

4 O 360/14



Verkündet am 25.06.2015

Trappe, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

Landgericht Essen

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil



In dem Rechtsstreit

des Herrn ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~

Klägers,

Prozessbevollmächtigter : Rechtsanwalt Frank Dohrmann, Es-
sener Straße 89, 46236 Bottrop,

g e g e n

die ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~, gesetzlich vertreten durch die ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~ und die ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~, diese vertreten durch ihre Ge-
schäftsführer ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter : Rechtsanwalt ~~Wolfgang Dickmeis, Hauptberuflicher Richter am Landgericht Essen, Vorsitzender des Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats, Vorsitzender des 4. Senats,~~

hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Essen
auf die mündliche Verhandlung vom 25.06.2015
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dickmeis,
den Richter am Landgericht Dr. Willmann

und die Richterin Kleymann

für Recht erkannt :

1 .

Der Beklagten wird, bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, untersagt,

Gewerbetreibende und Freiberufler, ohne von diesen vorher dazu aufgefordert worden zu sein oder ohne dass vorher ein Einverständnis vermutet werden kann, anzurufen, um diese

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken

auf Angebote zu kostenpflichtigen Werbeauftritten auf der Internetplattform der Beklagten ~~XXXXXXXXXX~~ (~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~) anzusprechen, die nicht bereits Gegenstand einer bestehenden Geschäftsbeziehung sind,

wie geschehen durch den Telefonanruf der Mitarbeiterin der Beklagten, ~~XXXXXX~~ ~~XXXXXX~~, am 27.05.2014 in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers.

2 .

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 412,60 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 22.11.2014 zu zahlen.

3 .

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 28.000 €.

Am 27.05.2014 rief eine Mitarbeiterin der Beklagten (~~Person~~) die Mitarbeiterin ~~Person~~ der Kanzlei von Rechtsanwalt Dohrmann an, um ihn für eine gewerbliche Werbung auf der Internetplattform ~~Person~~ (~~Person~~) zu interessieren. Ergänzend wurde Rechtsanwalt Dohrmann am 27.05.2014 dazu eine Werbe-Mail (Bl. 10-11 d.A.) zugesandt. Hierüber informierte Rechtsanwalt Dohrmann den Kläger, der ihn mit der Durchführung eines wettbewerblichen Unterlassungsverfahrens mandatierte.

Mit einstweiliger Verfügung vom 13.06.2014 und bestätigendem Urteil vom 29.08.2014 wurde der Beklagten im Verfahren 43 O 77/14 des Landgerichts Essen das Führen unaufgeforderter Werbeanrufe untersagt. Zu weiteren Einzelheiten wird auf das vorgenannte Urteil verwiesen. Mit Schreiben vom 21.10.2014 (Bl. 22-23 d.A.) forderte Rechtsanwalt Dohrmann die Beklagte unter Fristsetzung zum 21.11.2014 vergeblich zur Abgabe einer Abschlusserklärung und zum Ausgleich von Anwaltshonorar in Höhe von 412,60 € netto auf.

II .

Der Kläger ist der Auffassung, dass der Werbeanruf der Beklagten vom 27.05.2014 als eine Verletzung des § 7 II Nr.2 UWG zu würdigen sei. Es habe der Beklagten für den Anruf an der notwendige Einwilligung oder mutmaßlichen Einwilligung von Rechtsanwalt Dohrmann gefehlt. Diese Einwilligung ergebe sich nicht schon aus dem 2009 mit Rechtsanwalt Dohrmann abgeschlossenen Lizenzvertrag. Rechtsanwalt Dohrmann habe damals nämlich hinreichend deutlich gemacht, dass er einer in § 10 des Vertragsentwurfs enthaltenen AGB-Klausel nicht zustimme wolle. Der Kläger behauptet, Rechtsanwalt Dohrmann habe sich 2009 mit der Beklagten dann auch dahin geeinigt, dass er keinerlei Werbeanrufe erhalten.

