
Datum: 21.09.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 14/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0921.6U14.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 11 O 132/04
Normen: UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3; 3; 4 Nr. 10, 7 Abs. 2 Nr. 2; 11 Abs. 2; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

Tenor:

I.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.12.2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn – 11 O 132/04 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Hauptausspruch wie folgt neu gefasst wird:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollziehen an den Mitgliedern des Vorstandes, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1.) einen Verbraucher, der einen Telefonanschluss bei der Beklagten hat und gleichzeitig Pre-Selection-Kunde der Klägerin ist, ohne vorheriges (ausdrückliches oder konkludentes) Einverständnis anzurufen, wenn der Telefonanruf die Erweiterung der Geschäftsverbindung im Telefonanschlussbereich, nämlich die Bewerbung eines Tarifs mit höherer Grundgebühr, betrifft;

und/oder

2.) einen ihrer Kunden, der zugleich Pre-Selection-Kunde der Klägerin ist, auf einen anderen Tarif des Telefonanschlussvertrages, der eine höhere Grundgebühr enthält, umzustellen, ohne dass der Kunde dies beantragt hat;

und/oder

3.) bei einem Kunden die zu Gunsten der Klägerin bestehende Pre-Selection-Voreinstellung zu beseitigen, ohne dass der Kunde dies beantragt hat.

II.) Von den Kosten des Verfahrens erster Instanz haben die Klägerin 1/3 und die Beklagte 2/3 zu tragen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 1/6 und die Beklagte 5/6 zu tragen.

III.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungsanspruches durch Sicherheitsleistung in Höhe von 150.000 abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches kann die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.) Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g

1

A

2

Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

3

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, mit der sie ihr erstinstanzliches Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter verfolgt. Zur Begründung beanstandet sie die nach ihrer Auffassung unzulässige bzw. zu weitgehende Fassung der drei ausgesprochenen Verbote, beruft sich erneut auf die Einrede der Verjährung und rügt die Beweiswürdigung als unrichtig. Schließlich macht die Beklagte zum Gegenstand der Berufung, dass die Kammer ausschließlich das am 8.7.2004 in Kraft getretene UWG n.F. angewendet habe, obwohl die

4

Verurteilung auf bereits früher geschehene Vorfälle gestützt sei.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren die Klage insoweit zurückgenommen, als von dem Antrag zu 2) auch Anschlussinhaber erfasst waren, deren Pre-Selection-Voreinstellung nicht zu ihren Gunsten erfolgt war. Im übrigen verteidigt sie das Urteil. 5

B 6

Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin stehen die von ihr nach der Teilrücknahme der Klage bezüglich des Antrags zu 2) noch geltendgemachten Ansprüche auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Klägerin zu. Die nicht auf der Teilklagerücknahme beruhenden Abweichungen des vorstehenden Tenors von demjenigen der angefochtenen Entscheidung stellen redaktionelle Klarstellungen dar, die einen Teilerfolg der Berufung nicht beinhalten. 7

I 8

(Hilfs-) Antrag zu 1 9

Die Beklagte ist durch Ziffer 1 der angefochtenen Entscheidung verurteilt worden, 10

"im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einen Verbraucher, der einen Telefonanschluss bei der Beklagten hat und gleichzeitig Pre-Selection-Kunden der Klägerin ist, ohne vorheriges (ausdrückliches oder konkludentes) Einverständnis anzurufen, wenn der Telefonanruf die Erweiterung der Geschäftsverbindung im Telefonanschlussbereich, nämlich die Bewerbung eines Tarifs mit einer erhöhten Grundgebühr, betrifft." 11

1. 12

Die Beklagte rügt zu dieser Verurteilung zunächst, die Kammer habe über den ihr zugrundeliegenden ersten Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1) nicht entscheiden dürfen. Dieser sei nämlich unter der nicht eingetretenen innerprozessualen Bedingung gestellt worden, dass dem Hauptantrag deswegen nicht vollständig entsprochen werde, weil er auch Tarife erfasse, die für den Kunden nur vorteilhaft seien. Das ist indes unzutreffend: Die Verurteilung basiert auf der Antragstellung in den Verhandlungsterminen vom 21.11.06 bzw. 30.05.06. In diesen Sitzungen hat die Klägerin den Antrag aus dem Schriftsatz vom 31.03.06 (Bl. 389 ff.) gestellt. In der dortigen mithin maßgeblichen Fassung ist der Hilfsantrag, auf den die Verurteilung ergangen ist, nicht unter der vorerwähnten Bedingung, sondern nur *"für den Fall, dass das Landgericht den Antrag für unzulässig oder unbegründet"* halte, gestellt worden. Im Übrigen verteidigt die Klägerin auch das Urteil. 13

