

42 O 84/12

Ausfertigung



Verkündet am 27.03.2013

Efselmann, Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

**Landgericht Essen
IM NAMEN DES VOLKES**

Urteil



In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Herrn **[REDACTED]**

Verfügungskläger,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt **[REDACTED]**

gegen

Frau **[REDACTED]**

Verfügungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt **[REDACTED]**

hat die 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen
aufgrund mündlicher Verhandlung vom 12.04.2013
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht von Pappritz, den Handelsrichter
Dieler und den Handelsrichter Schmid-Domin

für Recht erkannt:

Die einstweilige Verfügung vom 29.11.2012 – 42 O 84/12- wird bestätigt.

Die Verfügungsbeklagte trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Tatbestand

Die Parteien bieten mit den von ihnen geführten Unternehmen Internetdienstleistungen an. Am 14.11.2012 rief ein Herr [REDACTED] in der Kanzlei des jetzigen Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers an; das Gespräch wurde an den Anwalt weitergeleitet. Herr [REDACTED] bot diesem die Dienstleistungen des Verfügungsbeklagten im Bereich [REDACTED] an; Herr [REDACTED] gab an, durch die Verwendung der von der Verfügungsbeklagten umworbenen Leistung mit [REDACTED] eine höhere Trefferquote der eigenen Internetseite erzielen zu können. Herr [REDACTED] tätigte den Anruf als Mitarbeiter eines Call-Centers in Odessa/Ukraine, bei dem die Verfügungsbeklagte sogenannte „leads“, d.h. Kontaktdaten potentieller Interessenten im Rahmen einer dauernden Zusammenarbeit erwirbt; der Verkauf der Kontaktdaten erfolgt über eine gemeinsame Schnittstelle. Für die Klärung weiterer Einzelheiten verabredeten der jetzige Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers und Herr [REDACTED] ein weiteres Telefonat mit Frau [REDACTED] am 15.11.2012. Frau [REDACTED] rief zum vereinbarten Termin an und warb für die Verwendung von [REDACTED] deren Bestellung, Einstellung und Überwachung durch die Verfügungsbeklagte geleistet werde. Hierfür entstehe eine einmalige Einrichtungsgebühr von 149,00 € sowie ein monatlicher Unkostenbeitrag von weiteren 100,00 € bei der Mindestlaufzeit von 6 Monaten. Mit e-mail vom selben Tag übersandte die Verfügungsbeklagte dem jetzigen Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers ein Auftragsformular mit den zuvor gemachten Angaben.

Der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers unterrichtete den Verfügungskläger über die oben geschilderten Anrufe und wurde von diesem mit der Durchsetzung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs beauftragt.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.11.2012 mahnte der Verfügungskläger den Verfügungsbeklagten wegen Verstoßes gegen § 7 I Ziffer 2 UWG vergeblich ab.

Am 29.11.2012 erging auf Antrag des Verfügungsklägers eine einstweilige Verfügung der Kammer, auf deren Inhalt Bezug genommen wird.

Gegen den am 5.12.2012 zugestellten Beschluss hat der Verfügungsbeklagte Widerspruch eingelegt.

Der Verfügungskläger trägt vor:

Er habe zu einem Telefonanruf des Herrn [REDACTED] am 14.11.2012 sein Einverständnis nicht erklärt. Auch lägen die Voraussetzungen einer vermuteten Einwilligung nicht vor. Zum Zeitpunkt des Anrufs sei die Web-Adresse seines Prozessbevollmächtigten noch gar nicht online geschaltet gewesen. Dessen Daten seien offensichtlich aus den öffentlich zugänglichen Telefonverzeichnissen entnommen worden.

Der Verfügungskläger beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 29.11.2012 aufrecht zu erhalten.

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Essen vom 29.11.2012 – AZ: 42 O 84/12- aufzuheben und den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung aufrecht zu erhalten.

