

Aktenzeichen:
2 HK O 1/11



Verkündet am. 18. Juli 2011

gez. Maysiuk
Maysiuk, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landgericht Frankenthal (Pfalz)

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

– **Klager** –

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Stefan Richter,
Bürgerheimstraße 23, 10365 Berlin

g e g e n

– **Beklagter** –

Prozessbevollmächtigte:

ZENITH Partner Rechtsanwälte Steuerberater,
Friedrichstraße 73, 40217 Düsseldorf

w e g e n wettbewerbswidriger Werbung per Telefonanruf

hat die 2. Kammer für Handelssachen beim Landgericht Frankenthal (Pfalz) durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht **Thiel** und die Handelsrichter **Mayer** und **Überheide**

auf die mündliche Verhandlung vom 06. Juni 2011

für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist zu Ziff. 2 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

TATBESTAND:

Der Kläger ist Rechtsanwalt und zu seinen Mandanten gehört der Zeuge

aus der Geschäftsführer einer Anbieterin von ist.

Der Beklagte ist im Bereich der tätig.

Er hatte bei der AG die Rufnummer angemeldet.

Vorliegend nimmt der Kläger den Beklagten auf Unterlassung unerwünschter Telefonwerbung, Auskunft, Feststellung der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz sowie Abmahnkosten und Zinsen aus dem verauslagten Gerichtskostenvorschuss nach vorangegangener schriftlicher Abmahnung vom 6. Juli 2010 (Anlage K 8 = Bl. 36 – 43 d.A.) in Anspruch

In der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2011 hat der Kläger seinen Klageantrag Ziff.2 (Auskunft) für erledigt erklärt; der Beklagte hat der Erledigungserklärung widersprochen.

Der Kläger bringt vor,

er sei auf die Abwehr unerbetener Werbung spezialisiert und biete diese Leistungen bundesweit an. Am 20. Juni 2009 sei auf dem Telefonanschluss des Zeugen ohne dessen tatsächliche oder vermutliche Zustimmung ein Telefonanruf eingegangen, in dem für die Eintragung in eine Sperrliste für Werbeanrufe geworben worden sei. Der Zeuge sei zum Schein auf das werbliche Anliegen eingegangen und habe später ein Vertragsbestätigungsschreiben einer vom 08.07.2009 (Anlage K 1 = Bl. 24, 25 d.A.) einer angeblichen Firma in Türkei, erhalten, in dem die vom Beklagten angemeldete Rufnummer als Kontaktrufnummer angegeben gewesen sei. Für diesen Anruf hafte der Beklagte ihm - dem Kläger - als konkretem Mitbewerber zumindest als Mitstörer auf Unterlassung und, da er zumindest fahrlässig gehandelt habe, auch auf Schadensersatz.

Der Kläger beantragt,

1. **dem Beklagten bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten mit der Maßgabe, dass Ordnungshaft an dem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist, zu untersagen,**
 - a) **geschäftlich handelnd gegenüber Dritten Telefonwerbung für Dienstleistungen zur künftigen Unterbindung unzumutbar belästigender Telefonwerbung zu betreiben und/oder betreiben zu lassen,**

aa) wenn nicht die angerufene Person entweder vor dem Anruf in diese Art der Werbung ausdrücklich eingewilligt hat oder
bb) – sofern der Dritte in seiner Eigenschaft als Nichtverbraucher angesprochen wird – wenn nicht im Zeitpunkt des Anrufs im Einzelfall aufgrund des Vorliegens konkreter Umstände, welche über den bloß abstrakten Bedarf der angerufenen Person an dem beworbenen Angebot hinausgehen, die Annahme gerechtfertigt ist, dass die angerufene Person ein sachliches Interesse an dieser Art der Werbung hat,

insbesondere, wenn dies geschieht, wie in dem Fall des Anrufs vom 20.06.2009 gegen 13.38 Uhr auf die Rufnummer _____ in dem _____ für eine entgeltliche Eintragung in eine Werbesperrliste geworben wurde, ohne dass die angerufene Person in den Werbeanruf einwilligte oder eine Einwilligung zu vermuten war,

