

---

**Datum:** 30.03.2007  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 182/06  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2007:0330.6U182.06.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bonn, 11 O 50/05  
**Normen:** UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 4 Nr. 10, 8 Abs. 2

---

**Tenor:**

1.

Die Berufung der Klägerin gegen das am 01.08.2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 11 O 50/05 - wird zu-rückgewiesen.

2.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn diese nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## BEGRÜNDUNG

I.

Die Parteien sind auf dem Gebiet der Telekommunikation tätige Unternehmen und bieten unter den Bezeichnungen *g.-DSL* bzw. *U-DSL* DSL-Anschlüsse an. Sie sind vertraglich durch eine so genannte Resale-Vereinbarung miteinander verbunden, welche die Klägerin berechtigt, im eigenen Namen gegenüber Kunden als Wiederverkäufer ("Reseller") von der Beklagten bereitgestellter DSL-Anschlüsse aufzutreten. Das Resalegeschäft wird dergestalt durchgeführt, dass die Klägerin zunächst bei der Beklagten abzuklären hat, ob für ihren potentiellen Kunden aus technischen Gründen DSL verfügbar ist. Für diese Verfügbarkeitsprüfung ist ein elektronisches Verfahren vorgesehen. Im Fall der Bestätigung leitet die Klägerin den ihr von dem Kunden erteilten Auftrag zum Zweck der Einrichtung des Anschlusses an die Beklagte weiter. Auch dieser Vorgang ist weitgehend automatisiert, wobei das System der Beklagten mit "Fehlermeldungen" an den Reseller reagiert, wenn der Bearbeitung ein Hindernis entgegensteht. Der Reseller hat im Fall einer derartigen Fehlermeldung einen neuen Weiterleitungsauftrag an die Beklagte zu richten.

Die Klägerin nimmt die Beklagte vorliegend unter dem Gesichtspunkt der gezielten Behinderung i.S. des § 4 Nr. 10 UWG auf Unterlassung in Anspruch. Kernpunkt ihres Vorwurfs ist, dass die Beklagte an Kunden, welche bereits in vertragliche Beziehungen zu der Klägerin getreten sind - für die ein *g.-DSL*-Anschluss aber noch nicht eingerichtet ist -, Auftragsbestätigungen über den Abschluss eines *U-DSL*-Vertrages sendet, obwohl die Kunden keinen hierauf gerichteten Auftrag abgegeben haben. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie der Fassung von Haupt- und Hilfsanträgen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem Urteil des Landgerichts vom 01.08.2006 Bezug genommen. Die Kammer hat die ursprünglich auf acht Verletzungsfälle gestützte Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass es insgesamt an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer wettbewerbsrechtlich unzulässigen gezielten Behinderung fehle.

Gegen die Abweisung ihres Unterlassungsbegehrens – die Abweisung auch eines auf Zahlung gerichteten Antrags ist rechtskräftig geworden – wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit welcher sie die erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt, sich indes nur noch auf sieben Verletzungsfälle (ohne den Fall des Kunden N.) stützt. Die Beklagte verteidigt das Urteil. Beide Parteien haben hilfsweise Zurückverweisung an das Landgericht beantragt.

II.

Die zulässige Berufung führt in der Sache nicht zum Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Auf der Grundlage des klägerischen Sachvortrages bzw. des Ergebnisses der erstinstanzlichen Beweisaufnahme lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte die Klägerin als ihre unmittelbare Mitbewerberin gezielt behindert hätte i.S. der §§ 3, 4 Nr. 10 UWG.

1.

Der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 10 UWG ist grundsätzlich eröffnet, weil es sich bei der der Beklagten vorgeworfenen Versendung von Auftragsbestätigungen an Verbraucher, welche tatsächlich gar keinen Auftrag erteilt haben, um eine Wettbewerbshandlung i.S. des

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG handelt. Sie dient nämlich dem Ziel, zu Gunsten des eigenen Unternehmens den Absatz von Waren bzw. Dienstleistungen – konkret *U-DSL*-Anschlüssen – zu fördern, womit zugleich die Wettbewerbsabsicht indiziert wird.

