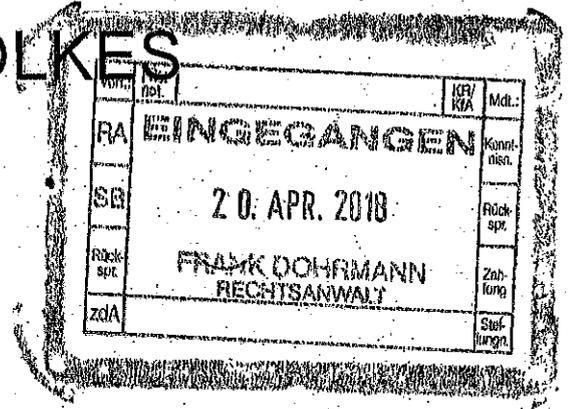




Verkündet am 15.03.2018

Barnick,
Justizbeschäftigter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

LANDGERICHT ESSEN IM NAMEN DES VOLKES URTEIL



In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Herrn [REDACTED]

Verfügungsklägers,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Frank Dohrmann,
Essener Str. 89, 46236 Bottrop,

gegen

die [REDACTED]
den Geschäftsführer, Herrn [REDACTED]

Verfügungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

hat die 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen
auf die mündliche Verhandlung am 15.03.2018
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. Kahleyß sowie die Handelsrichter Metzger und Schmitz

für Recht erkannt :

Die einstweilige Verfügung der Kammer vom 22.12.2017 wird bestätigt.

Die Verfügungsbeklagte trägt die weiteren Kosten des Verfahrens.

Tatbestand

Der Verfügungskläger betreibt eine Internetagentur, welche sich schwerpunktmäßig mit der Erstellung, Unterstützung, Werbung und dem Schutz von Homepages befasst. Außerdem bietet der Verfügungskläger Leistungen im Bereich der Suchmaschinenoptimierung sowie die Unterstützung der Bewerbung in sozialen Netzwerken an. Diesbezüglich betreut er u.a. seinen Prozessbevollmächtigten.

Die Verfügungsbeklagte bietet ebenfalls Leistungen im Bereich des Suchmaschinenmarketings und der Suchmaschinenoptimierung sowie der Webentwicklung an.

Im Internetauftritt des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers ist im Impressum aufgeführt:

„Die von unserer Kanzlei zur Verfügung gestellten Telefonnummern, Telefaxnummer sowie E-Mail-Adressen dienen nur der Kontaktaufnahme für Mandanten sowie der Kommunikation mit der Gegenseite, den Behörden und Gerichten und dürfen ohne vorherige Einwilligung nicht zu Werbezwecken missbraucht werden.“

Am 23.11.2017 rief eine Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten, Frau [REDACTED] bei dem Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers an und bot ein persönliches Gespräch mit einer Außendienstmitarbeiterin an.

Der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers vereinbarte daraufhin einen kostenlosen Besprechungstermin, der mit E-Mail vom 23.11.2017 (Anl. AG 8 zur Widerspruchsschrift, Bl.

68) von der Verfügungsbeklagten bestätigt und am 06.12.2017 mit der Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten Frau [REDACTED] durchgeführt wurde. Im Rahmen des Gespräches bot die Verfügungsbeklagte eine Suchmaschinenoptimierung sowie die Erstellung einer suchmaschinenoptimierten Homepage und die Bewerbung mit Google-Adwords an.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 13.12.2017 (Anl. zur Antragsschrift, Bl. 19) mahnte der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 18.12.2017 auf.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.12.2017 (Anl. zur Antragsschrift, Bl. 24) wies die Verfügungsbeklagte die geltend gemachten Ansprüche zurück.

Der Verfügungskläger meint, das Vorgehen der Verfügungsbeklagten sei wettbewerbswidrig und verstoße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.