und/oder

b) geschäftlich handelnd gegenüber Dritten Telefonwerbung für Dienstleistungen zur künftigen Unterbindung unzumutbar belästigender Telefonwerbung zu betreiben und/oder betreiben zu lassen, ohne dass im Telefongespräch zutreffende und zur eindeutigen Identifizierung geeignete Angaben zur Identität der Person gemacht werden, in dessen Auftrag die Telefonwerbung vorgenommen wird, insbesondere, wenn dies geschieht wie in dem Fall des Anrufs vom 20.06.2009 gegen 13.38 Uhr auf die Rufnummer _____, in dem _____ für eine entgeltliche Eintragung in eine Werbesperrliste geworben und auf Nachfrage lediglich mitgeteilt wurde, man sei von der

und/oder

c) geschäftlich handelnd gegenüber Dritten Telefonwerbung für Dienstleistungen zur künftigen Unterbindung unzumutbar belästigender Telefonwerbung zu betreiben und/oder betreiben zu lassen,

ohne dass dabei anruferseitig im Wege des Calling Line Identification Presentation (CLIP) eine Rufnummer übertragen wird, die identisch mit der anruferseitig tatsächlich für den Anruf genutzten Rufnummer ist;

- 2. festzustellen, dass der Rechtsstreit hinsichtlich seines Antrages, den Beklagten zu verurteilen, ihm Auskunft zu erteilen und in geordneter Weise Rechnung zu legen über den Umfang der im Klageantrag zu 1. bezeichneten Verletzungshandlungen, soweit diese seit dem 20.06.2009 begangen wurden, erledigt ist;*
- 3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die im Klageantrag zu 1. bezeichneten Verletzungshandlungen, soweit diese seit dem 20.06.2009 begangen wurden, entstanden ist und künftig noch entstehen wird;*
- 4. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 512,70 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen;*
- 5. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Zinsen aus dem verauslagten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz ab Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses bei der Gerichtskasse zu zahlen.*

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er trägt vor,

zwischen ihm und dem Kläger bestehe kein Wettbewerbsverhältnis, und er habe mit irgendeinem Angebot von Werbesperrlisten nichts zu tun. Den behaupteten Anruf bei dem Zeugen bestreite er mit Nichtwissen, und die Bezeichnung § habe er erstmalig im Zuge der Auseinandersetzung mit dem Kläger gehört. Er habe lediglich auf Bitte eines gewissen , der in der Türkei lebe, die Service-Nummer eingerichtet und dafür Gebühren erhalten. Dass von dieser Nummer unlautere Werbung betrieben worden sei, bestreite er mit Nichtwissen, und er habe davon auch nichts gewusst. Er habe die Rufnummer sofort gekündigt, nachdem er von Schwierigkeiten Kenntnis erlangt habe.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die von ihnen zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die zulässige Klage bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Dem Kläger fehlt hinsichtlich der streitgegenständlichen Ansprüche gegen den Beklagten bereits die Aktivlegitimation.

Wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus §§ 8 und 9 UWG stehen nur Mitbewerbern i.S. des § 2 Abs.1 Nr. 3 UWG zu.

Nach der Definition in der genannten Bestimmung bedeutet Mitbewerber im Sinne des UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis setzt voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt betätigen

(BGH GRUR 2001, 78 – Falsche Herstellerpreisempfehlung; GRUR 2007, 1079 – Bundesdruckerei). Ausgangspunkt ist dabei die Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens (BGH GRUR 2001, 260 – Vielfachabmahner).

Für die sachliche Marktabgrenzung kommt es nach dem im Kartellrecht entwickelten sog. Bedarfsmarktkonzept darauf an, ob sich die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Waren oder Dienstleistungen nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass sie der verständige Nachfrager als austauschbar ansieht (BGH GRUR 2002, 228). Mitbewerber ist ein Unternehmen also nur, wenn es Waren oder Dienstleistungen anbietet, die mit denen des Handelnden gleich oder aus der Sicht verständiger Abnehmer jedenfalls austauschbar sind. Ob Austauschbarkeit zu bejahen ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab (konkrete Maßnahme, derzeitige und künftige Verbrauchergewohnheiten und Marktverhältnisse usw.; vgl. dazu Köhler/Bornkamm UWG, 29. Aufl., Rdnr. 2 zu § 2).

Gemessen daran kann im Streitfall in Bezug auf die Parteien von einem konkreten Wettbewerbsverhältnis nicht ausgegangen werden.