2. 14

Der Antrag ist zulässig. 15

a. 16

Die Verurteilung ist nicht deswegen im Sinne des § 253 ZPO zu unbestimmt, weil sie – mit der Formulierung *"ohne vorheriges (ausdrückliches oder konkludentes) Einverständnis"* - sinngemäß den Wortlaut des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 1. Alt. UWG wiederholt. Zwar sind Anträge, die lediglich – auch sinngemäß - den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (BGH GRUR 2000, 438, 440 – "Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge"), das gilt jedoch u.a. dann nicht, wenn der 17

gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst ist und die Parteien nicht gerade über die Frage streiten, ob das beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt (BGH GRUR 07, 607, 608 f Rz 16 – "Telefonwerbung für Individualverträge" m.w.N.). So liegt es hier. Die – in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut ("Einwilligung") – verwendete Formulierung "vorheriges Einverständnis" bringt eindeutig zum Ausdruck, dass der Kunde gegenüber dem Anrufenden vorher seine Zustimmung zu dem Anruf erteilt haben muss (vgl. für den Gesetzesbegriff "Einwilligung" bejahend Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 12 Rz 240; LG Stuttgart WRP 05, 1041; noch offengelassen von BGH a.a.O. Rz 17). Dasselbe gilt für die von der Klägerin in einem Klammerzusatz präzisierend verwendete Formulierung "ausdrücklich(es) oder konkludent(es)" (Einverständnis). Die Begriffe "ausdrücklich" und "konkludent" bringen ebenso eindeutig zum Ausdruck, dass das Einverständnis wörtlich, durch Gesten, aber auch dadurch erklärt werden kann, dass der Kunde Handlungen vornimmt, die den Schluss auf sein Einverständnis zulassen. Der Streit der Parteien betrifft auch nicht die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten des Kunden als vorheriges ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis anzusehen ist, vielmehr war nach den Feststellungen des Landgerichts überhaupt keine Einwilligungserklärung abgegeben worden. Entgegen dem auf S. 15 der Berufungsbegründung unter cc) erhobenen Einwand gebietet daher das Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO auch nicht eine Festlegung, in welchen denkbaren Fällen (dazu näher BGH GRUR 89, 753 f – "Telefonwerbung II") ein vorheriges konkludent erteiltes Einverständnis vorliegt.

b. 18

Auch der ab S. 15 der Berufungsbegründung unter dd) angeführte weitere Einwand gegen die Bestimmtheit der Antragsfassung geht fehl. Die Beklagte meint, die Formulierung 19

"..., wenn der Telefonanruf die Erweiterung der Geschäftsverbindung im Telefonanschlussbereich, nämlich die (*nicht: "der"*) Bewerbung des Tarifs mit einer erhöhten Grundgebühr, betrifft," 20

sei wegen mangelnder Bestimmtheit unzulässig. Das trifft indes nicht zu. Es ist nicht ersichtlich und auch in der umfangreichen Berufungsbegründung nicht vorgetragen, inwiefern es "unklar" sein soll, "was unter diese Formulierung alles fallen kann" (Berufungsbegründung S. 16). Im Gegenteil steht fest, dass der Wortlaut nur solche Telefonanrufe der Beklagten erfasst, die sich zum einen auf die bereits bestehende Geschäftsverbindung im Telefonanschlussbereich beziehen und zum anderen konkret die Bewerbung eines Tarifs mit einer erhöhten Grundgebühr zum Gegenstand haben. 21