Eine tatbestandliche Behinderung setzt die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers, gleich welcher Art, voraus (BGH GRUR 2002, 902, 905 - Vanity-Nummer; Senat in GRUR-RR 2006, 19 – schlüsselbänder.de). Es genügt hierbei bereits die Eignung der Wettbewerbshandlung zur Behinderung, ohne dass eine solche tatsächlich eingetreten sein müsste (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 10.6). Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs "The Colour of Elégance" (GRUR 2005, 581, 582) und mit der h.M. (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O. Rn. 10.7 m.w.N.; Harte/Henning-Omsels, UWG, § 4 Rn. 7; Fezer-Götting, UWG, § 4 Rn. 2, 14; Senat a.a.O.) ist eine Behinderung allerdings nur dann eine i.S. der Vorschrift gezielte, wenn bei objektiver Würdigung aller Umstände die Maßnahme nicht in erster Linie auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs, sondern zweck- und zielgerichtet auf die Störung der fremden wettbewerblichen Entfaltung gerichtet ist. 10

Der Senat stimmt im Ansatz mit der Klägerin darin überein, dass eine zielgerichtete Behinderung in diesem Sinne in Fällen denkbar ist, in denen die Beklagte an zuvor von der Klägerin gewonnene Interessenten eines *g.-DSL*-Anschlusses Auftragsbestätigungen über einen *U-DSL*-Anschluss versendet, obwohl die Kunden einen hierauf gerichteten Auftrag gar nicht erteilt haben. Infolge des vermeintlich eigenen Auftrags wird nämlich in ihrem System die Einrichtung eines DSL-Anschlusses für den fraglichen (angeblichen) Kunden zugunsten anderer Anbieter blockiert, mithin auch die Bearbeitung von DSL-Aufträgen der mit ihr vertraglich verbundenen Reseller. Dies wiederum begründet jedenfalls die Gefahr von Behinderungen dieses Mitbewerbers, weil er den tatsächlich nur ihm erteilten Auftrag nach Aufklärung des Sachverhalts bestenfalls zeitlich verzögert abwickeln kann mit entsprechenden Entgeltverlusten. 11

Der Senat hält allerdings an der in der mündlichen Verhandlung erörterten Auffassung fest, dass tatbestandsmäßig nur eine in Kenntnis des der Klägerin bereits erteilten Auftrags und *wissentlich* zu Unrecht versandte Auftragsbestätigung der Beklagten sein kann. Denn infolge des finalen Elements einer im eingangs dargelegten Verständnis zweckgerichteten Behinderung ist eine Wettbewerbshandlung notwendig erst dann unlauter i.S. des § 4 Nr. 10 UWG, wenn sie subjektiv von einer Verdrängungsabsicht getragen wird (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O. Rn. 10.9 m.w.N.), der Handelnde also um die Umstände weiß, welche die gezielte Behinderung seines Konkurrenten bewirken. Von vorneherein haben deshalb die Fälle einer irrtumsbedingt oder sonst versehentlich erfolgten Auftragsbestätigung unberücksichtigt zu bleiben. 12

Ein Widerspruch zu der von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidung des Senats vom 24.05.2006 – 6 U 236/05 (81 O (Kart) 93/05 LG Köln) - besteht insoweit nicht. Nach dem dortigen Sachverhalt war davon auszugehen, dass die Beklagte dem unmittelbar ihr gegenüber ausdrücklich erklärten Wunsch eines Kunden in Zusammenhang mit Preselection-Einstellungen nicht entsprochen hatte; folglich hatte die Beklagte bzw. ihr Mitarbeiter in diesem Fall um den tatsächlich einen Mitbewerber begünstigenden Kundenwunsch gewusst und unstreitig auch nicht versehentlich eine Auftragsbestätigung versandt. So war auch der von der Klägerin weiter angeführte, von dem OLG Frankfurt mit Urteil vom 14.10.2004 – 6 U 169/02 – entschiedene Fall gelagert. Ausweislich der Entscheidungsgründe hatte der dort erkennende Senat ausdrücklich nur "die bewusste Nichtausführung" (Ziffer II.2 des Urteils) einer beauftragten Preselection-Umstellung seiner Verurteilung zugrunde gelegt und die Fälle 13

einer "versehentlichen Versäumung der Umstellung" (Ziffer II.2 a) hiervon gerade ausgenommen.