Der Kläger ist Rechtsanwalt und nach seinen Angaben auf die Abwehr unerbetener Werbung spezialisiert und Anbieter dieser Leistungen. Der Beklagte ist tätig im Bereich Immobilien und Hausverwaltung. Eine Austauschbarkeit dieser jeweils von den Parteien angebotenen Dienstleistungen ist zweifelsfrei nicht gegeben.

Soweit sich der Kläger ungeachtet dessen als Mitbewerber des Beklagten dadurch sieht, dass er diesen mit der Werbung für eine „Werbesperrliste“ in Verbindung bringt, vermag auch dies nach Auffassung der Kammer ein konkretes Wettbewerbsverhältnis der Parteien nicht zu begründen.

Dies würde nämlich voraussetzen, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten den Kläger beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann (BGH GRUR 2001, 258 – Immobilienpreisangaben).

Ein Wettbewerbsverhältnis zu einem Rechtsanwalt kann dann in Betracht kommen, wenn der Anschein erweckt wird, eine Rechtsberatung werde aufgrund konkreter einzelfallbezogener Anfragen erbracht und wenn dieser Anschein, als dessen Ziel

allein die Förderung der eigenen Wettbewerbslage im Verhältnis zu Mitbewerbern dient, geeignet erscheint, eine zumindest abstrakte Behinderung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Rechtsanwaltschaft zu bewirken (vgl. BGH GRUR 1981, 529).

Eine solche abstrakte Beeinträchtigung der Tätigkeit des Klägers durch die Werbung für eine Sperrliste ist nach Auffassung der Kammer im Streitfall nicht gegeben.

Der Kläger bietet als Rechtsanwalt Leistungen im Bereich der Rechtsberatung und –vertretung an und ist eigenen, nicht näher konkretisierten Angaben zufolge auf die Abwehr unerbetener Werbung spezialisiert und Anbieter dieser Leistungen, während der oder die Verantwortlichen der dem Inhalt ihres Schreibens vom 08.07.2009 an den Zeugen zufolge dem Beworbenen eine „aktive Bewerbung Ihres Wunsches, keine Werbung mehr zu erhalten bei renommierten Unternehmen, welche aktiv auf Sie zugehen oder zugegangen sind“ anbieten. Der oder die Verantwortlichen der offerieren damit potentiellen Kunden keine anwaltstypischen Leistungen wie Unterlassungsaufforderungen bzw. Abmahnungen sondern lediglich gewissermaßen Botendienste hinsichtlich der Kundenwünsche.

Auch die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer zur Begründung seiner Mitbewerberstellung zitierte Entscheidung der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 8. April 2010 - Az.: 3 O 360/09 - gebietet keine andere Beurteilung, weil die Sachlage im Streitfall nicht vergleichbar ist.

In dem von der 3. Zivilkammer entschiedenen Fall wurde die Mitbewerbereigenschaft des Klägers zum dortigen Beklagten, der die Mithilfe zur Eintragung in deutsche Werbesperrlisten zur Verhinderung unerwünschter Anrufe anbot, deshalb bejaht, weil der dort Beklagte an die Beworbenen vorformulierte Musterabwehranschriften verschickte und damit Personen, die für sich sonst nicht in der Lage gewesen wären, entsprechende Unterlassungsaufforderungen zu entwerfen und zu versenden und deshalb dafür einen Rechtsanwalt aufgesucht hätten, davon möglicherweise abgehalten hatte. Darin sah die 3. Zivilkammer die abstrakte Beeinträchtigung der werbenden Tätigkeit des Klägers durch den dort Beklagten.

Dass die [redacted] solche Musterabwehranschriften verschickt, behauptet der Kläger indessen nicht.

Da somit vorliegend ein vergleichbarer Sachverhalt nicht gegeben ist, kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger Mitbewerber i.S. der §§ 8 Abs.3 Nr.1, 9 UWG ist.

Hinzu kommt, dass seine Klage auch dann erfolglos bleiben müsste, wenn die Aktivlegitimation des Klägers bejaht werden könnte.

Zutreffend hat der Beklagte darauf hingewiesen, dass auch im Lauterkeitsrecht der Grundsatz gilt, wonach der Kläger die seinen Anspruch begründenden Tatsachen, der Beklagte die den Anspruch hindernden Tatsachen darzulegen und im Streitfall zu beweisen hat (BGH GRUR 2004, 246 – Mondpreise?).

Dies hat der Kläger im Hinblick auf die Verantwortlichkeit des Beklagten für die streitgegenständlichen Anrufe nicht getan.

