



Verkündet am 10.06.2010

Decker, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil



I-4 U 38/10

43 O 32/09

Landgericht Essen

In der einstweiligen Verfügungssache

des [REDACTED]  
[REDACTED]

Antragstellers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]  
[REDACTED]

g e g e n

die [REDACTED]  
[REDACTED]

Antragsgegnerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]  
[REDACTED]

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2010 durch den Richter am Oberlandesgericht Bähr, den Richter am Oberlandesgericht Filla und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kentgens

für **Recht** erkannt:

Auf die Berufung des Antragstellers wird das am 19. November 2009 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Beschlussverfügung der vorgenannten Kammer vom 25. Februar 2009 wird mit der Maßgabe bestätigt, dass das Verbot insgesamt wie folgt neu gefasst wird:

Der Antragsgegnerin wird unter Aufrechterhaltung der Ordnungsmittelandrohung untersagt, Gewerbetreibende und selbständig beruflich Tätige, ohne vorher dazu aufgefordert worden zu sein oder ohne dass vorher ein Einverständnis vermutet werden kann, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs per Telefon auf Angebote kostenpflichtiger Einrichtung von Internetpräsenzen anzusprechen, die nicht Gegenstand einer bestehenden Geschäftsbeziehung sind, wie geschehen durch den Telefonanruf des Mitarbeiters der Antragsgegnerin [REDACTED] am 26. Januar 2009 in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

**Gründe:****I.**

Der Antragsteller betreibt ein Unternehmen, das sich u.a. mit der Herstellung und dem Vertrieb von Stadtplänen beschäftigt. Von den Stadtplänen, die Gewerbetreibenden die Möglichkeit bieten, für sich durch Inserate zu werben, werden sowohl Druckversionen als auch Internetversionen unter [www. ██████████.de](http://www.██████████.de) erstellt. Daneben unterhält der Antragsteller ein Branchenbuch, in das sich Gewerbetreibende im Rahmen des Besuchs der Internetseite kostenlos eintragen können.

Die Antragsgegnerin beschäftigt sich mit der Gestaltung von individuellen Internet-Auftritten von Kunden nach deren Vorgaben sowie der Gestaltung von Online-Shops und dem Web-Hosting.

Am 26. Januar 2009 rief der Mitarbeiter ████████ der Antragsgegnerin in deren Auftrag in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers an, um diesem die Erstellung einer Homepage anzubieten. In dem daraufhin für den 29. Januar 2009 vereinbarten Termin mit dem Prozessbevollmächtigten stellte sich heraus, dass die Internetseite kostenlos zur Verfügung gestellt werde, wenn gleichzeitig ein Hosting-Vertrag für die Dauer von 48 Monaten zum Preis von 130,-- € netto pro Monat abgeschlossen werde. Da noch eine einmalige Anschlussgebühr von 199,-- € netto verlangt wurde, ergab sich netto ein Gesamtentgelt von 6.439,-- € für die angebotenen Leistungen. Ein Vertrag kam danach nicht mehr zustande.

Durch Anwaltsschreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 10. Februar 2010 ließ der Antragsteller die Antragsgegnerin unter Berufung auf seine Eigenschaft als Mitbewerber wegen einer im obigen Vorfall gesehenen wettbewerbswidrigen Belästigung erfolglos abmahnen.

Der Antragsteller hat mit Antrag vom 19. Februar 2010, der am 25. Februar 2010 bei Gericht einging, eine einstweilige Verfügung des Landgerichts vom gleichen Tage erwirkt (Bl. 13 f.), mit der der Antragsgegnerin aufgegeben wurde, es unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

Dritte, ohne vorher dazu aufgefordert worden zu sein oder ohne dass vorher ein Einverständnis vermutet werden kann, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs per Telefon auf Angebote kostenpflichtiger Werbeauftritte anzusprechen, die nicht Gegenstand einer bestehenden Geschäftsbeziehung sind.

Die Antragsgegnerin hat Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung eingelegt. Im Verfahren über den Widerspruch hat der Antragsteller zu seiner Geschäftstätigkeit behauptet, er biete auf Kundenwunsch auch die Erstellung einer eigenen Homepage an, die dann von seinem Internetangebot aus über einen Link erreicht werden könne. So habe er beispielsweise für die [REDACTED] und das Unternehmen [REDACTED] solche Internetseiten erstellt und dafür Honorare in Höhe von 2.500,-- € bzw. 3.000,-- € erhalten.