Die hier vertretene Auffassung steht im Übrigen auch offensichtlich in Übereinstimmung mit derjenigen, welche das mit dem vorangegangenen Verfügungsverfahren der Parteien befasste OLG Oldenburg in seinem Urteil vom 03.11.2005 – 1 U 78/05 – vertreten hatte, wo nämlich entscheidend auf die individuelle Kenntnis des für die Beklagte handelnden Mitarbeiters abgestellt worden war. 14

Der Klägerin hilft insoweit auch nicht der Verweis auf § 8 Abs. 2 UWG weiter. Die Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen Verletzungshandlungen eines Mitarbeiters dem Unternehmen zugerechnet werden können. Die vorliegende Konstellation betrifft indes die hiervon grundlegend verschiedene Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen ein bestimmter Kenntnisstand des Unternehmens umgekehrt dem einzelnen Mitarbeiter zuzurechnen ist. 15

2. 16

Es bedarf im Ergebnis keiner Entscheidung darüber, ob der Klageantrag, sei es in der Fassung des Haupt- oder Hilfsantrages, ein nach § 4 Nr. 10 UWG relevantes Unterlassungsbegehren im vorstehend dargestellten Sinne trägt, oder ob es entsprechend den Erörterungen vor dem Senat einer der Klarstellung dienenden teilweisen Umformulierung bedurft hätte. Auch ein gegebenenfalls neu gefasster Klageantrag würde der Klägerin nämlich nicht zum Erfolg verhelfen, weil es in den im Berufungsverfahren noch streitgegenständlichen sieben Verletzungsfällen an den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 10 UWG fehlt. 17

a) 18

Die Fälle der Kunden O. und I. stellen schon auf der Grundlage nur des Klagevorbringens keine Verletzungshandlungen im obigen Sinne dar. In beiden Fällen war es noch zu keinen Weiterleitungsaufträgen der Klägerin an die Beklagte gekommen, sondern sie hatte nur im Vorfeld DSL-Verfügbarkeitsanfragen gestartet. Damit fehlt es aber von vorneherein an Anhaltspunkten dafür, dass die Beklagte von einem der Klägerin als Reseller erteilten Auftrag überhaupt hätte wissen können mit der Folge, dass schon im Ausgangspunkt eine von ihr in der Folgezeit versandte eigene Auftragsbestätigung ohne Auftrag nicht als zielgerichtete Behinderung beurteilt werden könnte. 19

b) 20

In den Fällen der Kunden C. und L. hat die Klägerin zwar jeweils DSL-Aufträge an die Beklagte weitergeleitet. Diese sind infolge von Fehlermeldungen des Systems der Beklagten aber unbearbeitet geblieben. Einer Aufklärung der im Einzelnen streitigen Umstände, ob nämlich die Kundin C. überhaupt einen Auftrag für *g*.-DSL erteilt hatte bzw. ob der im Fall L. versandten Auftragsbestätigung der Beklagten tatsächlich ein Auftrag für *U*-DSL vorangegangen war, bedarf es dennoch nicht: Im Resale-Geschäft der Parteien werden nach jeder Fehlermeldung des Systems auf einen Weiterleitungsauftrag des Resellers hin neue Weiterleitungsaufträge in derselben Sache erforderlich, d.h. ein erfolglos gebliebener Auftrag wird gegenstandslos. Es kann, nachdem die Beklagte im Zuge dieses Verfahrens zur Vorlage diverser Fehlermeldungen aus den berührten Fällen in der Lage war, zwar vorausgesetzt werden, dass an irgendeiner Stelle ihres komplexen, elektronisch gesteuerten Systems diese erfolglos gebliebenen, weil mit Fehlermeldungen beantworteten Weiterleitungsaufträge 21

archiviert werden. Nicht ersichtlich ist indes, dass die Mitarbeiter der Beklagten, welche die fraglichen *U-DSL*-Auftragsbestätigungen an diese beiden Kunden verschickt haben, um diesen Umstand und damit um den tatsächlich nur der Klägerin erteilten DSL-Auftrag wussten bzw. wissen konnten. Dessen hätte es aber bedurft, um eine zielgerichtete Behinderung annehmen zu können, weil, wie ausgeführt, nicht schon jede irgendwo im Unternehmen abrufbare mittelbare Information ausreicht, sondern es auf den konkreten Wissensstand des handelnden Mitarbeiters ankommt.