Sein Vorbringen beschränkt sich im Wesentlichen auf die Behauptung, der Beklagte betreibe das vielfach unlauter beworbene Projekt [redacted] in Wirklichkeit selbst, habe aber den Tätern zumindest seine Rufnummer zu Entgegennahme der Früchte der unlauteren Werbung zur Verfügung gestellt. Zuletzt hat er, nachdem der Beklagte in seiner Klageerwiderung erklärt hatte, die in den Schreiben der [redacted] angegebene Telefonnummer habe er einem Mann namens [redacted] überlassen, den Rechtsstreit hinsichtlich des geltend gemachten Auskunftsanspruches für erledigt erklärt und damit zu erkennen gegeben, dass er selbst den Beklagten nicht mehr für den Betreiber des Projektes hält.

Schuldner von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen nach dem UWG ist aber nur der Verletzer, d.h. Täter oder Teilnehmer der wettbewerbswidrigen Handlung.

Da der Kläger für eine eigene Täterschaft des Beklagten auch nicht ansatzweise substantiiert Beweis angeboten hat, bliebe allenfalls eine Haftung als Teilnehmer.

Voraussetzung dafür ist allerdings eine vorsätzliche Mitwirkung (Anstiftung oder Beihilfe) an einem mindestens objektiv rechtswidrigen Wettbewerbsverstoß. Dabei setzt der Vorsatz nicht nur die Kenntnis der objektiven Tatbestandsmerkmale der Haupttat, sondern auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat, im Wettbewerbsrecht also der Unlauterbarkeit, voraus (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rdnr. 2.16 zu § 8). Der Handelnde muss also wissen, dass der Täter einen Wettbewerbsverstoß begeht oder dies für möglich halten und billigend in Kauf nehmen. Dem Vorsatz steht es gleich, wenn der Handelnde sich bewusst einer Kenntnisnahme von dem von ihm veranlassten oder geförderten Verhalten verschließt. Die erforderliche „Bösgläubigkeit“ des Teilnehmers lässt sich durch eine substantiierte Aufklärung, insbesondere in einer Abmahnung, seitens des Verletzten herbeiführen. (BGH GRUR 2008, 810 – Kommunalversicherer).

Zu diesen Voraussetzungen bleibt der Kläger hinreichendes Vorbringen schuldig. Seine Darlegungen gehen dahin, das Vorbringen des Beklagten mit Nichtwissen zu bestreiten und ihm „Tricksen“ und „Täuschen“ vorzuwerfen. Konkrete Tatsachen, die den Vorsatz des Beklagten in Bezug auf das Verhalten des oder der Verantwortlichen für den oder die Veranlasser der streitgegenständlichen Anrufe bei dem Zeugen belegen könnten, werden von ihm weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Die von ihm in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer zu den Akten gereichte Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Berlin – Az.: 251 Js 978/11 – betrifft den Beklagten nicht. Er ist nicht angeklagt, und sein Name findet, soweit ersichtlich, in der Anklageschrift keine Erwähnung.

Dass zeitlich nach der vom Kläger gegenüber dem Beklagten ausgesprochenen Abmahnung vom 6. Juli 2010 Anrufe der streitgegenständlichen Art stattgefunden hätten, bei denen nach den vorgenannten Grundsätzen ein Gehilfen-Vorsatz des Beklagten in Betracht käme, behauptet der Kläger nicht.

Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Klägers bestehen nach alledem nicht mit der Folge, dass auch seinem Feststellungsbegehren hinsichtlich der ursprünglich verlangten Auskünfte, die als Annexanspruch zu den Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen verlangt wurden, nicht entsprochen werden kann.

Auch eine Erstattung der Abmahnkosten kann der Kläger nicht verlangen, da dies gem. § 12 Abs.1 S.2 UWG voraussetzen würde, dass seine Abmahnung berechtigt war. Dies war indessen nicht der Fall, da eine Verantwortlichkeit des Beklagten für die streitgegenständlichen Anrufe, wie dargelegt, nicht erwiesen ist.

Ein Anspruch auf Verzinsung des verauslagten Gerichtskostenvorschusses scheidet schon deshalb aus, weil die Klage insgesamt unbegründet ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.

gez. Thiel, zugleich für Handelsrichter Mayer,
der wegen Urlaubs nicht unterschreiben kann

gez. Ueberheide