



Landgericht Mannheim
4. Kammer für Handelssachen
Im Namen des Volkes
Urteil

In dem Rechtsstreit

Verein Deutscher und Ausländischer Kaufleute e.V. (VDAK)

vertreten durch d. Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Herrn
Marc Redel

Kurfürstenwall 9, 45657 Recklinghausen

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

P **GmbH**
vertreten durch d. GF. **P**

- Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

wegen einstweiliger Verfügung

hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Mannheim auf die mündliche
Verhandlung vom 19. September 2005 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Landgericht S

Handelsrichter P

Handelsrichter K

für **Recht** erkannt:

1. Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Mannheim vom 16.06.2005 - Az. 24-0-100/05 - wird mit folgender Maßgabe bestätigt:

In Ziffer 1 Zeile 4 wird nach dem Wort „Freiberufler“ eingefügt

„mit denen die Antragsgegnerin nicht im Geschäftskontakt steht, ...“

2. Die Beklagte trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

VDAK Aktiver Gewerbeschutz

Tatbestand

Der klagende Wettbewerbsverband wirft der Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) belästigende und den Wettbewerbscharakter verschleiernde Werbemethoden bei der Akquise von Anzeigenaufträgen vor.

Der Verfügungskläger (nachfolgend: Kläger) wurde im Jahre 1994 als Verband zur Förderung gewerblicher Interessen gegründet. Gemäß § 2 seiner Satzung bezweckt er branchenübergreifend die Bündelung der Interessen kleiner und mittlerer Betriebe mit dem Ziel der Bekämpfung mittelstandsgefährdender Praktiken im Wirtschaftsleben. Auf die als AS 1 vorgelegte Kopie seiner Satzung wird ergänzend Bezug genommen. Bundesweit gehören dem Kläger über 2.000 unmittelbare gewerbliche und freiberufliche Mitglieder an. Ferner gehören ihm Wirtschaftsverbände an, beispielsweise der Unternehmerverband e.V., die Maler- und Lackiererinnung sowie Fachverbände, wie etwa der Deutschland e.V. in ; diesen Verbänden gehören ihrerseits mehrere tausend Mitglieder an. Zu den unmittelbaren Mitgliedern des Klägers zählen auch Verlage, Werbeagenturen und andere Unternehmen, die im repräsentativen Umfang auf dem bundesdeutschen Anzeigen- und Werbemarkt tätig sind. So ist seit dem Jahre 1996 der Verlag, einer der führenden Fachverlage für kartografische Werbeträger, Mitglied des Klägers (AS 7 a und AS 2). Seit 1999 gehört auch der -Verlag zu den Verbandsmitgliedern; er zählt heute zu den führenden Verlagen auf dem Sektor werbegetragener Publikationen für Städte, Gemeinden, Kreise und sonstige regionale Einrichtungen (AS 7 b). Der Verband medien e.V., dem 170 Unternehmen aus dem Medienbereich angehören, ist seit dem Jahre 2003 Mitglied des klagenden Verbandes (AS 8). Aufgrund eines jährlichen Beitragsaufkommens von rd. € (AS 6) unterhält der Kläger in Recklinghausen eine Geschäftsstelle mit solider sachlicher und personeller Ausstattung. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Seite 5 und 6 der Antragschrift vom 09.06.2005 Bezug genommen.

Die Beklagte betreibt ein Unternehmen, das im Bereich Werbung und Marketing tätig ist (AS 9). Sie verlegt u. a. das „lifestyle magazin “ und regionale „Info-Broschüren“, u. a. für Nordrhein-Westfalen (VB 1). Letztere erscheint in einer Auflage von 2.000 Exemplaren und wird ausschließlich aus Anzeigenwerbung finanziert.

Potentielle gewerbliche Anzeigenkunden akquiriert die Beklagte per Telefon. Um an Kunden heranzukommen, lässt sie sich durch ihre Außendienstmitarbeiter vergleichbare Druckerzeugnisse vorlegen, die diese bei ihren Besuchen bei Städten, Verkehrsämtern und Organisationen von Handel und Industrie überreicht bekommen haben. Die Außendienstmitarbeiter der Beklagten verteilen nämlich ihrerseits deren Druckerzeugnisse bei Gemeinden, Handel und Industrie. Aus den Fremddruckwerken sucht sich die Beklagte mögliche Anzeigenkunden heraus, die aufgrund ihres Gewerbebetriebes an der Schaltung einer Anzeige in der Info-Broschüre eines bestimmten Bundeslandes Interesse haben könnten.