c) 22

Auch der Fall der Kundin B. ist nicht schlüssig vorgetragen. 23

Von Widersprüchlichkeiten des Vorbringens zum Zeitpunkt einer Auftragserteilung an die Klägerin abgesehen – ausweislich ihres Schriftsatzes vom 05.08.2005 sowie der Berufungserwiderung soll am 02.03.2005 zuerst die Beklagte mit einem *U-DSL*-Anschluss beauftragt worden sein und erst nach dessen Stornierung die Klägerin, demgegenüber erfolgen in dem Schriftsatz vom 10.02.2006 Ausführungen zu einem (zuerst?) der Klägerin am 02.03.2005 erteilten Auftrag – fehlt es jedenfalls an Vortrag dazu, dass der fragliche Klägerauftrag an die Beklagte noch vor deren Vertragsbestätigungsschreiben vom 14.03.2005 weitergeleitet worden wäre. Folglich kann diese Bestätigung, auch wenn sie ohne bzw. auf einen bereits stornierten Auftrag hin versandt worden sein sollte, mangels Kenntnis der Beklagten von einem zwischen dieser Kundin und der Klägerin zustande gekommenen Vertrag nicht von einer Behinderungsabsicht getragen gewesen sein. 24

d) 25

Hinsichtlich des Kunden T. vermochte die Klägerin nicht den ihr obliegenden Beweis zu führen, dass der für die Beklagte tätige Mitarbeiter die Auftragsbestätigung über *U-DSL* vom 22.10.2004 in Kenntnis der zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Vertragsverbindung dieses Kunden zur Klägerin und also wissentlich ohne entsprechende Berechtigung versandt hätte. 26

Der Zeuge T. hat in seiner Vernehmung vor dem Landgericht bestätigt, die Klägerin telefonisch am 01.10.2004 mit der Einrichtung eines *g.-DSL*-Anschlusses beauftragt zu haben. In Übereinstimmung hiermit steht der unstreitige Umstand, dass die Klägerin diesen Auftrag zunächst am 15.10., 18.10. und 19.10.2004 an die Beklagte weitergeleitet hat. Er hat überdies angegeben, sich anlässlich seiner Anrufe bei der Beklagten ausschließlich nach dem Stand seines *g.-DSL*-Antrags erkundigt zu haben, ohne zugleich der Beklagten einen entsprechenden DSL-Auftrag erteilt zu haben. Hierzu in unmittelbarem Widerspruch steht allerdings die Aussage des Zeugen F. als des Mitarbeiters, der nach dem eigenen Vortrag der Beklagten den Anruf des Zeugen T. am 22.10.2004 um 15.27 h entgegengenommen hat. Auf der Grundlage der von ihm vor seiner Vernehmung eingesehenen Unterlagen hat der Zeuge F. nämlich bekundet, anlässlich dieses Telefonats einen Auftrag des Kunden T. für *U-DSL* entgegen genommen zu haben. 27

Angesichts der sich gegenseitig ausschließenden Angaben beider Zeugen über den Inhalt ihres Telefonats vermag der Senat nicht von der Richtigkeit allein der Bekundungen des Zeugen T. auszugehen. Hinsichtlich des Kernpunkts, ob er nämlich in einem Telefonat mit einem Mitarbeiter der Beklagten auf die bereits bestehende Vertragsbeziehung zur Klägerin hingewiesen und dennoch, ohne einen entsprechenden Auftrag für *U-DSL* erteilt zu haben, eine sich hierüber verhaltende schriftliche Bestätigung erhalten hat, leidet die Aussage dieses Zeugen nämlich an gewissen Ungereimtheiten: In seiner als Anlage AS 2 vorgelegten 28