Das mit der Klage verfolgte Unterlassungsbegehren sei nicht rechtsmissbräuchlich. Einerseits sei die Frage, ob von Rechtsanwalt Dohrmann Berufspflichten gemäß § 43b BRAO verletzt worden seien, für die Beurteilung des Verhältnisses der Parteien zueinander unerheblich. Andererseits habe Rechtsanwalt Dohrmann den Kläger auch nicht um die Erteilung eines wettbewerblichen Mandats ersucht.

Mit Rücksicht auf das Schreiben vom 21.10.2014 werde ergänzend Erstattung von Anwaltskosten von 412,60 € netto beansprucht.

Der Kläger beantragt :

1 .

Der Beklagten wird, bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, untersagt,

Gewerbetreibende und Freiberufler, ohne von diesen vorher dazu aufgefordert worden zu sein oder ohne dass vorher ein Einverständnis vermutet werden kann, anzurufen, um diese im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken

auf Angebote zu kostenpflichtigen Werbeauftritten auf der Internetplattform der Beklagten ~~www.berlin.de~~ (~~www.berlin.de~~) anzusprechen, die nicht bereits Gegenstand einer bestehenden Geschäftsbeziehung sind,

wie geschehen durch den Telefonanruf der Mitarbeiterin der Beklagten, ~~Beate~~, am 27.05.2014 in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers.

2 .

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 412,60 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 22.11.2014 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

III .

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das Unterlassungsbegehren rechtsmissbräuchlich im Sinn des § 8 IV UWG sei. Hierzu behauptet sie, dass Rechtsanwalt Dohrmann den Kläger unter Verletzung des § 43b BRAO um ein Mandat ersucht habe, in der Absicht, auf diese Weise höhere Anwaltshonorare für die Abmahnung erlangen zu können. Es treffe nicht zu, dass sich der Kläger zum Zeitpunkt des Werbeanruf nur zufällig im Büro von

Rechtsanwalt Dohrmann aufgehalten habe, sich über das Werbeverhalten der Beklagten geärgert habe und Rechtsanwalt Dohrmann dann spontan mit einer Abmahnung beauftragt habe.

Hierzu hat sich die Beklagte auf das Zeugnis der Mitarbeiterin ~~xxxxxx~~ berufen. Eine zu diesem Punkt beabsichtigte Befragung der Zeugin wurde dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 25.06.2015 durch die Kammer verwehrt. Zu weiteren Einzelheiten dieser Zeugenbefragung wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.06.2015 verwiesen.

Die Beklagte meint weiter, ein Unterlassungsanspruch bestehe auch deshalb nicht, weil angesichts von § 10 der AGB des am 03.03.2009 / 04.03.2009 geschlossenen Lizenzvertrages von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen werden könne. Zwar solle nicht in Abrede gestellt werden, dass Rechtsanwalt Dohrmann diese Vertragsregelung abgelehnt und eine handschriftlich vermerkte Abänderung durchgesetzt habe. Der handschriftliche Vorbehalt habe sich aber nur auf „Fremdfirmen“ bezogen. Die Beklagte habe daher davon ausgehen können, dass mit Telefonwerbung durch sie selbst ein Einverständnis bestehe.

Die geforderten Abmahnkosten seien schließlich deshalb nicht ersatzfähig, weil es zur Abmahnung keiner Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes bedurft habe.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

I .

Der Kläger kann gemäß den §§ 8 III Nr.1, 8 I 1 - 4 Nr.11, 7 II Nr.2 UWG die im Urteil tenorierte Unterlassung verlangen.

1 .

Die Parteien sind Mitbewerber im Sinn der §§ 8 III Nr.1, 2 I Nr.3 UWG, weil beide Parteien sich an Rechtsanwälte wenden, um diesen gewerblich Werbeflächen anzubieten. Der Kläger schaltet solche Werbeanzeigen auf Faltpänen und Wandplänen. Die Beklagte wirbt für Eintragungen auf einer Internetseite „~~xxxxxx~~“

~~gibt an, dass die Beklagte~~". Die Beklagte ist hierbei auch im räumlichen Werbebereich des Klägers tätig.