Ohne Erfolg verweist die Beklagte in diesem Zusammenhang auf das Urteil "*Telefonwerbung für Individualverträge*" des BGH vom 16.11.2006. Die Entscheidung befasst sich nicht mit einer der vorstehenden Formulierung vergleichbaren, sondern – wie schon vorstehend unter a. dargelegt worden ist – mit einer gesetzeswiederholenden Antragsfassung. 22

c. 23

Unbegründet ist auch der weitere Einwand der Beklagten auf S. 16 der Berufungsbegründung unter ee). Die Beklagte stützt sich auf die von Köhler aus den andere Sachverhalte betreffenden BGH-Entscheidungen "*Telefonwerbung für Blindenwaren*" (GRUR 2001, 1181, 1183) und "*Werbefinanzierte Telefongespräche*" (GRUR 2002, 637, 639) abgeleitete Auffassung, wonach in Ausnahmefällen entgegen dem Wortlaut von § 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG auch für Anrufe bei einem Verbraucher die lediglich mutmaßliche Einwilligung genügen kann. Auf diese Besonderheit brauchte das Urteil jedoch nicht abzustellen, weil keine der 24

Fallkonstellationen, in denen nach dieser Meinung eine mutmaßliche Einwilligung des Verbrauchers genügt, vorkommen kann. Danach sollen auf eine bloß mutmaßliche Einwilligung gestützte Anrufe bei der Erfüllung vertraglicher Verhaltenspflichten zum einen und im Falle einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, etwa wenn Gefahr im Verzuge sei, zum anderen rechtmäßig sein können. Da indes durch die vorliegende Entscheidung nur Gespräche verboten werden, in denen es um den Abschluss eines höheren Grundtarifes geht, ist es ausgeschlossen, dass diese zur Beseitigung einer Gefahr im Verzuge oder auch in Erfüllung einer vertraglichen Verhaltenspflicht geführt werden könnten.

Ebenfalls ohne Erfolg stützt sich die Beklagte insoweit auch auf die Senatsentscheidung im Verfahren 6 U 147/04. Dort ist entschieden worden, dass der Kunde der Beklagten mit der Beantragung des Telefonanschlusses zugleich sein Einverständnis damit zum Ausdruck bringe, über die Möglichkeit der Wahl einer günstigeren Grundgebühr auch telefonisch informiert zu werden. Um diesen Fall, der von dem Landgericht ausgeklammert worden ist, geht es indes im vorliegenden Berufungsverfahren nicht. 25

Entgegen der Meinung der Beklagten gilt das auch bei einer nur geringfügigen Erhöhung der Grundgebühr und besteht ein Anlass, mit Blick auf die Bagatellgrenze einen Mindestbetrag anzusetzen nicht. Die Störung der durch § 7 Abs.2 Ziffer 2 UWG geschützten Privatsphäre wird nicht dadurch geringer, dass der Anruf eine Erhöhung der Grundgebühr betrifft, die nicht hoch, sondern nur geringfügig ist. 26

d. 27

Die Klägerin ist entgegen dem Einwand auf S. 19 der Berufungsbegründung unter ff auch gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs.1 und 3 Nr. 1 UWG klagebefugt. Diese – bzw. die von der Beklagten angesprochene "Aktivlegitimation" - fehlt nicht deswegen, weil die Klägerin von einer Erhöhung des Grundtarifes durch die Beklagte nicht betroffen wäre. 28

Zu Unrecht beruft sich die Beklagte hierzu zunächst erneut auf die schon erwähnte Senatsentscheidung im Verfahren 6 U 147/04. Dort ist zwar die Erstreckung des Verbotes auf Gespräche, die – wie hier – eine Erhöhung des Grundtarifes zum Gegenstand haben, abgelehnt worden, dies aber mit der Begründung, ein solches Verhalten werde von der – damaligen – konkreten Verletzungsform nicht erfasst. 29

Die Klägerin ist als Mitbewerberin gem. § 8 Abs. 3 Ziff. 1 UWG klagebefugt. Das für ihre Stellung als Mitbewerberin gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UWG erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis setzt nach gefestigter Rechtsprechung voraus, dass die sich gegenüberstehenden Unternehmen innerhalb desselben Abnehmerkreises z. B. Dienstleistungen abzusetzen versuchen "mit der Folge, dass die beanstandete Wettbewerbshandlung das andere Unternehmen (Mitbewerber) beeinträchtigen, das heißt in seinem Absatz behindern oder stören kann", (vgl. BGH GRUR 2005, 520 f – "Optimale Interessenvertretung" mit Hinweisen auf frühere Entscheidungen; Köhler, § 2 Rn. 59). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. 30