Insbesondere angesichts des Hinweises auf seiner Homepage könne eine mutmaßliche Einwilligung nicht unterstellt werden. Die Verfügungsbeklagte habe bei dem ersten Anruf vom 23.11.2017 auch lediglich mitgeteilt, dass es um die Optimierung der Auffindbarkeit der Internetseite gehe, jedoch nicht auf die Kostenpflichtigkeit ihrer weiteren Angebote hingewiesen.

Mit Beschluss vom 22.12.2017 (Bl. 26ff.) hat die Kammer antragsgemäß eine einstweilige Verfügung erlassen, in der sie der Verfügungsbeklagten untersagt hat, Gewerbetreibende und selbständig beruflich Tätige, ohne vorher dazu aufgefordert worden zu sein oder ohne dass vorher ein Eingeständnis vermutet werden kann, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs per Telefon auf Angebote kostenpflichtiger Werbeauftritte, Suchmaschinenoptimierung oder Google-Adwords-Kampagnen anzusprechen, die nicht Gegenstand einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung sind, wie geschehen durch den Telefonanruf der Mitarbeiterin Frau [REDACTED] vom 23.11.2017 in den Kanzleiräumen von Rechtsanwalt Frank Dohrmann aus Bottrop.

Die einstweilige Verfügung ist der Verfügungsbeklagten am 06.01.2018 sowie am 08.01.2018 zugestellt worden (Bl. 73). Mit Schriftsatz vom 18.01.2018 hat die Verfügungsbeklagte Widerspruch eingelegt.

Mit Schriftsatz vom 05.02.2018 hat der Verfügungskläger antragserweiternd die Stellung eines Hilfsantrages angekündigt. Dieser war gerichtet auf Untersagung von werblichen Telefonanrufen ohne vorherige Aufforderung oder vermutetes Einverständnis, wie geschehen durch einen – von der Verfügungsbeklagten behaupteten und vom Verfügungskläger bestrittenen – Telefonanruf einer Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten vom 22.11.2017 in den Kanzleiräumen des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers.

Den Antrag hat der Verfügungskläger in der öffentlichen Sitzung vom 15.03.2018 nicht gestellt.

Der Verfügungskläger beantragt,

die einstweilige Verfügung der Kammer vom 22.12.2017 aufrechtzuerhalten.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Essen vom 22.12.2017 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte meint, die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sei rechtsmissbräuchlich.

Der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers habe den Eindruck erweckt, an den Leistungen der Verfügungsbeklagten interessiert zu sein, um dann hinterher seinen Mandanten zu informieren. Da der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers nicht von vornherein den Anruf zurückgewiesen habe, stehe ersichtlich das Gebührenerzielungsinteresse im Vordergrund. Außerdem habe der Verfügungskläger zur Abgabe der Unterlassungserklärung eine unangemessen kurze Frist gesetzt und der Abmahnung einen unangemessen hohen Gegenstandswert von 25.000,00 € zugrunde gelegt.

Darüber hinaus meint die Verfügungsbeklagte, ihr Vorgehen sei durch eine mutmaßliche Einwilligung gedeckt, so dass kein Verfügungsanspruch bestehe.

Die Verfügungsbeklagte habe sich sorgfältig auf den Anruf vorbereitet und am 22.11.2017 sowie erneut am 24.11.2017 die Internetseite des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers angesehen und auf Verbesserungsbedarf überprüft.

Ein derartiger Verbesserungsbedarf habe tatsächlich bestanden, weil die Internetseite insbesondere nicht für mobile Geräte ausgelegt sei. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Ausführungen auf S. 3ff. der Widerspruchsschrift (Bl. 34ff.) Bezug genommen.

Daher habe die Verfügungsbeklagte als Werbende bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls davon ausgehen dürfen, der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers stehe dem Anruf positiv gegenüber.