Der Antragsteller hat beantragt,

die einstweilige Verfügung mit der Maßgabe zu bestätigen, dass es statt „Dritte“ „Gewerbetreibende und selbständig beruflich Tätige“ heißt, die Formulierung „Werbeauftritte“ ersetzt wird durch „Einrichtung von Internetpräsenzen“ und der Antrag ergänzt wird durch den Satz „wie geschehen durch den Telefonanruf des Mitarbeiters der Antragsgegnerin [REDACTED] am 26. Januar 2009 in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers.“

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

unter Aufhebung der einstweiligen Verfügung den Antrag zurückzuweisen.

Sie hat die Antragsbefugnis des Antragstellers verneint, weil es sich insoweit um keinen Mitbewerber handele. Der Antragsteller biete in seinem Hauptgeschäftsfeld die

Anfertigung von Stadtplänen an, während sie in enger Zusammenarbeit mit dem jeweiligen Kunden in aufwendiger Weise Internetseiten erstelle. Sie hat näher dazu vorgetragen, dass sie keine Kundenwerbung entwerfe oder betreibe und dass die beiderseitigen Leistungen nach den zu stellenden Anforderungen nicht austauschbar seien. Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang bestritten, dass der Antragsteller ernsthaft und in nennenswertem Umfang internetseiten für fremde Unternehmen gegen Entgelt gestaltet habe. In der Sache hat die Antragsgegnerin gemeint, dass von einer hartnäckigen Werbung und unzumutbaren Belästigung des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers keine Rede sein könne. Insoweit habe dieser die Anbahnung und den Ablauf des Verkaufsgesprächs falsch dargestellt. Außerdem habe sie von einer mutmaßlichen Einwilligung mit einem kurzen Gespräch zur Vereinbarung eines Termins ausgehen können, weil der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers bis heute über keinen eigenen Internetauftritt verfüge. Wenn überhaupt ein Wettbewerbsverstoß in Betracht komme, handele es sich mangels konkreter Auswirkungen auf den Mitbewerber um eine Bagatelle. Nach Auffassung der Antragsgegnerin steht der beantragten einstweiligen Verfügung auch entgegen, dass es an einem Verfügungsgrund fehlt. Jedenfalls durch sein eigenes Prozessverhalten habe der Antragsteller deutlich gemacht, dass es ihm nicht eilig sei. Anstatt zu Art und Umfang seiner Geschäftstätigkeit spätestens im Termin zur mündlichen Verhandlung abschließend vorzutragen und diesen Vortrag glaubhaft zu machen, habe er Terminsverlegung beantragt, um ihm Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme zu geben. Weiterhin handele es sich hier auch um einen Fall einer missbräuchlichen Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG. Diese diene offensichtlich der Generierung von Ansprüchen seines Prozessbevollmächtigten. Dieser habe sich seines Mandanten als angeblichen Mitbewerbers bedient, um einen Prozess gegen den ihn anrufenden Gewerbetreibenden führen zu können. Dazu sei es auch noch erst dann gekommen, nachdem der Prozessbevollmächtigte den Anrufer in seine Betriebsräume eingeladen hätte und es nur wegen des aus seiner Sicht zu hohen Preises nicht zum Vertragsabschluss gekommen sei.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Antragsteller könne keinen sich aus §§ 8 Abs. 1, 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG ergebenden

Unterlassungsanspruch geltend machen, weil ihm insoweit die Aktivlegitimation fehle. Er sei kein Mitbewerber der Antragsgegnerin, weil er in keinem konkreten Wettbewerbsverhältnis zur Antragsgegnerin stehe. Auch wenn der Antragsteller Stadtpläne auch im Internet anbiete und es Gewerbetreibenden auch dort ermögliche, Werbeinträge vorzunehmen, sei seine Tätigkeit weder qualitativ noch quantitativ vergleichbar mit der der Antragsgegnerin. Bei deren Erstellung von Internetpräsenzen und dem dazugehörigen Hosting gehe es regelmäßig um eine webbasierte umfassende Unternehmensdarstellung und der Schaffung der technischen Voraussetzungen für die etwaige Möglichkeit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder des Bezugs von Waren. Davon sei die Schaltung von Werbeanzeigen auf einer Drittseite, die bloße Hinweise auf die Existenz und das Tätigkeitsfeld des Unternehmens gäben, die mit den Kontaktdaten verbunden seien, zu unterscheiden. Die von den Parteien erbrachten Leistungen unterschieden sich in ihrer Anwendungsbreite und ihrem Wirkungsgrad in einem solchen Umfang, dass sie nicht für austauschbar gehalten würden. Die von ihm behauptete Tatsache, dass er sich ebenfalls als Gestalter von Internetpräferenzen betätige, habe der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht. Der Antragsteller habe lediglich zwei fremde Internetseiten im Jahre 2007 gestaltet. Da er insoweit auch keine Werbung betreibe, könne im Februar 2009 eine ernsthafte gewerbliche Tätigkeit auf diesem Gebiet nicht festgestellt werden. Auch der Gedanke, dass den Firmen nur jeweils ein gewisser Werbeetat zur Verfügung stehe, der bei den Angeboten der Parteien in gleicher Weise betroffen werde, führe nicht zur Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses. Insoweit genüge nicht das Vorliegen eines reinen Kaufkraftwettbewerbes.