Die Beklagte wird unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ihren Kunden, die keinen Anlass hätten, eine solche Tarifverschlechterung zu akzeptieren, nicht isoliert einen Tarif mit einer höheren Grundgebühr als der bisher zu zahlenden anbieten, sondern einen solchen Tarif nur als Teil eines Angebotes vorschlagen, das zugleich geringere Tarife für die Verbindungsentgelte vorsieht. Dies hat sie für die damalige Einführung des Tarifes Calltime 120 in der Klageerwiderung auch selbst angeführt. Durch ein solches Angebot wird indes, wenn es einem ihrer Pre-Selection-Kunden offeriert wird, die Klägerin beeinträchtigt, weil der 31

Kunde im Falle der Annahme die Pre-Selection-Voreinstellung kündigen müsste, um in den Genuss der angebotenen Vorteile bei den Verbindungsentgelten zu kommen.

3. 32

Der danach zulässige Antrag ist auch begründet. 33

a 34

Der Beklagten ist einzuräumen, dass die auf den Anruf bei der Kundin S. gestützte Klage nur Erfolg haben kann, wenn dieser Anruf nicht nur die Voraussetzungen der §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2, 8 Abs. 1, 2, 3 Nr. 1 UWG erfüllt, sondern auch nach § 1 UWG a.F. als unlauter anzusehen ist, weil der Anruf im Dezember 2003, also schon vor Inkrafttreten der UWG-Novelle im Jahre 2004, stattgefunden haben soll. 35

Das Landgericht konnte sich aber – das gilt auch für die Anträge zu 2) und 3) - gleichwohl sachlich auf die Prüfung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG beschränken. Die UWG-Novelle hat nämlich zur Frage der unerlaubten Telefonwerbung keine Änderung der sachlichen Rechtslage herbeigeführt, sondern lediglich die – umfangreiche - Rechtsprechung insbesondere des BGH ("*Telefonwerbung I – VI*") kodifiziert (vgl. Köhler § 7 Rn. 39 m. w. N.). Dementsprechend trägt die Beklagte auch nicht vor, welche höheren Anforderungen an ein auszusprechendes Verbot sich aus der Notwendigkeit der Berücksichtigung auch der früheren Rechtslage ergeben sollen. 36

b. 37

Der Anruf der Beklagten bei der Kundin S. stellte – wie es § 3 UWG erfordert - eine Wettbewerbshandlung dar, ihm lag insbesondere eine Wettbewerbsförderungsabsicht im Sinne des § 2 Abs. 1 Ziff. 1 UWG zugrunde. Von dem Vorliegen einer Wettbewerbsförderungsabsicht ist auszugehen, weil ein ungebetener Anruf der Beklagten mit dem Ziel der Veränderung des Tarifs regelmäßig der Förderung ihres eigenen Wettbewerbs dient. Die Beklagte kann dem auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, es handele sich um ein Massengeschäft, bei dem Versehen möglich seien. Ihr erstinstanzlicher Vortrag hierzu, auf den sie im Berufungsverfahren verweist, betrifft nur die Registrierung der Pre-Selection Anträge und enthält keine Erklärung dafür, dass zum Zwecke eines Tarifwechsels Kunden "aus Versehen" angerufen würden, obwohl diese ihr Einverständnis nicht erteilt haben. 38

c. 39

Ohne Erfolg rügt die Beklagte auch, dass das Landgericht seine – in der Sache zutreffende – Erkenntnis, dass der in dem Gespräch beworbene Wechsel zu dem Tarif "Calltime 120" eine Verschlechterung für den Kunden bedeutet hätte, aus einer Anlage hergeleitet habe, die die Zeugin S. im Beweisaufnahmetermin vom 10.01.06 vorgelegt habe. Die Rüge ist nicht erfolgreich, weil davon auszugehen ist, dass die Klägerin sich schon damals, jedenfalls aber im Berufungsverfahren, diese für sie günstige Hingabe der Unterlage zu eigen gemacht hat. 40

d. 41

Auch die Kritik der Beklagten an der Beweiswürdigung des Landgerichts geht fehl. 42

