlassungserklärung sei nicht ausreichend. Es fehle die Klarstellung, dass es nur um den Fall einer eindeutigen Klärung des zu unterlassenden Verhaltens als rechtmäßig gehe.	10
Das Landgericht hat durch Urteil vom 1. September 2009 die Klage entsprechend dem Antrag des Beklagten mangels Wiederholungsgefahr als unbegründet abgewiesen. Die Wiederholungsgefahr sei durch die Unterlassungserklärung des Beklagten entfallen. Eine auflösende Bedingung dürfe zwar in eine Unterlassungserklärung nur für den Fall aufgenommen werden, dass das zu unterlassende Verhalten sich später als rechtmäßig herausstellen sollte. In diesem Sinne sei die Unterwerfungserklärung des Beklagten aber zu verstehen.	11
Wegen des Inhaltes des Urteiles im Einzelnen wird auf Blatt 87 ff der Akten verwiesen.	12
Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt.	13
Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages leugnet der Kläger nach wie vor, dass die Wiederholungsgefahr entfallen sei. Nach dem Wortlaut der Unterlassungserklärung habe jegliche Klärung als auflösende Bedingung wirken sollen. Da der Beklagte auf sein Schreiben vom 26. Januar 2009 nicht reagiert habe, könne nicht von einer planwidrigen Lücke ausgegangen werden, die einer ergänzenden Auslegung zugänglich sei. Die vom Landgericht vorgenommene Ergänzung der Erklärung "... als rechtmäßig ..." könne sich weder auf den Wortlaut noch auf die Begleitumstände stützen, zumal der Beklagte nicht bereit gewesen sei diese erforderliche Beschränkung vorzunehmen. Hinzu komme, dass der Beklagte den Unterlassungsanspruch auch dem Grunde nach in Abrede gestellt habe. Angesichts dessen sei es jedenfalls möglich, dass die Verfolgung des Unterlassungsanspruchs im Wiederholungsfalle erschwert werden sollte. Unklare Beschränkungen seien für den Gläubiger jedoch unzumutbar. Folgeprozesse über die Frage des Eintritts der auflösenden Bedingung seien vorprogrammiert. Gerade angesichts der Antwortpflicht des Abgemahnten habe der Kläger die unterlassene Reaktion des Beklagten	14

auf das Schreiben vom 26. Januar 2009 als Weigerung verstehen müssen, die Unterlassungserklärung im Hinblick auf die Bedingung zu konkretisieren. Damit seien Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung erlaubt gewesen. Das Motiv des Beklagten für die Weigerung, die Bedingung zu präzisieren, könne darin liegen, bei wiederholtem Verstoß die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe in Zweifel zu ziehen mit dem Hinweis auf jegliche BGH-Rechtsprechung, welche zu einer weiteren Klärung von Fragen im Zusammenhang mit Unterlassungsansprüchen der vorliegenden Art führe.

Der Kläger beantragt,

15

Unter Abänderung des Urteils vom 01.09.2009 wird der Beklagte verurteilt, es bei Meidung 16 von Ordnungsgeld bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr per Telefon den Kläger auf die Möglichkeit zum Abschluss von Verträgen über Designleistungen anzusprechen, ohne dass der Kläger zuvor ausdrücklich oder konkludent in einen solchen Telefonanruf eingewilligt hat.

Der Beklagte beantragt,

17

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

18

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages verneint der Beklagte 19 einen Anspruch des Klägers aus dem UWG, da es an einem Wettbewerbsverhältnis fehle. Der Werbeanruf sei auch rechtmäßig erfolgt. Denn es habe eine mutmaßliche Einwilligung des Klägers vorgelegen. Der Kläger habe sich bei dem Telefonat auch durchaus interessiert gezeigt. Selbst wenn man aber von einem rechtswidrigen Verhalten ausgehen wolle, fehle es an der erforderlichen Wiederholungsgefahr. Die von ihm abgegebene Unterlassungserklärung sei ausreichend und dahin auszulegen, dass die eindeutige Klärung nur in dem Sinne eines rechtmäßigen Verhaltens zu verstehen sei. Er habe sich bei der Formulierung weitergehend an die Formulierung des Bundesgerichtshofes in der Entscheidung "Künstlerabbildung in CD-Einlegeblatt" gehalten. Die Unterwerfungserklärung dahin auszulegen, dass die Klärung des zu unterlassenden Verhaltens als rechtswidrig gemeint sein könnte, sei abwegig. Eine Klärung in diesem Sinne könne nämlich gar nicht stattfinden, weil es dann nichts gebe, was zu klären wäre. Da der Beklagte an dem Verständnis seiner Erklärung keinerlei Zweifel gehabt habe, habe er sich auch nicht veranlasst gesehen, auf das Schreiben des Klägers vom 26. Januar 2009 zu reagieren.

Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze 20 nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

21

Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Landgericht hat dessen Verbotsbegehren zu 22 Recht zurückgewiesen.

Dem Kläger hat zwar zunächst ein Unterlassungsanspruch zugestanden. Denn es ist 23 unstreitig, dass dem Anruf des Beklagten keine Einwilligung des Klägers zugrunde lag (sog. "Kaltanruf"). Der Beklagte beruft sich in diesem Zusammenhang auch vergeblich auf eine mutmaßliche Einwilligung i.S.d. § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG. Denn eine solche mutmaßliche Einwilligung kann nicht bereits daraus hergeleitet werden, dass die beworbene Leistung für den Gewerbebetrieb des Angerufenen nützlich ist.

24

Auch wenn kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien besteht, so ist der Kläger aber hier nach § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt (Palandt BGB § 823 Rz. 132).	
Unerheblich ist auch das spätere Verhalten des Angerufenen. Die mutmaßliche Einwilligung muss im Vorhinein gegeben sein. Wie der Kläger zu Recht darlegt, ist es für den Angerufenen hilfreich, zunächst zum Schein auf den Anruf einzugehen, um so die Identität des Anrufenden feststellen zu können.	25
Die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Wiederholungsgefahr ist hier aber durch die Unterwerfungserklärung des Beklagten weggefallen.	26
Die auflösende Bedingung einer Billigung des verbotenen Verhaltens durch eine spätere Änderung von Gesetz oder BGH-Rechtsprechung ist als solche unschädlich (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren Kap. 8 Rz. 8; Köhler/Bornkamm UWG § 12 Rz. 1.129).	27
Der Kläger beanstandet in diesem Zusammenhang auch nur, dass die Klausel insoweit unklar und deshalb für ihn nicht hinnehmbar sei, weil der Begriff der Klärung nicht deutlich genug umrissen sei.	28
Insoweit hat das Landgericht bereits zutreffend geurteilt, dass die Klausel nur so verstanden werden kann, dass die Bedingung in einer nachträglichen Billigung des verbotenen Verhaltens bestehen soll. Alles andere macht keinen Sinn. Die Klausel ist auch verständlich, weil die Frage jedenfalls damals noch im Fluss war, wie weit der Begriff der mutmaßlichen Einwilligung zu ziehen war. Insoweit handelt es sich auch nicht um eine ergänzende Auslegung, bei der die dafür erforderliche Lückenhaftigkeit der Klausel zweifelhaft sein mag. Es geht vielmehr um eine "normale" Auslegung, wie die Klausel in ihrer gegenwärtigen Fassung zu verstehen ist.	29
Danach soll eben nicht jegliche Klärung der Rechtslage den Bedingungseintritt auslösen, wie der Kläger in seiner Berufungsbegründung mutmaßt (vgl. Bl. 103 d.A.), sondern nur eine solche Klärung, durch die das verbotene Verhalten nunmehr gebilligt wird.	30
Dieses Verständnis der Klausel wird auch nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass der Beklagte dem Ergänzungsbegehren des Klägers nicht nachgekommen ist. Diese weigerliche Haltung des Beklagten ist durchaus verständlich. Die Beanstandung der fraglichen Klausel ist nur schwer nachzuvollziehen. Wenn der Beklagte später nicht auf den Ergänzungswunsch des Klägers entsprechend der Klageschrift (Bl. 7 d.A.) eingegangen ist, kann man dies durchaus nachvollziehen. Denn der Beklagte lieferte unter Umständen Gefahr, die Kosten zu tragen, wenn sich das Gericht auf den Standpunkt stellte, dass erst durch diese Klauselergänzung die Wiederholungsgefahr entfallen sei. Es ist nicht Pflicht des Schuldners, jedem Änderungswunsch des Gläubigers nachzukommen. Entscheidend für die Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr ist allein, ob die abgegebene Unterwerfungserklärung den Gläubiger hinreichend klaglos stellt. Der Schuldner muss nicht jeden Verbesserungswunsch des Gläubigers erfüllen, um so die Ernsthaftigkeit seines Unterlassungswillens zu dokumentieren.	31
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.	32
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziff. 10 ZPO.	33