Der Antragsteller greift das Urteil mit der Berufung an. Er macht in erster Linie geltend, dass das Landgericht zu Unrecht seine Mitbewerbereigenschaft und damit ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien verneint habe, und bezieht sich im Übrigen auf seinen bisherigen Vortrag. Nach seiner Auffassung kann nicht entscheidend darauf abgestellt werden, dass ein Werbeauftrag, welcher die Erstellung und Gestaltung einer Werbefläche in einem Stadtplan beinhalte, nicht mit einem Werbeauftrag vergleichbar sei, der erteilt werde, um ein Unternehmen als solches im Internet präsent zu machen. Zu bedenken sei vielmehr, dass beide Parteien ihre Auftraggeber im Bereich der Gewerbetreibenden suchten, die ihrerseits ihr jeweiliges Unternehmen durch eine Außendarstellung bewerben wollten. Dabei könne es keinen ent-

scheidenden Unterschied machen, ob es schwerpunktmäßig um entgeltliche Werbeauftritte in einem Printmedium wie einem Stadtplan gehe oder durch Präsentation des Unternehmens in einem Internetauftritt. Beides sei aus dem gewissen Werbeetat der Unternehmen zu bezahlen, der keine weiteren Werbemaßnahmen mehr gestatte, wenn er aufgebraucht sei. Gerade im Werbebereich kämen dabei verschiedene Werbemedien in Betracht, die sich nicht ausschließen, sondern ergänzen würden. Je nach Branche und Etat kämen auch unterschiedliche Werbestrategien zum Einsatz. Ein Unternehmen könne sich zwar auf eine bestimmte Werbemethode beschränken, müsse das aber nicht und könne auch unter verschiedenen Methoden auswählen. Während für überregional tätige Unternehmen eine Fernsehwerbung oder Internetpräsenz in der Regel unerlässlich sei, sei für regional tätige Unternehmen der Erfolg solcher Werbemaßnahmen eher zweifelhaft. Das mache deutlich, dass für das Wettbewerbsverhältnis nicht maßgeblich sei, welche Art von Werbepräsenz jemand anbiete, sondern allein, ob die angebotenen Produkte den Werbeetat des Unternehmens belasten würden. Denn wenn ein Unternehmen bei der Antragsgegnerin die Gestaltung eines Internetauftritts des Unternehmens in Auftrag gebe, werde es keinen anderen Werbeauftrag mehr vergeben können. In diesem Sinne seien die hier angebotenen Dienstleistungen austauschbar, wobei der Grad der Austauschbarkeit auch nicht zu hoch angesetzt werden dürfe. Auf die Zugehörigkeit zu einer anderen Branche komme es dabei nicht an. Es müsse hier außerdem auch auf den Umstand abgestellt werden, dass das konkrete Wettbewerbsverhältnis auch erst durch die konkrete Werbemaßnahme hergestellt werden könne. Die Antragsgegnerin habe hier bei Kunden des Antragstellers an dessen Firmensitz angerufen.