Maßgeblich für die Begründetheit des Antrags zu 1) ist in tatsächlicher Hinsicht allein die Frage, ob für das unstreitig geführte Gespräch mit der Zeugin S. ein Einverständnis von ihr oder ihrem Ehemann, der Anschlussinhaber war, vorlag. Hierzu hat die Kammer zutreffend 43

festgestellt, dass die Beklagte schon nicht dargelegt habe, dass sich der Anschlusskunde S. mit derartigen Anrufen einverstanden erklärt habe. Dem ist nichts hinzuzufügen. Dass etwa die Zeugin selbst ein Einverständnis mit dem Anruf erklärt gehabt hätte, ist dem Vortrag der Beklagten ebenfalls nicht zu entnehmen.

Das erforderliche Einverständnis ist nicht etwa deswegen auch ohne ausdrückliche Erklärung des Anschlussinhabers S. als erteilt anzusehen, weil – worauf die Beklagte in der Berufungsverhandlung zutreffend ergänzend hingewiesen hat – für ihn eine Pre-Selection-Voreinstellung zu Gunsten der Klägerin nur für Ferngespräche und nicht auch für Ortsgespräche vorgenommen worden war. 44

Auch bei der Voreinstellung einer Pre-Selection zu Gunsten eines Wettbewerbers der Beklagten bleibt der Anschlussinhaber hinsichtlich des Telefonanschlusses Kunde der Beklagten. Dies rechtfertigt – wie der Senat in seiner den Parteien bekannten Entscheidung vom 8.10.2004 im Verfahren 6 U 147/04 entschieden hat - die Annahme, dass er sich bei der Einrichtung des Anschlusses konkludent mit Anrufen der Beklagten einverstanden erklärt, die eine günstigere Grundgebühr zum Gegenstand haben. Dementsprechend wird man in der gegebenen Fallkonstellation, in der der Kunde S. trotz der Pre-Selection-Voreinstellung zu Gunsten der Klägerin einen Teil der Gespräche, nämlich die im Ortsnetz geführten, ausschließlich von der Beklagten abwickeln lässt, ein konkludentes Einverständnis auch für den Fall zugrundelegen können, dass das Gesamtpaket des telefonisch angebotenen Tarifwechsels für ihn günstiger ist. Das kann hier jedoch nicht angenommen werden. Der Anruf hatte den damaligen Tarif "T-net calltime 120" zum Gegenstand, über den sich das von der Zeugin überreichte Schreiben der Beklagten an den Anschlussinhaber S. vom 8.12.2003 (Bl. 368 ff) verhält. In diesem Schreiben wird damit geworben, dass der Kunde "120 Verbindungsminuten für City – und Deutschlandverbindungen" erhalte und nach deren Verbrauch die günstigen AktivPlus Preise in das deutsche Festnetz gelten. Hieraus ergibt sich, dass die zum Ausgleich für die höhere Grundgebühr gewährten Tarifverbesserungen bei den Verbindungsentgelten sowohl die Orts- als auch die Ferngespräche betreffen. Sie konnten daher von dem Kunden S., der nur noch die Ortsgespräche über die Beklagte führte, nicht in vollem Umfange wahrgenommen werden, weswegen sein konkludent erteiltes Einverständnis mit Anrufen der Beklagten, die für ihn eine Tarifverbesserung zum Inhalt haben, den streitgegenständlichen Anruf nicht umfasst hat. 45

e. 46

Der mithin begründete Anspruch ist auch nicht gem. § 11 UWG verjährt. 47

Das Landgericht hat auf der Grundlage des § 11 Abs.2 Nr. 2 UWG den Lauf der Verjährungsfrist vom September 2004 an berechnet, nachdem die Klägerin vorgetragen hatte, sie habe eben im September 2004 von dem Vorfall Kenntnis erlangt. Dies hält den Angriffen der Berufung stand, wonach es nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen sein soll, dass die Klägerin erst etwa ein $\frac{3}{4}$ Jahr nach dem Vorfall im Dezember 2003 von diesem erfahren haben könnte. Gegenstand der Beanstandung der Zeugin S. und ihres Ehemannes war ausschließlich das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten, der bei ihnen angerufen hatte. Dass dieser Anruf nicht von der Klägerin stammte, war von vorneherein völlig eindeutig. Im Gegenteil hatte der Anrufer sich als Mitarbeiter der Beklagten ausgewiesen und sich bemüht, die Kunden wieder ganz zur Beklagten zurückzugewinnen. In dieser Situation bestand für die Zeugin und ihren Mann zunächst kein Anlass, sich beschwerdeführend an die Klägerin zu wenden. Im Übrigen obliegt es auch nicht der Klägerin, im Einzelnen darzulegen, wann, durch wen und warum erst im September 2004 sie die maßgebliche Kenntnis erlangt habe. Anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die Spekulation der Beklagten, wonach der 48