Die Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten Frau [REDACTED] habe zudem das Sekretariat des Prozessbevollmächtigten der Verfügungsklägerin bereits am 22.11.2017 telefonisch kontaktiert und mitgeteilt, dass sie allgemeine Informationen bezüglich der Sichtbarkeit bei Google sowie des Optimierungsbedarfs der Website habe und dass es um ein unverbindliches Beratungsgespräch gehe. Vom Sekretariat sei mitgeteilt worden, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers am Folgetag ab 14:30 Uhr zu erreichen sei. Daher habe Frau [REDACTED] am 23.11.2017 erneut angerufen, auf den Anruf vom Vortag verwiesen und mit dem Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers gesprochen. Daraufhin sei der Termin am 06.12.2017 vereinbart worden, in dem der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers deutliches Interesse an den Angeboten der Verfügungsbeklagten gezeigt habe.

Angesichts dieser Umstände liege sogar eine ausdrückliche Einwilligung für den verfahrensgenständlichen Anruf vom 23.11.2017 vor. Diese Einwilligung habe von der Sekretärin erklärt werden können.

Der Begründetheit eines Verfügungsantrags wegen der etwaigen Wettbewerbswidrigkeit des Erstanrufs vom 22.11.2017 stehe die fehlende Eilbedürftigkeit entgegen, nachdem seither über ein Monat vergangen sei und der Verfügungskläger seinen Antrag ursprünglich ausschließlich auf den Anruf vom 23.11.2017 gestützt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird im Übrigen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie der dem Gericht überreichten Unterlagen ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die einstweilige Verfügung der Kammer ist zu bestätigen, da der Antrag des Verfügungsklägers zulässig und begründet ist.

I. Der Verfügungsantrag ist zulässig.

Der Antrag ist insbesondere nicht gemäß § 8 Abs. 4 UWG unzulässig wegen Rechtsmissbrauchs.

1. Ein Missbrauch liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.10).

Das Vorliegen eines Missbrauchs ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen (BGH GRUR 2001, 354, 355), wobei u.a. die Motive und Zwecke der Geltendmachung des Anspruchs, die Art und der Umfang des Wettbewerbsverstoßes, das Verhalten des Verletzers nach dem Verstoß sowie das Verhalten des Anspruchsberechtigten bei der Verfolgung des Verstoßes zu berücksichtigen sind (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.11, s. zu allem auch BGH GRUR 2012, 730ff., Rn. 13-15). Im Rahmen dieser Gesamtwürdigung ist ein Missbrauch insbesondere dann anzunehmen, wenn die Abmahn Tätigkeit sich verselbstständigt, d.h. in keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht und bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann (BGH GRUR 2001, 354, 355).

Weitere Beispiele sind die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen vorwiegend im Interesse der Bindung personeller und finanzieller Kräfte des Antragsgegners durch möglichst hohe Prozesskosten, ferner die Erhebung mehrerer Verfahren gegen denselben Anspruchsgegner wegen eines einheitlichen Wettbewerbsverstoßes oder Mehrfachklagen mehrerer Anspruchsberechtigter aufgrund eines abgestimmten oder zentral koordinierten Verhaltens (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.12ff.).

Für die Feststellung des Rechtsmissbrauchs gilt zwar das Freibeweisverfahren; ein non liquet geht aber zu Lasten des Beklagten, da grundsätzlich von der Zulässigkeit der Geltendmachung des Anspruchs auszugehen ist. Grundsätzlich ist es daher Sache des Beklagten, Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen und dafür Beweis anzubieten (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.25).

2. Nach diesen Kriterien hat die Verfügungsbeklagte ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Verfügungsklägers nicht glaubhaft gemacht.

a) Anhaltspunkte für ein im Vordergrund stehendes Gebührenerzielungsinteresse bestehen nicht.