Der Antragsteller beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die einstweilige Verfügung mit den in erster Instanz zuletzt verfolgten Maßgabezusätzen zu bestätigen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie bezieht sich auf ihren umfassenden bisherigen Vortrag. Sie bleibt dabei, dass es hier an einem konkreten Wettbewerbsverhältnis fehle. Von dem Antragsteller angeführte Entscheidungen, in denen ein Wettbewerbsverhältnis bejaht worden sei, bezögen sich auf den Fall eines Behinderungswettbewerbs, um den es hier nicht gehe. Ein bloßer Kaufkraftwettbewerb, wie ihn der Antragsteller hier bei der Konkurrenz um den Werbeetat der Kunden im Auge habe, reiche ebenso wenig aus wie ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis. Dadurch solle eine Ausuferung von Wettbewerbsverfahren eingedämmt und verhindert werden, dass zu sachfremden Zwecken Prozesse wegen angeblicher Wettbewerbsverstöße geführt werden könnten. Solche sachfremden Zwecke seien hier in dem Zusammenwirken von Antragsteller und Rechtsanwalt gegeben, so dass das gerichtliche Vorgehen auch als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei.

## II.

Die Berufung des Antragstellers ist begründet, weil ihm der Antragsgegnerin gegenüber als deren Mitbewerber wegen deren Werbeanrufs bei seinem Prozessbevollmächtigten ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zusteht, weil die Antragsgegnerin eine belästigende und damit unzulässige Telefonwerbung betrieben hat. Der Antragsbefugnis des Antragstellers steht auch nicht entgegen, dass er bei seiner Rechtsverfolgung rechtsmissbräuchlich gehandelt hat. Ein Verfügungsgrund ist ebenfalls gegeben.

1) Der zuletzt gestellte Unterlassungsantrag ist hier ungeachtet der darin enthaltenen Gesetzeswiederholung bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO. Das gilt insbesondere für den Begriff des mutmaßlichen Einverständnisses. Insoweit ist zwar nicht hinreichend geklärt, unter welchen Voraussetzungen bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern von deren zumindest mutmaßlichem Einverständnis ausgegangen werden kann (vgl. BGH GRUR 2007, 607, 609 – Telefonwerbung für Individualverträge). Das ist aber unschädlich angesichts der Ein-



beziehung der konkreten Verletzungshandlung, hier des Anrufs des Mitarbeiters Horz der Antragsgegnerin vom 26. Januar 2009 in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers, in den Antrag. Dadurch wird deutlich, welche Fälle des Kaltanrufs vom Verbot umfasst werden sollen.

2) Der Rechtsverfolgung kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass es sich um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Antragstellers im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG handeln könnte. Die Antragsgegnerin mutmaßt nur, dass der Antragsteller bereits die Abmahnung nur im Interesse eines Dritten, nämlich seines verärgerten Prozessbevollmächtigten ausgesprochen haben soll. Der Antragsteller ist aber schon im Verfahren 4 U 3 / 07 des Senats, in dem die dortige Berufungsführerin die Berufung gegen das Verbotsurteil des Landgerichts Essen vom 15. Dezember 2006 zurückgenommen hat, wegen eines Werbeanrufs vom 25. Juli 2006 durch die Betreiberin eines Internetbranchenbuches bei seinem Prozessbevollmächtigten gegen eine solche Telefonwerbung vorgegangen. Bereits im damaligen Verfahren, dessen Akten beigezogen worden sind, ist der Einwand des Rechtsmissbrauchs erhoben worden. Der Antragsteller hat damals vortragen lassen, dass er gesteigertes Interesse daran habe, dass ihm keine Mitbewerber „Kunden buchstäblich vor der Nase wegschnappen“. Das Landgericht hatte damals auch zutreffend ausgeführt, dass es nicht missbräuchlich sei, wenn ein Rechtsanwalt seine Erfahrungen mit solcher Art von Telefonwerbung seinem Mandanten mitteile. Der Abmahnung des Antragstellers durch seinen Prozessbevollmächtigten war auch dessen Vollmacht beigelegt, so dass nichts dafür spricht, dass es sich um ein eigenmächtiges Vorgehen oder Gewährenlassen handeln könnte. Insoweit gibt es hier noch keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch und es besteht mangels Darlegung bestimmter, für einen Rechtsmissbrauch sprechender Umstände auch noch keine sekundäre Darlegungspflicht des Antragstellers. Es schadet ihm deshalb nicht, dass er nicht dazu vorgezogen hat, wann und wie er von seinem Prozessbevollmächtigten über die Verletzungshandlung informiert worden ist und dass es weiterhin in seinem besonderen Interesse liege, solche Wettbewerbsverstöße zu bekämpfen.