Dass beide Parteien die Werbung in unterschiedlichen Medien anbieten, ist für die Annahme eines Konkurrenzverhältnisses nicht von Bedeutung. Gibt ein Rechtsanwalt aus seinem Werbeetat nämlich Beträge für den Anwaltsuchdienst aus, sinkt die Möglichkeit des Klägers, seinerseits mit dem Anwalt einen für ihn wirtschaftlich einträglichen Werbevertrag abzuschließen (vgl.: BGH, 29.04.2010 - I ZR 99/08 - GRUR 2011, 82 ; BGH, 22.04.2009 - I ZR 216/06 - NJW 2009, 3511).

2 .

Die Beklagte hat durch den Werbeanruf vom 27.05.2014 das Verbot des § 7 II Nr.2 UWG verletzt, was eine Wiederholungsgefahr im Sinn des § 8 i 1 UWG indiziert. Der § 7 II Nr.2 UWG regelt im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten (§ 4 Nr. 11 UWG).

Unter Verletzung des § 7 II Nr.2 UWG rief am 27.05.2014 un-
streitig eine Mitarbeiterin der Beklagten (~~geborene~~)
in der Kanzlei von Rechtsanwalt Dohrmann an, um ihm zu einer
Werbung auf der Internetplattform ~~www.legalnet.de~~ (~~Rechtsanwälte~~
~~www.legalnet.de~~) zu veranlassen. Das Werbeverhalten dieser
Mitarbeiterin ist der Beklagten gemäß § 8 II UWG zuzurechnen.

Es fehlte insoweit an einer zeitnahen ausdrücklichen Einwilligung des Rechtsanwalts Dohrmann. Gestritten wird zwischen den Parteien darüber, ob sich aus dem Vertrag vom 03.03.2009 / 04.03.2009 und der handschriftlichen Veränderung zu § 10 AGB eine im Jahr 2009 erteilte ausdrückliche oder zumindest mutmaßliche Einwilligung ergibt. Davon geht die Kammer aus folgenden Gründen nicht aus :

a)

In § 10 dieser AGB (BA 34) wurde formuliert :

„Der LN ist damit einverstanden, dass der LG und seine verbundenen Unternehmen seine Kontaktinformationen, einschließlich Namen und Telefonnummern ... speichern und nutzen dürfen. Solche Informationen können im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung verarbeitet und genutzt werden und an Subunternehmer, Vertriebspartner ... zum Zwecke der gemeinschaftlichen Geschäftsaktivitäten weitergegeben werden (z.B. zur Bearbeitung von Bestellungen, für Werbung, E-Mail-Informationen, zur Marktforschung).“

Zu dieser Klausel vermerkte Rechtsanwalt Dohrmann handschriftlich im Vertragsformular :

„Keine Werbeanrufe, Faxe oder Emails von Fremdfirmen gewünscht.“

Diese handschriftliche Ergänzung führte zur Unwirksamkeit der gesamten AGB-Klausel, denn durch die gemäß § 305b BGB vorrangige Abrede war klargestellt, dass diese so nicht für das Vertragsverhältnis gelten sollte. Wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion führte das insgesamt zur Unwirksamkeit der Klausel und es gelten gemäß § 306 II BGB wieder die gesetzlichen Vorschriften. Es war daher rechtlich nicht zu prüfen, ob sich die vorgenannte Klausel sprachlich noch so umgestalten lässt, dass sie sich mit dem 2009 geäußerten vertraglichen Bindungswillen des RA Dohrmann noch vereinbaren ließe.

b)

Das schließt nicht aus, dass unabhängig von der Klausel noch eine für § 7 II Nr.2 UWG hinreichende „mutmaßliche Einwilligung“ gegeben sein könnte. Die Beklagte zieht aus dem Umstand, dass Rechtsanwalt Dohrmann Werbung für „Fremdfirmen“ untersagte, hierbei den Umkehrschluss, er habe telefonischer Werbung durch die Beklagte selbst dann stets gestatten wollen. Dieser Einschätzung schließt sich die Kammer für die hier von der Beklagten beworbenen Produkte nicht an :