Klägerin die Situation aufgefallen sein müsse, weil die Verbindungsentgelte ausgeblieben seien. Dieser Vortrag berücksichtigt den Umstand nicht, dass die Abschaltung der Pre-Selection alsbald wieder rückgängig gemacht worden ist.

Auch der Hinweis auf den Umstand, dass die Klägerin eine Koordinationsstelle zur Sammlung von Informationen zu "Missbrauchsfällen" eingerichtet habe, vermag einen früheren Fristbeginn nicht zu begründen. Denn es steht nicht fest, dass bei dieser Koordinierungsstelle auch der streitgegenständliche Vorgang früher als von der Klägerin behauptet bekannt geworden ist. 49

Ausgehend von einem Verjährungslauf ab September 2004 hat die Kammer den Eintritt der Hemmung durch Zustellung des Schriftsatzes der Klägerin vom 03.01.05 am 11.01.05 angenommen. Das Landgericht hat weiter angenommen, dass aufgrund dieses – rechnerisch rechtzeitigen – Schriftsatzes die Verjährung von 6 Monaten (§ 11 Abs. 1 UWG, § 21 Abs.1 UWG a.F.) gehemmt worden sei, obwohl der Hilfsantrag erst später seinen endgültigen Wortlaut erlangt habe. Dies ergebe sich daraus, dass die Verjährungseinrede in jenem Schriftsatz zu dem Hauptantrag zu 1) erhoben worden sei und der Hilfsantrag diesem gegenüber lediglich ein Minus darstelle. Dass trifft entgegen der Auffassung der Berufung zu. Es mag sein, dass zwischenzeitlich anders formulierte Anträge angekündigt bzw. gestellt worden sind, dies ändert aber nichts daran, dass der letztlich mit Schriftsatz vom 31.03.06 angekündigte und später zum Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung gemachte Hilfsantrag, auf den schließlich verurteilt worden ist, ein Minus zu demjenigen Antrag darstellt, der im Zeitpunkt der Einführung des Streitstoffes schon angekündigt war. 50

Die Verurteilung zu 1) ist zu Recht erfolgt, der Senat hat lediglich den offensichtlichen Schreibfehler ("Pre-Selection-Kunde", nicht: "Pre-Selection-Kunden") berichtigt. 51

II 52

Antrag zu 2) 53

Der Antrag zu 2) richtet sich gegen die Umstellung von Kunden auf einen anderen Tarif des Telefonanschlussvertrages. Er ist zulässig und unter redaktioneller Klarstellung und Berücksichtigung der Teilrücknahmeerklärung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung dahingehend begründet, dass der Beklagten entsprechend der vorstehenden Tenorierung zu untersagen ist, "einen ihrer Kunden, der zugleich Pre-Selection-Kunde der Klägerin ist, auf einen anderen Tarif des Telefonanschlussvertrages, der eine höhere Grundgebühr enthält, umzustellen, ohne dass der Kunde dies beantragt hat." 54

1. Der Antrag ist zulässig. 55

a. 56

Mit der vorstehend und im obigen Urteilstenor formulierten Neufassung erledigt sich der Einwand der Beklagten, das Verbot erfasse auch Fälle, in denen der neue (Grund-) Tarif für den Kunden ausschließlich günstiger als der bisherige sei. Die dies ausschließende Neuformulierung des Urteilstenors zu 2) beinhaltet keine Teilabweisung der Klage, sondern ist lediglich klarstellender redaktioneller Natur. Der Fall eines Angebotes, das eine Absenkung der Grundgebühr zum Gegenstand hat, sollte weder von dem Antrag der Klägerin noch dem Tenor des Landgerichts erfasst werden. Bei der gebotenen Berücksichtigung der Klage- bzw. Entscheidungsgründe ist eindeutig, dass das von der Kammer ausgesprochene Verbot allein den umgekehrten, im Fall S. ausschließlich zur Debatte stehenden Fall des 57

Anbieten eines Tarifes mit höherer Grundgebühr zum Gegenstand hat.