3) Auch ein Verfügungsgrund ist gegeben. Dem Antragsteller, der einen Wettbewerbsverstoß geltend macht, kommt zunächst die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG zugute. Diese Vermutung ist nicht dadurch widerlegt, dass sich der Antragsteller mit der Rechtsverfolgung zu viel Zeit gelassen hat. Von dem Verstoß kann er frühestens am Tage des Werbeanrufs bei seinem Prozessbevollmächtigten, also am 26. Januar 2009 Kenntnis erlangt haben. Der Verfügungsantrag ging aber bereits am 25. Februar 2009 und damit zeitnah genug beim Landgericht ein. Die Vermutung der Dringlichkeit ist hier auch nicht durch das spätere Prozessverhalten des Antragstellers widerlegt. Es trifft zwar zu, dass sich dieser ausgesprochen wenig interessiert an einem beschleunigten Verfahren gezeigt hat. So hat er zunächst schon wegen seiner Verhinderung Terminsverlegungsantrag gestellt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat er –auch entgegen den Verfahrensgrundsätzen im Verfügungsverfahren– um die Einräumung einer Schriftsatzfrist gebeten, um zum Wettbewerbsverhältnis weiter vorzutragen. Weil ihm diese Frist tatsächlich gewährt worden ist, hat sich das Verfahren weiter verzögert. Dieses Verhalten lässt aber den notwendigen Schluss darauf, dass es dem Antragsteller mit der Erlangung des Verbots nicht eilig gewesen ist, deshalb nicht zu, weil dieser durch den Erlass der einstweiligen Verfügung gesichert war. Er durfte ungeachtet des Ablaufs des Rechtsgesprächs weiter auf deren Bestand vertrauen, bis es zur Aufhebung der Verfügung kam. In der darauf folgenden Zeit ist kein weiteres zögerliches Verhalten des Antragstellers mehr erkennbar. Die Tatsache, dass er die Fristen für die Einlegung der Berufung und deren Begründung überwiegend ausgeschöpft hat, kann ihm nach ständiger Rechtsprechung des Senats auch angesichts des erheblichen Zeitraums, der seit der Verletzungshandlung schon verstrichen ist, nicht entgegen gehalten werden.

4) Ein Unterlassungsanspruch des Antragstellers setzt seine Aktivlegitimation und eine unlautere Wettbewerbshandlung der Antragsgegnerin in Form einer belästigenden Telefonwerbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2. 2. Alt. UWG voraus. Beide Voraussetzungen liegen vor. Insbesondere ist der Antragsteller entgegen der Einschätzung des Landgerichts auch aktivlegitimiert.

a) Die notwendige Anspruchsberechtigung des Antragstellers kommt hier allein aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG in Betracht, wenn dieser Mitbewerber der Antragsgegnerin ist. Mitbewerber der Antragsgegnerin wäre der Antragsteller dann, wenn zwischen ihnen ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestünde. Ein solches setzt voraus, dass sie gleichartige Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass die beanstandete Wettbewerbshandlung das in Frage kommende Unternehmen in seinem Absatz behindern oder stören kann (BGH GRUR 2000, 907, 909 –Filialleiterfehler,; GRUR 2005, 520 –optimale Interessenvertretung). Es muss die Gewinnung von Kunden auf Kosten des anderen Unternehmens möglich sein (vgl. Ahrens/Jestaedt, Der Wettbewerbsprozess, 6. Auflage, Kap. 18, Rdn. 20). Die Beteiligten müssen dazu in der Regel auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig sein oder sich dort betätigen wollen. Die von ihnen angebotenen Dienstleistungen müssen sich nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck so nahe stehen, dass sie der verständige Verbraucher als austauschbar ansieht (BGH GRUR 2002, 228, 229 –Lottoschein). Im Interesse eines effektiven Wettbewerbsschutzes ist bei der Annahme dieser Voraussetzungen insgesamt eine großzügige Betrachtungsweise angezeigt, wie der Bundesgerichtshof in vielfältig abgewandelten Entscheidungen immer wieder betont hat. Nur diese wird der Filterfunktion gerecht, die dem Merkmal des konkreten Wettbewerbsverhältnisses zum Ausschluss der Popularklage innewohnt.