Grundsätzlich durfte die Beklagte aus dem Bestehen einer Geschäftsbeziehung nicht den Schluss ziehen, dass Rechtsanwalt Dohrmann mit Telefonwerbung generell weitgehend einverstanden ist. Der handschriftliche Zusatz machte für die Beklagte vielmehr deutlich, dass Rechtsanwalt Dohrmann keine telefonische Werbung durch Dritte wünschte, also ein Interesse daran hatte, nicht mit Werbung belästigt zu werden, die nicht mit dem von der Beklagten vermarkteten Produkt in einem Zusammenhang stehen. Bei solchem Vorbehalt ließ der Umstand, dass die AGB-Textpassage : *im Rahmen der bestehenden „Geschäftsbeziehung“* nicht begleitend gestrichen oder in *„Vertragsbeziehung“* abgeändert wurde und dass der handschriftliche Vermerk auf *„Fremdfirmen“* verwies, für die Beklagte nicht den Schluss zu, dass Rechtsanwalt Dohrmann gegen belästigende Werbeanrufe der Beklagten selbst nichts einzuwenden, auch wenn diese nicht mit dem 2009 vermarkteten Produkt in Zusammenhang stehen. Es musste sich für die Beklagte nämlich aufdrängen, dass Rechtsanwalt Dohrmann über die ganze Bandbreite der geschäftlichen Aktivitäten der nach ihrer Namensgebung eher im Computer-Bereich tätigen Beklagten 2009 möglicherweise nicht vollständig im Bilde

war und annahm, die Beklagte befasse sich nur mit Hard- und Software, also vertragsrelevanten und für ihn interessanten Bereichen. Dass die Beklagte auch gewerbliche Eintragungen auf Werbeportalen für Anwälte anbietet, war dem Lizenzvertrag nämlich auch nicht ansatzweise zu entnehmen. Aus dem Lizenzvertrag konnte die Beklagte daher keine hinreichend verlässlichen Schlussfolgerungen auf ein von der Art der beworbenen Produkte unabhängiges Einverständnis mit Werbeanrufen ziehen.

3 .

Nach der Beweisaufnahme vermag die Kammer nicht festzustellen, dass der Kläger rechtsmissbräuchlich im Sinn des § 8 IV UWG handelt. Für ein rechtsmissbräuchliches Handeln bestehen vielmehr keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Ein rechtsmissbräuchliches Handeln ist dann anzunehmen, wenn das beherrschende Motiv des Klägers zur Abmahnung nicht der Schutz vor wettbewerbswidrigen Werbemethoden einer Konkurrentin, sondern ein sachfremdes Ziel war. Ein solches sachfremdes Motiv wäre das Gebührenerzielungsinteresse. Von einem beherrschenden Gewinnerzielungsinteresse wäre dabei auszugehen, wenn die äußeren Umstände in ihrer Gesamtheit aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers deutlich machten, dass der Kläger kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbspolitisches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann (vgl.: OLG Hamm, 17.11.2009 - 4 U 148/09 - NJOZ 2010, 927 ; OLG Hamm, 12.11.2009 - 4 U 93/09 - GRUR-RR 2010, m 356). Das steht zur Überzeugung der Kammer indessen nicht fest.

Die für die Voraussetzungen des § 8 IV UWG darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat zur wirtschaftlichen Situation des Klägers, der Häufigkeit seiner Abmahnungen oder zum Umfang dabei übernommener prozessualer Kostenrisiken nichts ausgeführt. Hieraus vermag das Gericht im Rahmen der vorgenommenen Gesamtabwägung daher keine Schlüsse zu ziehen. Die Beklagte hat zu § 8 IV UWG die Behauptung aufgestellt, dass Rechtsanwalt Dohrmann den Kläger zur Erzielung von Gebühren unter Verletzung des § 43b BRAO geworben habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dies zutrifft. Aus der Verletzung des § 43b BRAO könnte nämlich rechtlich nur der Schluss gezogen werden, dass es Rechtsanwalt Dohrmann um die Erzielung von Gebühren gegangen sein kann. Zu einer prozesserheblichen Verletzung des § 8 IV UWG im Verhältnis der Parteien kommt man nämlich nur dann, wenn sich überdies hinreichend feststellen ließe, dass es auch dem Kläger um diese Erzielung von Gebühren gegangen sein wird, entweder weil er Rechtsanwalt Dohrmann so eine Gefälligkeit erweisen wollte oder aber weil er selbst von der Gebührenerzielung in irgendeiner Weise wirt-

schaftlich profitierte. Das lässt sich mangels hinreichender Anhaltspunkte zum Inhalt der Absprachen zwischen dem Kläger und Rechtsanwalt Dohrmann indessen nicht feststellen.