- b. 58
- Auch dieser Antrag ist gem. § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Die Formulierung "zu Zwecken des Wettbewerbs" genügt den oben (unter I 2 a) dargestellten Anforderungen, weil der Begriff hinreichend eindeutig und konkret gefasst ist und die Parteien gerade nicht über die Frage streiten, ob die Umstellung des Tarifes zu Zwecken des Wettbewerbs geschehen sei. Die Ausführungen der Kammer auf S. 9 des Urteils beeinträchtigen die notwendige Bestimmtheit des Antrages zu 2) nicht, weil sie nicht diesen, sondern den Antrag zu 3) betreffen. 59
- Aus demselben Grunde ist auch der auf S. 26 der Berufungsbegründung gegen die Verurteilung nach dem Klageantrag zu 2) vorgebrachte Einwand der Beklagten gegenstandslos, durch die Ausführungen zu dem Merkmal "zu Zwecken des Wettbewerbs" habe die Kammer § 308 ZPO verletzt. 60
2. Der Antrag ist aus §§ 3, 4 Nr. 10, 8 Abs.1, 2, 3 Nr. 1 UWG auch begründet. 61
- a. 62
- Dass die Umstellung des Tarifs des Telefonanschlussvertrages – wie sie gegenüber dem Kunden S. durch Umschaltung auf den Tarif "T-net calltime 120" geschehen ist – aus den von der Kammer auf S. 13 der angefochtenen Entscheidung dargelegten Gründen eine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG darstellt, greift die Beklagte zu Recht nicht an. 63
- b. 64
- Ohne Erfolg rügt die Beklagte die – ausführliche – Beweiswürdigung der Kammer hinsichtlich der Aussage der Zeugin S.. Der Senat hat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Entscheidung die von dem Landgericht festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Solche Anhaltspunkte sind nicht erkennbar. Es trifft nicht zu, dass die Zeugin S. "ersichtlich" versucht habe, die Verantwortung von sich zu schieben. Es erschließt sich ohne jeglichen Vortrag der Beklagten hierzu nicht, aus welchem Grunde die Bekundung der Zeugin, ihr Mann, der immerhin Inhaber des Anschlusses war, "mache das alles", kümmere sich also um alle Belange des Telefonanschlusses, unrichtig und Ausdruck des Bestrebens der Zeugin sein sollte, die Verantwortung von sich zu schieben. Dementsprechend ist auch unstreitig geblieben, dass das im Termin vor dem Landgericht überreichte Schreiben an die Beklagte (Bl. 367) zwar von der Zeugin geschrieben, aber zwischen ihr und ihrem Ehemann vorher abgestimmt worden ist. Aus dem Protokoll geht auch nicht hervor, dass die Zeugin sich in einer Weise geäußert hätte, die mit dem Schreiben inhaltlich nicht in Einklang stünde. 65
- c. 66
- Soweit sich die Beklagte auf S. 45 der Berufungsbegründung unter 4. mit den Ausführungen der Kammer auf S. 10 unten letzter Absatz des Urteils befasst, kommt es hierauf nicht an, weil es sich dabei um eine Hilfsbegründung der Kammer gehandelt hat. 67
- d. 68
- Hinsichtlich der Einrede der Verjährung gilt das zu I 3 e Ausgeführte. 69