Der vom Verfügungskläger angesetzte Gegenstandswert der Abmahnung ist nicht unangemessen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich lediglich um einen einzigen, dabei aber erheblichen und vorsätzlichen Verstoß handelt. Durch unerlaubte Kaltakquise verschafft sich der Mitbewerber einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Schon um eine Nachahmung und Wiederholung zu verhindern, ist der Ansatz nicht unerheblichen Wertes geboten. Dass der Verfügungskläger den Wert des Verfügungsverfahrens (15.000,00 €) geringfügig niedriger als 2/3 des von ihm angenommenen Hauptsachewertes (25.000,00 €) angesetzt hat, führt nicht zu einer Rechtsmissbräuchlichkeit aus dem Gesichtspunkt überhöhter Gebührenauslösung.

b) Es kann kein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Verfügungskläger und seinem Prozessbevollmächtigten zu Lasten der Verfügungsbeklagten festgestellt werden.

Ob sich der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers durch sein Verhalten widersprüchlich verhalten hat, ist für die Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit unerheblich, weil dies jedenfalls dem Verfügungskläger nicht zuzurechnen wäre. Aus diesem Grund ist in die Beurteilung auch nicht einzubeziehen, dass sich der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers zunächst mit der Durchführung des Präsentationstermins einverstanden erklärt und eine Beratung durch die Verfügungsbeklagte nicht sogleich abgelehnt hat.

c) Schließlich führt auch die Dauer der im Rahmen der Abmahnung gesetzten Frist nicht zu einer Rechtsmissbräuchlichkeit.

Zwar wird im Regelfall eine Frist von einer Woche bis zehn Tagen ab Zugang der Abmahnung als angemessen anzusehen sein (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 12 UWG, Rn. 1.21). Eine zu kurze Fristsetzung führt aber lediglich dazu, dass statt der unangemessen kurzen Frist eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 12 UWG, Rn. 1.22).

Die Unterschreitung der angemessenen Frist allein führt noch nicht zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung selbst.

II. Der Antrag ist auch begründet.

1. Dem Verfügungskläger steht gegen die Verfügungsbeklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß den §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu.

a) Der Verfügungskläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG als Mitbewerber aktivlegitimiert.

Mitbewerber ist jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

An die Feststellung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 2 UWG, Rn. 97). Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen als Anbietern ist jedenfalls dann gegeben, wenn sie die gleichen oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endabnehmerkreises abzusetzen versuchen; die Unternehmen müssen auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig sein (Köhler/Bornkamm/Feddersen, a. a. O., § 2, Rn. 108f.). Es kommt mithin darauf an, ob aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise die angebotenen Waren oder Dienstleistungen austauschbar sind. Das ist insbesondere der Fall, wenn Konkurrenzunternehmen oder Konkurrenzangebote (Waren oder Dienstleistungen) einander gegenüberstehen und dem Werbeadressaten dabei Kaufalternativen aufgezeigt werden, die geeignet sind, die Kaufentscheidung des Umworbene zu beeinflussen. Der Absatz des einen Unternehmens muss mithin auf Kosten des anderen gehen können (BGH GRUR 2002, 828f., Rn. 26) bzw. die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Waren oder Dienstleistungen müssen sich nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahestehen, dass sie der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Nachfrager als austauschbar ansieht (Köhler/Bornkamm/Feddersen, a. a. O., § 2, Rn. 108b).

Tätigkeitsumfang und Größe des Unternehmens sind für die Frage der wettbewerbsrechtlichen Aktivlegitimation unerheblich (OLG München LMuR 2013, 87ff., Rn. 205).

Danach liegt ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien vor, da beide im Bereich der Homepage- bzw. Suchmaschinenoptimierung tätig sind.

Allein dass die Verfügungsbeklagte sich auf die Betreuung von Rechtsanwälten und Ärzten spezialisiert haben mag, führt noch nicht dazu, dass ein sachlich anderer Markt beworben würde. Der Verfügungskläger betreut zudem unter Anderem seinen Prozessbevollmächtigten und damit ebenfalls einen Rechtsanwalt.