b) Legt man diese Voraussetzungen hier zugrunde, so ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen. Die Parteien sprechen Gewerbetreibende an, die im Internet auf sich aufmerksam machen wollen. Auch wenn der Antragsteller im Kerngeschäft Karten und Pläne verlegen mag, kommt es ihm dabei entscheidend auch auf die Werbung von Gewerbetreibenden an. Er bietet ihnen neben seinen Plänen mit Werbemöglichkeiten in seinem Internetauftritt auch ein Branchenbuch an, in dem sie auf sich aufmerksam machen können. Insoweit greifen die beiderseitigen Angebote ineinander über und werden damit in ausreichender Form austauschbar. Wenn die Antragsgegnerin auch keine Werbeauftritte im unmittelbaren Sinne ermöglichen sollte, schafft sie ihren Kunden mittelbar die Möglichkeit, sich und ihre Waren oder Dienstleistungen in Zukunft auf die gewünschte Weise auf den besonders sorgfältig gestalteten Internetseiten selbst werbend darzustellen. Wer sich die eigene Internet-

seite von der Antragsgegnerin gestalten lässt, benötigt dann nicht mehr einen Werbeauftritt auf der Internetplattform des Antragstellers. Auf die unterschiedliche Branchenzugehörigkeit der Parteien kommt es dabei nicht entscheidend an. Es kommt hinzu, dass der Antragsteller auch bereit und in Lage ist, die Internetseiten von solchen Kunden erstmals auch zu gestalten, die dann in seinem Branchenbuch auf ihren Internetauftritt hinweisen wollen. Auch wenn das nicht oft geschehen sein sollte und in den letzten Jahren überhaupt nicht, reicht es aus, dass der Antragsteller solche Dienstleistungen für Kunden wie seinen Prozessbevollmächtigten auch selbst erbringen würde.

c) Zudem ist hier jedenfalls auch durch die konkrete Verletzungshandlung ein Wettbewerbsverhältnis der erforderlichen Art begründet worden. Die Parteien sind durch eine Handlung miteinander in Wettbewerb getreten, auch wenn ihre Unternehmen ansonsten anderen Branchen angehören sollten (vgl. BGH GRUR 2004, 877 – Werbeblocker). Letztlich handelt es sich zumindest um das Angebot untereinander austauschbarer Dienstleistungen, von denen in der Regel nur die eine oder die andere in Anspruch genommen wird, wie der Antragsteller in der Berufung deutlich gemacht hat. Sie sind sich durch den Werbeanruf bei dem Prozessbevollmächtigten des Antragstellers, der auch dessen Kunde im Hinblick auf die Werbung im Stadtplan Bottrop war, „ins Gehege gekommen“. Wenn es der Antragsgegnerin gelungen wäre, den Prozessbevollmächtigten des Antragstellers zur Einrichtung eines Internetauftritts und einem ständigen Webhosting durch diese zu gewinnen, wäre dem Antragsteller dieser Kunde wahrscheinlich nicht nur als denkbarer Kunde einer ihrer seltenen Gestaltungen eines ersten Internetauftritts verloren gegangen, sondern auch als Kunde für die weitere Werbung im örtlichen Stadtplan Bottrop, weil dann dessen Werbeetat durch die Internetwerbung aufgezehrt worden sein könnte. Außerdem könnten sich die Werbemedien hier sogar ausschließen. Wenn der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin dazu über geht, sich im Internet darzustellen und dort auch Werbung für sich zu bereiten, könnte ihm die früheren Werbung über Printmedien als solche schon obsolet erscheinen, und zwar unabhängig von der Kostenfrage. Die Telefonwerbung könnte also jedenfalls mittelbar zur Abwerbung des Angerufenen auf Kosten des Antragstellers geführt haben.

d) Die Antragsgegnerin hat hier auch mit ihrer Telefonwerbung einen Wettbewerbsverstoß begangen. Nach der Regelung des § 7 Abs. 1 UWG hat sie eine unzulässige geschäftliche Handlung begangen, weil sie mit der Telefonwerbung einen sonstigen Marktteilnehmer unzumutbar belästigt hat. Eine solche unzumutbare Belästigung liegt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG vor, wenn mit Telefonanrufen geworben wird, mit denen der angerufene Gewerbetreibende oder Freiberufler, hier der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers, nicht zumindest mutmaßlich einverstanden ist. Hier kommt auch allenfalls ein mutmaßliches Einverständnis in Betracht, weil der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin unstreitig weder ausdrücklich noch stillschweigend in eine solche Form der Werbung eingewilligt hat.