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <p>eidesstattlichen Versicherung vom 27.10.2004, d.h. zu einem Zeitpunkt unmittelbar nach den fraglichen Vorfällen, hat der Zeuge T. ausschließlich über <i>einen</i> Anruf bei der Beklagten, und zwar am 22.10.2004, berichtet, in welchem er sich – nur – nach dem Stand seiner <i>g.-DSL</i>-Bestellung erkundigt haben will. In seiner Vernehmung vor der Kammer am 25.04.2006 meinte er sich sodann allerdings an <i>vier</i> verschiedene Telefonate mit Mitarbeitern der Beklagten zu erinnern, ohne den insoweit bestehenden Widerspruch zu seinen früheren Bekundungen, welcher ihm von dem Landgericht offenkundig vorgehalten worden war, nachvollziehbar zu erklären. Überdies mutet es befremdlich und ungewöhnlich an, dass einer der Mitarbeiter der Beklagten, mit dem er eines der vier Telefonate geführt haben will, ihn ausgerechnet an einen dritten Konkurrenten, das Unternehmen "1+1", verwiesen haben soll und dass ihm überdies, obwohl die Vertragsgrundlage noch völlig offen gewesen sein soll, schon die Übersendung eines zur Herstellung der künftigen DSL-Verbindung benötigten Splitters zugesagt worden sei.</p> |    |
| <p>Lässt sich aber nicht feststellen, dass der Aussage des Zeugen T. der Vorzug gebührt, so fehlt es an den tatsächlichen Voraussetzungen einer Behinderungsabsicht.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 29 |
| <p>e)</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 30 |
| <p>Auch bei der Zeugin X. vermag der Senat nicht davon auszugehen, dass mit dem Vorgang eine gezielte Behinderung im Sinne des Klagevorwurfs verbunden war.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 31 |
| <p>Ausweislich des als Anlage K 14 vorgelegten Schreibens hat die Zeugin der Klägerin am 18.02.2005 einen Auftrag für <i>g.-DSL</i> erteilt. Unstreitig ist überdies, dass die Beklagte ihrerseits am 02.03.2005 eine Auftragsbestätigung für <i>U-DSL</i> an die Zeugin gesandt hat. Ob dieser tatsächlich ein Kundenauftrag vorausgegangen war oder nicht, bedarf keiner Sachaufklärung. Ihrem eigenen Vortrag zufolge will die Klägerin den ihr erteilten Auftrag nämlich erst am 10.03.2005 an die Beklagte weitergeleitet haben. Folglich kann die Beklagte zum Zeitpunkt ihrer Vertragsbestätigung, dem 02.03.2005, jedenfalls auf dem Weiterleitungsweg nichts von dem <i>g.-Auftrag</i> gewusst haben.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 32 |
| <p>Nach dem Ergebnis der von dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme ist auch nicht davon auszugehen, dass die Beklagte auf andere Weise von einem der Klägerin bereits erteilten Auftrag erfahren haben könnte.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 33 |
| <p>Die Klägerin vermochte nämlich nicht zu beweisen, dass ein Mitarbeiter der Beklagten anlässlich eines Telefonats am 02.03.2005 von der Zeugin X. über den der Klägerin bereits erteilten Auftrag informiert worden sei und sodann wider besseres Wissen eine Auftragsbestätigung versandt habe. In ihrer Vernehmung hat die Zeugin zunächst bekundet, von einem derartigen Telefonat am 02.03.2005 nichts zu wissen. Erst auf Vorhalt hat sie eingeräumt, dass das Gespräch stattgefunden haben könnte, allerdings ohne dass sie auf eine konkrete Erinnerung zurückzugreifen und Einzelheiten zu schildern vermocht hätte. Angesichts der auf der Grundlage dieser Aussage verbleibenden erheblichen Unsicherheiten vermag der Senat nicht die für die Annahme einer gezielten Behinderung notwendige Überzeugung zu gewinnen.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 34 |
| <p>3.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 35 |
| <p>Ob allein schon die Versendung einer Auftragsbestätigung an Kunden, die einen Auftrag nicht erteilt haben, als i.S. des § 3 UWG unlauter zu verbieten ist, bedarf keiner Entscheidung, nachdem der Streitgegenstand ausweislich der Fassung der Anträge sowie nach der gesamten Klagebegründung allein auf den Umstand einer mit der falschen</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 36 |

Auftragsbestätigung verbundenen gezielten Behinderung der Klägerin zugeschnitten ist.

4. 37

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 38

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. 39

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Insbesondere rechtfertigt sich diese aus den erörterten Gründen nicht aus einer Abweichung zu den zitierten Urteilen der Oberlandesgerichte Frankfurt a.M. und Oldenburg. 40