Da sich die wettbewerbswidrige Handlung nicht gegen die Mitbewerber selbst richten muss, ist es unerheblich, dass nicht der Verfügungskläger, sondern dessen Prozessbevollmächtigter angerufen worden ist.

b) Die Verfügungsbeklagte ist Anspruchsgegnerin, da sie gegen die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verstoßen hat.

Dabei hat sie sich das Handeln ihrer Mitarbeiterinnen gemäß § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist eine unzumutbare – und damit gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 UWG unzulässige – Belästigung stets anzunehmen bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Marktteilnehmer, der – wie hier der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers – nicht Verbraucher ist, ohne dessen ausdrückliche oder zumindest mutmaßliche Einwilligung.

aa) Bei dem Telefonanruf vom 23.11.2017 handelt es sich um Werbung.

Werbung ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Das Ziel der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen ist stets gegeben, wenn der Angerufene unmittelbar zu einem Geschäftsabschluss bestimmt werden soll. Ein Werbezweck liegt aber auch dann vor, wenn der Anruf mittelbar das Ziel verfolgt, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, beispielsweise bei einer telefonischen Ankündigung oder Vereinbarung eines Termins für einen Vertreterbesuch oder auch bei einem Anruf mit dem Ziel, eine Einwilligung in Werbeanrufe zu erlangen. Denn auch diese Maßnahmen dienen letztlich der Absatzförderung (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 7 UWG, Rn. 129, 130).

Damit stellt der Anruf vom 23.11.2017 eine Werbemaßnahme dar, da der Anruf zur Vereinbarung eines Gesprächstermins und in der Folge zur Erlangung eines entgeltlichen Auftrags dienen sollte.

bb) Der Werbeanruf ist nicht durch eine Einwilligung gedeckt.

(1) Eine ausdrückliche Einwilligung des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers ist nicht darin zu sehen, dass dieser das Gespräch mit der Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten am 23.11.2017 nicht abgebrochen sowie einen Gesprächstermin vereinbart hat.

Denn die Einwilligung muss schon vor dem Anruf vorliegen, so dass es nicht genügt, dass der Angerufene nachträglich, also bei oder nach dem Gespräch, den Anruf billigt (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 7 UWG, Rn. 144).

(2) Eine ausdrückliche Einwilligung liegt auch nicht aufgrund eines vorangegangenen Telefonats vom 22.11.2017 vor.

(2.1) Die darlegungs- und beweispflichtige Verfügungsbeklagte hat schon die Durchführung eines derartigen Telefonates nicht erforderlicher Weise glaubhaft gemacht.

Dies gilt ungeachtet der eidesstattlichen Versicherung der Mitarbeiterin [REDACTED] vom 18.01.2018 (Anl. AG 4 zur Widerspruchsschrift, Bl. 45).

Insofern muss die Kammer nämlich die entgegenstehende eidesstattliche Versicherung der Sekretariatsmitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers vom 05.02.2008 (Anl. zum Schriftsatz vom 05.02.2018, Bl 86) berücksichtigen.

Dass ein Telefonat am 22.11.2017 stattgefunden habe, vermag die Kammer bei Gegenüberstellung beider eidesstattlicher Versicherungen nicht festzustellen.

(2.2) Selbst wenn jedoch die Durchführung eines derartigen Telefonats glaubhaft gemacht oder bewiesen würde, führte dies nicht zu einer Rechtmäßigkeit des Werbeanrufs von 23.11.2017.

Diesbezüglich ergibt sich aus dem Vortrag der Verfügungsbeklagten schon nicht, dass sich die Sekretariatskraft mit der Durchführung eines Werbeanrufs einverstanden erklärt hätte.