Der Verfügungsbeklagte trägt vor:

Er habe mit den leads Kontaktadressen erworben, von denen zugesichert worden sei, dass die Interessenten bereits Interesse an einer detaillierten Beratung bekundet hätten. Das Verhalten des Herrn [REDACTED] müsse er – der Verfügungsbeklagte- sich nicht zurechnen lassen. Im Übrigen sei von einer nachträglichen, jedenfalls aber einer vermuteten Einwilligung des Prozessbevollmächtigten in den Telefonanruf auszugehen. Prozessbevollmächtigte betreibe schließlich eine eigene Internetseite und unterhalte kostenpflichtige Einträge in Anwaltssuchmaschinen. Demzufolge habe der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers auch Frau [REDACTED] am Telefonat sinngemäß mitgeteilt, er begrüße den Anruf deshalb, weil das Thema sowieso bald anstünde. Im Übrigen sei die Geltendmachung des Anspruchs auch rechtsmissbräuchlich. Der Prozessbevollmächtigte habe erst Interesse vorgetäuscht, um dann den Verfügungskläger vorzuschieben, um die rechtliche Möglichkeit zu schaffen, durch die wettbewerbsrechtliche Abmahnung einen höheren Erstattungsanspruch zu erlangen. Wenn der Prozessbevollmächtigte seine Rechte aus dem angeblichen Rechtsverstoß selbst geltend gemacht hätte, wäre ein Erstattungsanspruch nicht erstanden. Die Rechtsmissbräuchlichkeit ergebe sich auch daraus, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers in zwei weiteren Verfahren auf diese Weise vorgegangen sei. Seine Verabredung zu einem zweiten Termin könne nur dahingehend verstanden werden, dass dies zur Beweissicherung geschah und eine Aktivlegitimation zu konstruieren. Die Abmahnung sei lediglich aus

Gebühreninteresse heraus erfolgt. Der Tenor der angefochtenen einstweiligen Verfügung sei auch zu unbestimmt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die wechselseitigen Schriftsätze sowie das Sitzungsprotokoll vom 27.3.2013 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Der Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung vom 29.11.2012 hat keinen Erfolg; der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet.

Der Antrag ist zunächst hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 II Ziffer 2 ZPO. Auch wenn er zunächst in einer Gesetzeswiederholung besteht, die –etwa bei dem Begriff der mutmaßlichen Einwilligung – offen lässt, wann eine solche konkret anzunehmen ist, folgt die hinreichende Bestimmtheit aus der Einbeziehung der konkreten Verletzungshandlung, durch den deutlich wird, welche Fälle des Kaltanrufs vom Verbot umfasst sein sollen (vgl. z.B. zu den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit in solchen Fallgestaltungen: OLG Hamm vom 10.6.2003 – I U 38/10-).

Der Rechtsverfolgung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Verfügungsklägers im Sinne von § 8 Absatz 4 UWG handeln könnte. Die Unterrichtung von dem Anruf durch den Anwalt stellt keinen Umstand dar, der für sich betrachtet oder in der Gesamtbetrachtung der weiteren Umstände zu der Annahme rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne von § 8 Absatz IV UWG führt. Kein erkennbares schützenswertes Recht wird durch die Bekanntgabe des Kaltanrufes an Mitbewerber beeinträchtigt. Die Verfügungsbeklagte kann nicht erwarten, dass die durch einen unerlaubten Kaltanruf erfolgte Rechtsverletzung nur von dem Angerufenen und nicht auch durch betroffene Mitbewerber verfolgt wird. Dem Anwalt steht es frei, selber gerichtlich gegen den Unterlassungsanspruch vorzugehen oder hierauf zu verzichten und ein Mandat eines Mitbewerbers anzunehmen. Jedenfalls ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sich ein auf diese Weise informierter Mitbewerber zu einer gerichtlichen Durchsetzung seines Unterlassungsanspruchs entschließt. Der Rechtsmissbrauch folgt auch nicht daraus, dass der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsklägers auch in anderen

Fällen so vorgegangen ist. Auch dass der Prozessbevollmächtigte den Verfügungsbeklagten mit der Vereinbarung eines zweiten Telefonates quasi in die Falle hat laufen lassen, rechtfertigt nicht den Einwand des Rechtsmissbrauchs. Liegt ein unerlaubter Kaltanruf vor, muss der rechtswidrig Handelnde mit strategischen Maßnahmen der Beweissicherung rechnen; denn nur bei Namhaftmachung und Erlangen von Belegen für das Handeln der eigentlichen Verursacher ist es dem Gestörten möglich, die wettbewerbswidrigen Handlungen zu verfolgen, wie es das UWG vorsieht. Insbesondere wer sich mit einem Kaltanruf an eine Anwaltskanzlei wendet, muss mit dem zur Verfügung stehenden Register der Abwehr- und Beweissicherungsmaßnahmen rechnen, ohne dass er sich auf einen irgendwie gearteten Vertrauensschutz berufen kann.