e) Bei einer Telefonwerbung im gewerblichen oder freiberuflichen Bereich ist von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen, wenn die Umstände vor dem Anruf sowie Art und Inhalt der Werbung eine solche nahe legen. Ein ausreichend großes Interesse des Gewerbetreibenden kann zwar schon dann gegeben sein, wenn die Telefonwerbung in einem sachlichen Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung steht. Eine solche Geschäftsverbindung bestand hier aber zwischen dem Prozessbevollmächtigten des Antragstellers und der Antragsgegnerin mit ihrem spezifischen Unternehmensgegenstand nicht. Diese konnte unabhängig davon auch bei verständiger Würdigung aller ihr bekannten Umstände vor dem Anruf ein Einverständnis des anzurufenden Geschäftspartners nicht annehmen (BGH GRUR 2008, 189, 190 –Suchmaschineneintrag; Hefermehl / Köhler, UWG, 26. Auflage, § 7 Rdn. 62). Es kommt dabei auf eine Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls an, da eine generalisierende Betrachtungsweise nicht am Platz ist (Senat, Urteil vom 14. April 2005 -4 U 24 / 05, bestätigt durch die BGH-Entscheidung Suchmaschineneintrag). Selbst wenn die Antragsgegnerin Daten, die den Prozessbevollmächtigten des Antragstellers betrafen, in zulässiger Weise erhalten hätte, berechtigte dieser Datenbestand sie nicht, ihm die letztlich doch mit erheblichen Kosten verbundene Einrichtung und Betreuung eines Internetauftritts anzubieten. Die Antragsgegnerin müsste auch Anhaltspunkte dafür gehabt haben, dass der anzurufende Gewerbetreibende gerade auch mit einer telefonischen Werbung für eine solche Dienstleistung

einverstanden sein könnte (BGH GRUR 1991, 764 -Telefonwerbung IV). Ein Telefonanruf war hier ohnehin nicht erforderlich. Die Werbung gerade durch einen Telefonanruf im Büro weist hier wegen der bruchstückhaften Information schon im Allgemeinen keine Vorteile und sogar Nachteile gegenüber einer umfassenden schriftlichen Werbemitteilung über eine solche Dienstleistung und ihre Kosten auf. Es wäre dann nämlich überhaupt zu keiner Vereinbarung eines Gesprächstermins gekommen. Angesichts dessen könnte eine mutmaßliche Einwilligung mit dem Werbeanruf ausnahmsweise nur dann anzunehmen sein, wenn die angebotene Dienstleistung den Interessen des Anzurufenden in einem solchen Maß entspricht, dass die mit dem Anruf verbundene Belästigung als hinnehmbar erscheint. Dafür spricht hier aber überhaupt nichts. Allein die Tatsache, dass der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers ersichtlich bislang noch nicht über einen Internetauftritt verfügte und die Antragsgegnerin einen solchen für Rechtsanwälte für nahezu unumgänglich hielt, genügt dafür nicht. Sie würde sie dazu berechtigen, alle Freiberufler ohne Internetauftritt von sich aus anzurufen. Gerade die Tatsache des (noch) fehlenden Internetauftritts kann genauso gut dagegen sprechen, dass das –zudem noch telefonisch unterbreitete- Werbeangebot für den Angerufenen von Interesse sein könnte. Weil es entscheidend auf die ex-ante-Sicht vor dem Gespräch ankommt, kann auch nicht von Bedeutung sein, dass die Mitarbeiterin des Anwaltsbüros das Gespräch entgegennahm und einen Termin vereinbarte. Gleichfalls kann es dafür, dass der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers mit einem solchen Anruf einverstanden war, keine Rolle spielen, dass er sich das Angebot von dem Mitarbeiter der Antragsgegnerin erläutern ließ, nachdem der Termin telefonisch schon vereinbart worden war.

d) War die Telefonwerbung als Wettbewerbshandlung unlauter, kann die Antragsgegnerin sich auch nicht darauf berufen, dass es sich nur um eine Bagatelle gehandelt habe. Schon bei einem einmaligen Werbeanruf rechtfertigt § 7 UWG für sich einen Unterlassungsanspruch, wobei auch schon nach altem Recht nicht mehr gesondert zu prüfen war, ob das Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer nicht nur unerheblich im Sinne von § 3 UWG a.F. zu beeinträchtigen (vgl. BGH Telefonwerbung für Individualverträge, a.a.O. S. 609 f.).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Bähr

Dr. Kentgens

Filla