Vielmehr teilte die Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten Frau [REDACTED] nach dem Inhalt der eidesstattlichen Versicherung Anl. ASt. 4 zur Antragsschrift lediglich mit, dass der Sekretariatskraft mitgeteilt habe, dass sie (Frau [REDACTED]) „allgemeine Informationen bezüglich der Sichtbarkeit bei Google und zum Optimierungsbedarf der Website“ habe. Das Sekretariat habe daraufhin mitgeteilt, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers am 23.11.2017 ab 14:30 Uhr wieder zu erreichen sei.

Daraus geht schon nicht hervor, dass es der Sekretariatskraft des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers bei dem Telefonat klar war, dass hier eine Werbemaßnahme vorbereitet werde.

Unabhängig davon vermag die Kammer auch nicht der Auffassung beizutreten, dass die Sekretariatskraft eines Rechtsanwalts generell berechtigt ist, für diesen eine Einwilligung zur Vornahme von Werbeanrufen auszusprechen. Vielmehr haben Sekretariatskräfte Telefonanrufe entgegenzunehmen und an die Berufsträger weiterzuleiten, ohne dass damit eine Entscheidungsbefugnis über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines Werbeanrufs verbunden wäre. Maßgebend ist vielmehr die Einwilligung des Rechtsanwalts als Anschlussinhaber. Nimmt ein Dritter den Anruf entgegen und weist dieser darauf hin, dass er nicht Anschlussin-

haber sei, muss sich der Anrufer darauf beschränken, um Weitervermittlung zu bitten (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 7 UWG, Rn. 144). Hier bedurfte es eines derartigen Hinweises nicht; da es offensichtlich war, dass die Sekretärin nicht selbst Anschlussinhaberin und damit auch nicht befugt zur Erteilung der Einwilligung war.

Eine Anwendung des § 56 HGB kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht, da der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers kein Handelsgewerbe betreibt.

(3) Schließlich fehlt es auch an einer mutmaßlichen Einwilligung.

Bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung im gewerblichen Bereich von einer mutmaßlichen Einwilligung des Anzurufenden ausgegangen werden kann, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen. Maßgebend ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände davon ausgehen kann, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls positiv gegenüberstehen. Dabei muss sich die mutmaßliche Einwilligung des anzurufenden Gewerbetreibenden nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung erstrecken. Der anzurufende Gewerbetreibende muss dementsprechend mutmaßlich (gerade) auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein. Eine mutmaßliche Einwilligung kann auch dann anzunehmen sein, wenn die Werbung durch Telefonanruf gegenüber einer schriftlichen Werbung zwar keine oder sogar weniger Vorzüge aufweist, den Interessen des Anzurufenden aber gleichwohl noch in einem Maß entspricht, dass die mit dem Anruf verbundenen Belästigungen hinnehmbar erscheinen (zu allem BGH „Suchmaschineneintrag“ GRUR 2008, 189ff., Rn. 15 – ZR 88/05).

Das sachliche Interesse des Angerufenen ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil ein allgemeiner Sachbezug zu den vom angerufenen Unternehmen angebotenen Waren oder Dienstleistungen besteht (BGH GRUR 2010, 939ff., Rn. 25; Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 7 UWG, Rn. 165). Auch im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung ist zu prüfen, ob der Werbende bei verständiger Würdigung aller ihm bekannten Umstände vor dem Anruf ein Einverständnis des Geschäftspartners annehmen konnte (OLG Hamm CR 2009, 784ff., Rn. 20).

Insgesamt trägt danach der Anrufer das Risiko einer subjektiven Fehleinschätzung (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 7 UWG, Rn. 165).

Nach diesen Maßstäben durfte die Verfügungsbeklagte nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers ausgehen.

(3.1) Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine Geschäftsbeziehung, die eine Rechtfertigung für die Stellung geringerer Anforderungen an die mutmaßliche Einwilligung darstellen könnte, zwischen dem Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers und der Verfügungsbeklagten nicht bestand.