Der Verfügungsanspruch folgt aus den §§ 7 II Ziffer 2 2.Alt., 8 III Ziffer 1 UWG.

Von einer Einwilligung in den beanstandeten Anruf kann nicht ausgegangen werden.

Ein vorherige Einwilligung in das Telefonat von Herrn Klaus hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Verfügungsbeklagte weder substantiiert vorgetragen noch glaubhaft gemacht.

Eine –irgendwie geartete- nachträgliche Einwilligung wäre für die Beurteilung des Tatbestandes nach § 7 II Ziffer 2 UWG irrelevant, vgl. Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rdr. 144 m.w.N..

Von einer mutmaßlichen Einwilligung kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Die Frage der mutmaßlichen Einwilligung ist anhand der Umstände vor dem Anruf sowie anhand der Art und des Inhaltes der Werbung festzustellen; zu fragen ist, ob aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden erwartet werden kann, wobei eine allgemeine Sachbezogenheit nicht genügt. Es muss ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden liegender Grund vorliegen und es muss ein Interesse daran bestehen, gerade telefonisch beworben zu werden, vgl. zu den Anforderungen etwa: Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rdnrn. 164 ff.. Dies wäre etwa zu bejahen, wenn der Anzurufende ein Interesse daran hat, vom Werbenden Einzelheiten über die anzubahnende Geschäftsbeziehung –im Dialog -

zu erfahren; hierzu war Herr [REDACTED] allerdings gar nicht in der Lage. Betrifft der Bedarf eine Ware oder Dienstleistung, mit der der Unternehmer handelt oder die er für seine Produktion laufend benötigt, mag zwar von einem Interesse des Unternehmers an Angeboten auszugehen sein, jedoch rechtfertigt dies noch nicht die Annahme, dass Interesse an einer telefonischen Werbung besteht. Hier wären zusätzliche Umstände, wie etwa eine Eilbedürftigkeit der Angelegenheit erforderlich. Derartiges ist dem Parteivorbringen allerdings nicht zu entnehmen. Im Übrigen schließt sich die Kammer den Ausführungen des BGH vom 20.9.2007 – I ZR 88/05- sowie des Oberlandesgerichts Hamm vom 10.6.2010 – 4 U 38/10- an, in denen die wettbewerbswidrige Lästigkeit gerade auch für Fälle von Kaltanrufen in Anwaltskanzleien mit dem Ziel der Werbung für Hilfestellungen beim Internet-Auftritt herausgestellt worden ist.

Das Handeln des Herrn [REDACTED] ist der Verfügungsbeklagten auch zurechenbar nach § 8 II UWG. Das Call-Center in der Ukraine und hiermit auch in gestufter Beauftragung Herr [REDACTED] sind Beauftragte im Sinne dieser Vorschrift. Beauftragter ist jeder, der ohne Mitarbeiter zu sein, für das Unternehmen eines anderen aufgrund eines vertraglichen oder anderen Rechtsverhältnisses tätig ist. Er muss in die betriebliche Organisation dergestalt eingegliedert sein, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Unternehmensinhaber zugute kommt, andererseits dem Unternehmer ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss jedenfalls auf die beanstandete Tätigkeit eingeräumt ist (vgl. Köhler/Bornkamm § 8 UWG Rdnr. 2.41 m.w.BN.). Davon ist hier auszugehen. Nach dem eigenen Vortrag der Verfügungsbeklagten besteht zwischen ihr und dem Call-Center ein Rahmenvertrag; dieser ermöglicht der Verfügungsbeklagten insbesondere in dem Sinne auf ihren Vertragspartner einzuwirken, dass in Zusammenhang mit der Erlangung von Daten interessierter Kunden keine wettbewerbswidrige Handlung begangen wird; die Unterlassung, dass für ihre Produkte in rechtswidriger Weise mit einem Kaltanruf versucht wird, eine Einwilligung nach § 7 II UWG zu erlangen, kann sie aufgrund des Vertragsverhältnisses von dem Service-Center einfordern (vgl. zur Zurechnung von Verstößen eines beauftragten Call-Centers z.B. auch: OLG Frankfurt, BB 2011, 2434).

Der Verfügungsgrund wird nach § 12 II UWG vermutet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

von Pappritz

Dieler

Schmid-Domin

Ausgefertigt



Efselmann, Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