III	70
<u>Antrag zu 3)</u>	71
Der Antrag zu 3) richtet sich gegen die Beseitigung einer zu Gunsten der Klägerin bestehenden Pre-Selection-Voreinstellung. Er ist zulässig und unter einer geringfügigen, der Klarstellung dienenden redaktionellen Neufassung ("... die zu Gunsten der Klägerin bestehende Pre-Selection-Voreinstellung zu beseitigen" statt: "die Pre-Selection-Voreinstellung zugunsten der Klägerin zu beseitigen") auch begründet.	72
1. Auch dieser Antrag ist zulässig.	73
a	74
Die Auffassung der Beklagten, der Antrag sei deswegen gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig, weil nicht hinreichend deutlich sei, dass das Verbot dann nicht gelte, wenn ihr ein erschlichener oder gefälschter Antrag auf Löschung der Pre-Selection-Voreinstellung vorgelegt werde, trifft nicht zu. Derartige Fälle sind von dem Verbot nicht erfasst, weil ein Abschalten auf Grund eines erschlichenen oder gefälschten Kundenauftrages in der Annahme, dieser sei mit der Abschaltung einverstanden, nicht zu Zwecken des Wettbewerbs, sondern zum Zwecke der Erfüllung eines (vermeintlichen) Kundenauftrages erfolgt.	75
b	76
Sofern die Beklagte mit ihren den Antrag zu 2) nicht betreffenden Ausführungen zu § 308 ZPO auf S. 26 den Antrag zu 3) gemeint haben sollte, vermögen sie der Berufung ebenfalls nicht (teilweise) zum Erfolg zu verhelfen. Es bedarf keiner Begründung, dass ein Verstoß gegen § 308 ZPO nicht deswegen vorliegt, weil die Kammer unter Eingehen auf Einwendungen der Beklagten ihre Auffassung zum Umfang Antragsmerkmals "zu Zwecken des Wettbewerbs" im Urteil niedergelegt hat.	77
c.	78
Zu Unrecht beanstandet die Beklagte auch, dass aus den Urteilsgründen nicht alle Fälle vollständig hervorgehen, die von dem Verbot nicht erfasst seien.	79
Die hierzu auf den Seiten 30 f der Berufungsbegründung konstruierten Fälle, in denen der Beklagten Einverständniserklärungen ihrer Kunden von dritter Seite präsentiert werden, die zunächst wirksam gewesen, später aber unwirksam geworden oder durch weitere Aufträge des Kunden überholt sind, unterfallen dem Verbot nicht, weil es insoweit aus den dargelegten Gründen an einem Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs fehlt.	80
Zudem würde es für eine Vollstreckung aus der tenorierten Unterlassungsverpflichtung in diesen Fällen ohnehin an dem erforderlichen Verschulden fehlen.	81
2.	82
Der Antrag ist ebenfalls aus §§ 3, 4 Nr. 10, 8 Abs.1, 2, 3 Nr. 1 UWG begründet.	83
Zur Begründung der in der Abschaltung der Pre-Selection-Voreinstellung liegenden individuellen Behinderung der Klägerin im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG hat sich das Landgericht zu Recht ebenfalls auf die Bekundungen der Zeugin S. gestützt. Der Senat verweist daher – auch hinsichtlich der Verjährungsfrage - auf seine vorstehenden	84

Ausführungen zu II 2.

Der Senat hat schließlich klarstellend die drei Unterlassungsgebote ausdrücklich durch die Formulierung "und/oder" miteinander verbunden, weil die Klägerin die Verurteilung der Beklagten ersichtlich sowohl kumulativ als auch alternativ nach den gestellten Anträgen begehrt. 85

IV. 86

Nebenentscheidungen 87

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der ersten Instanz auf §§ 92 Abs.1, 269 Abs.3 ZPO und hinsichtlich der zweiten Instanz auf §§ 97 Abs.1, 269 Abs.3, 525 S.1 ZPO. 88

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 89

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Das gilt auch im Hinblick auf die von der Beklagten angeführte Entscheidung des OLG Frankfurt vom 14.10.2004 (6 U 169/02). Dort hat das OLG Frankfurt ausnahmsweise die Nichtausführung der Umstellung durch die Beklagte als nicht von einer Absatzförderungsabsicht getragen angesehen. Um einen solchen Fall geht es vorliegend indes gerade nicht, sondern umgekehrt darum, dass die Pre-Selection-Voreinstellung ohne Auftrag des Kunden durch eine konkrete Handlung abgestellt worden ist. Dass dies eine von Wettbewerbsabsicht der Beklagten getragene Wettbewerbshandlung ist, ist auch angesichts der Entscheidung des OLG Frankfurt eindeutig, weswegen eine Zulassung der Revision nicht in Betracht kommt. 90

Streitwert für das Berufungsverfahren: 150.000 €. 91