(3.2) Soweit die Verfügungsbeklagte im Rahmen der Widerspruchsschrift (dort S. 7, Bl. 38) darauf abstellt, dass sie individuelle Anknüpfungspunkte für Verbesserungsbedarf des Internetauftritts des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers festgestellt habe, führt dies nicht dazu, dass eine mutmaßliche Einwilligung gegeben wäre.

Die von ihr vorgelegte Analyse der Website des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers (Anl. AG 7 zu Widerspruchsschrift, Bl. 63ff.) stellt vorrangig auf die fehlende Rechtskonformität im Hinblick auf Datenschutzbestimmungen ab. Dasselbe gilt für die ebenfalls am 14.12.2017 erstellte Analyse der Website des Verfügungsklägers (Anl. AG 8 zu Widerspruchsschrift, Bl. 65ff.).

Diesbezüglich durfte die Verfügungsbeklagte aber nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers als Rechtsanwalt Interesse an einer rechtlichen Beratung bedürfe und diese wünsche. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Vortrages in der mündlichen Verhandlung, dass die Einhaltung der Datenschutzkonformität auch computertechnische Kenntnisse erfordere.

Dasselbe gilt für die von der Verfügungsbeklagten angestellten Überlegungen zur Vermeidung kostenpflichtiger Abmahnungen.

(3.3) Ferner stellt die Beklagte auf den erheblichen Aufwand ab, mit dem sie die Internetseite des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers auf Verbesserungsbedarf hin durchgesehen und überprüft habe. Dabei habe sie festgestellt, dass die Internetseite nicht für mobile Geräte ausgelegt sei. Sie habe hierzu einen Test durchgeführt, der zu dem Ergebnis geführt habe, die Seite sei nicht für mobile Geräte „optimiert“ gewesen sei. Auch die Einbindung von Tools, Cookies und Widgets sei nicht ordnungsgemäß bzw. nicht datenschutzgemäß. In dem Kontaktformular des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers würden Daten ohne anerkanntes Verschlüsselungsverfahren übertragen.

Das genügt allerdings ebenfalls noch nicht, um eine mutmaßliche Einwilligung für die Führung eines Telefonates rechtfertigen zu können.

Dabei hat die Kammer zu berücksichtigen, dass eine besondere Eilbedürftigkeit entgegen dem Vortrag der Verfügungsbeklagten nicht bestand. Die hierzu herangezogenen Kostennachteile erscheinen mangels Spezifizierung nicht erheblich.

Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, dass eine Kontaktaufnahme per Brief untauglich oder weniger wirksam gewesen wäre. Vielmehr wäre es der Verfügungsbeklagten auf diesem Wege möglich gewesen, dem Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers gleichlautende und weitergehende Informationen zukommen zu lassen.

(3.4) Schließlich ist zu beachten, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers im Impressum seines Internetauftritts ausdrücklich darauf hinweist, dass die von der Kanzlei zur Verfügung gestellten Telefonnummern ausschließlich der Kontaktaufnahme für Mandanten sowie der Kommunikation mit der Gegenseite, den Behörden und Gerichten dienen und „ohne vorherige Einwilligung nicht zu Werbezwecken missbraucht werden“ dürfen.

Diese Angabe ist nicht besonders versteckt aufgeführt. Sie befindet sich an systematisch passender Stelle im Impressum und ist damit geeignet, eine mutmaßliche Einwilligung zu verhindern. Nach Auffassung der Kammer bezieht sich der Wortlaut der Erklärung auf das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung, da der Hinweis auf der Internetseite ansonsten überflüssig wäre.

Die Verfügungsbeklagte hätte – gerade weil sie nach eigenem Vortrag den Internetauftritt des Prozessbevollmächtigten der Verfügungsklägerin durch zwei Mitarbeiterinnen hat sichten lassen – diesen Einwilligungsausschluss bemerken und beachten müssen.

(3.5) Angesichts dieser Umstände kann ferner aus dem Verhalten des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers im Rahmen des Telefonates und des anschließenden Gespräches nicht auf eine mutmaßliche Einwilligung geschlossen werden.

Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Inhalts der eidesstattlichen Versicherung der Mitarbeiterin [REDACTED] (Anl. AG 4 zur Widerspruchsschrift, Bl. 45). Daraus geht lediglich hervor, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers den Eindruck gemacht habe, dass er ein deutliches Interesse an dem Thema habe.

Im Übrigen ist insofern zu berücksichtigen, dass sich die konkludente Einwilligung lediglich dann ergeben kann, wenn der ursprüngliche Anruf aufgrund einer bereits vorliegenden Einwilligung oder der Erfüllung einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht zunächst zulässig war (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 7 UWG, Rn. 135, 144; vgl. schon oben).

Das ist hier indes nicht der Fall.

c) Der Verfügungskläger hat den Verfügungsanspruch durch die vorgelegten Anlagen zur Antragsschrift sowie die eidesstattliche Versicherung seiner Mitarbeiterin hinreichend glaubhaft gemacht.

d) Ist es – wie hier – zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen, streitet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr, an deren Fortfall strenge Anforderungen zu stellen sind (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 8 UWG, Rn. 1.33). Eine Widerlegung gelingt im Allgemeinen nur dadurch, dass der Verletzer eine bedingungslose und unwiderrufliche Unterlassungsverpflichtungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung abgibt (BGH GRUR 1984, 214, 216); ansonsten kann kaum ein Umstand die Wiederholungsgefahr ausräumen. Vielmehr zeigt der Verletzer mit der Verweigerung der Unterwerfung, dass nach wie vor Wiederholungsgefahr besteht (BGH GRUR 1998, 1045, 1046).

Danach ist die Wiederholungsgefahr gegeben.

2. Eine Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes ist gemäß § 12 Abs. 2 UWG nicht erforderlich.

Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht wegen Zuwartens des Verfügungsklägers widerlegt (dazu Köhler/Bornkamm, UWG, 36. Aufl., § 12 UWG, Rn. 3.15ff.).

Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG ist widerlegt, wenn der Antragsteller in Kenntnis der maßgeblichen Umstände längere Zeit untätig bleibt und die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs dadurch verzögert. Damit zeigt er, dass ihm die Sache „nicht so eilig“ ist (vgl. Hess in: Ullmann, jurisPK-UWG, 3. Aufl., § 12 UWG, Rn. 106). Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamm ist die Dringlichkeitsvermutung in der Regel widerlegt, wenn der Verfügungskläger seit Kenntnis des Wettbewerbsverstoßes und des Anspruchsgegners mehr als einen Monat zuwartet, bis er gegen den Verstoß im Wege der Antragstellung vorgeht (OLG Hamm GRUR-RR 2009, 313ff., Rn. 27; OLG Hamm WRP 2012, 985, Rn. 23; OLG Hamm, Urteil vom 13.02.2014, Az.: 4 U 172/13, Rn. 4, veröffentlicht in juris).

Im zu beurteilenden Fall erhielt der Verfügungskläger frühestens am 23.11.2017 von dem Verstoß Kenntnis. Der Verfügungsantrag ging am 21.12.2017 und damit noch innerhalb der Monatsfrist bei Gericht ein.

III. Über den im Schriftsatz vom 05.02.2018 angekündigten Hilfsantrag war nicht mehr zu entscheiden, da er vom Verfügungskläger nicht gestellt wurde und ohnehin lediglich hilfsweise für den Fall angekündigt worden war, dass die Kammer von der Führung eines Telefonats am 22.11.2017 ausgeht. Dies ist aber nicht der Fall (s.o.), so dass die prozessuale Bedingung zur Befassung mit dem Hilfsantrag nicht eingetreten ist.

IV. Die Kostenentscheidung hat ihre Grundlage in § 91 Abs. 1 ZPO.

Dr. Kahleyß

Metzger

Schmitz

Beglaubigt



Barnick
Justizbeschäftigter