Die Beklagte muss insoweit der prozessualen Nachteil daraus tragen, dass sich hierzu durch Vernehmung der Zeugin ~~XXXXXX~~ ~~XXXXXX~~ keine Erkenntnisse gewinnen ließen. Die Kammer war dabei aufgrund des § 383 III ZPO prozessual daran gehindert, die Zeugin auch zu Tatsachen zu befragen, zu welchen sie der Verschwiegenheitspflicht unterlag. Hierzu gehören sämtliche Umstände zur Herbeiführung der Mandatierung, zu deren Inhalt, aber auch schon die Frage, ob sich der Kläger als späterer Mandant am Tag des Werbeanrufs in der Kanzlei eingefunden hat und welche Gespräche er dort mit Rechtsanwalt Dohrmann führte. Der Gesetzgeber nimmt insoweit in Kauf, dass bei einer ausbleibenden Entbindung von der Schweigepflicht beweissbedeutsame Tatsachen zum Nachteil des Prozessgegners auch ungeklärt bleiben können.

Es drängt sich für die Kammer auch nicht aufgrund sonstiger Umstände auf, dass der Kläger nicht von einer wettbewerblichen Motivation geleitet sein kann. Hierzu ist aufgrund der Verfahren 44 O 169/05, 44 O 119/06, 44 O 142/06, 44 O 123/11 und 44 O 127/12 des Landgerichts Essen gerichtsbekannt, dass der Kläger Verletzungen des § 7 II UWG durch Konkurrenten häufig zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen macht und auch bereit ist, die damit verbundenen Kostenrisiken zu tragen.

II .

Gemäß den §§ 683, 670 BGB sind dem Kläger die Kosten für das Abschlusschreiben vom 21.10.2014 (Bl. 22-23 d.A.) in begehrtter Höhe von 412,60 € netto zu ersetzen (vgl.: BGH, 30.06.2011 - I ZR 157/10 - NJW 2012, 1449).

Die Notwendigkeit einer Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung ergab sich hier schon deshalb, weil es rechtlich problematisch und umstritten war, ob eine „mutmaßliche Einwilligung“ im Sinn des § 7 II Nr.2 UWG vorlag.

Die Berechnung der anwaltlichen Gebühren nach einem Streitwert von 12.000 € ist nicht zu beanstanden. Der Streitwert ist nicht überhöht. Der 4. Senat des OLG Hamm (06.02.12 - 4 W 4/12 - NJOZ 2012, 1502) hat für Werbefaxe entschieden, dass bei der Bemessung des Streitwerts einer Klage auf Unterlassung zu berücksichtigen ist, dass die Werbung eine unzumutbare Belästigung des Empfängers darstellt, weil sie zu einer zeitweiligen Blockade des Anschlusses und damit zur Behinderung des

Geschäftsbetriebs führt. Das rechtfertigt einen Streitwert von bis zu 10.000 €. Dieser Auffassung schließt sich die Kammer an. Hierbei geht sie davon aus, dass Werbeanrufer für den anwaltlichen Geschäftsbetrieb noch etwas störender sind als Werbefaxe. Das rechtfertigt es, von einem etwas höheren Streitwert von 12.000 € auszugehen.

Der Kammer erscheint es gebührenrechtlich auch unbedenklich, dass sich RA Dohrmann bei der Gebührenberechnung an Nr. 2300 VV RVG orientiert hat (vgl.: BGH, 19.05.2010 - I ZR 140/08 - ; BGH, 04.02.2010 - I ZR 30/08 - GRUR 2010, 1038).

IV .

Das Zinsbegehren ist gemäß den §§ 286 II Nr.1, 288 BGB begründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus § 709 S.1 ZPO.

Dickmeis

Richter am Landgericht
Dr. Willmann ist
erkrankt und zur
Unterschrift nicht
in der Lage
Dickmeis

Kleymann

Beglaubigt

Trappe
Justizbeschäftigte