Aufgrund derartiger Recherchen telefonierte der Außendienstmitarbeiter der Beklagten, der Zeuge K , am 25.04.2005 mit der Arztpraxis Dr. Y in R und am 02.05.2005 mit dem Pflegeheim S in I . Der Arztpraxis übermittelte er per Fax den Vordruck der Beklagten „Anzeigenauftrag“ mit handschriftlichen Eintragungen zu Auftraggeber und Ansprechpartnerin. Auf AS 12 S. 2 wird verwiesen. Zugleich übermittelte er per Fax Kopie des Werbe-Flyers der Arztpraxis (AS 12 S. 3).

Dem Pflegeheim übermittelte er per Fax einen in gleicher Weise handschriftlich ausgefüllten Vordruck „Anzeigenauftrag“ und zugleich Kopie einer Werbeanzeige, welche der Heimträger in der Info-Broschüre der Verbandsgemeinde D geschaltet hatte (AS 11 S. 2).

Der Assistent der Geschäftsführung der Beklagten, der Zeuge J (VB 1, S. 121), meldete sich am 28.04.2005 telefonisch bei der Firma W in S und am 09.05.2005 bei der Firma A in I . Der Firma W übermittelte er am 28.04.2005 um 13.03 Uhr den handschriftlich ausgefüllten Vordruck der Beklagten „Anzeigenauftrag“ per Fax (AS 10 S. 2) und zugleich Kopien einer Werbeanzeige, welche die Firma W in der Informationsbroschüre S geschaltet hatte (AS 10 S. 3). Der Firma A übermittelte er am 09.05.2005 um 07.53 Uhr per Fax den handschriftlich ausgefüllten Vordruck der Beklagten „Anzeigenauftrag“ (AS 15 S. 2) und zugleich Kopien von Anzeigen, welche die Firma A in der Info-Broschüre der Stadt (geschaltet hatte (AS 15 S. 3 u. 4).

Zu keinem der telefonisch und per Telefax angesprochenen Unternehmer hatte die Beklagte zuvor geschäftlichen Kontakt. Zum Abschluss von Anzeigenaufträgen kam es in den genannten Fällen nicht.

Auf die Abmahnung des Klägers vom 18.05.2005 (AS 13) reagierte die Beklagte nicht.

Der Kläger behauptet,

die Akquisiteure der Beklagten hätten jedenfalls gegenüber den Ansprechpartnern der Arztpraxis Dr. Y und der Firma A am Telefon behauptet, es sei schon alles besprochen, es solle lediglich unterschriftlich bestätigt werden, dass die Druckvorlage bzw. der Korrekturabzug so in Ordnung seien.

Der Vorsitzende der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Mannheim hat am 16.06.2005 durch Beschluss die folgende einstweilige Verfügung erlassen:

„Der Antragsgegnerin wird verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken um Anzeigenaufträge zu werben oder durch Dritte um Anzeigenaufträge werben zu lassen, wenn dabei Gewerbetreibende oder Freiberufler ohne deren zuvor erklärte Einwilligung per Telefon oder per Telefax kontaktiert werden und diese Kontaktaufnahme darauf abzielt, den Angesprochenen zu veranlassen, durch Unterzeichnung und Rückfax oder postalische Rücksendung eines ihm per Telefax oder per Post übermittelten Vertragsformulars einen Anzeigenauftrag zu erteilen

und/oder wenn bei der Werbung von Anzeigenkunden dem Angesprochenen auf oder zusammen mit einem zur Unterschrift vorgesehenen Vertragsformular der Antragsgegnerin dessen aus einer Fremdpublikation entnommene Unternehmensanzeige übermittelt oder vorgelegt und wahrheitswidrig behauptet wird, der Antragsgegnerin sei schon ein Anzeigenauftrag erteilt worden, jetzt gehe es (nur noch) um Unterzeichnung der Druckfreigabeerklärung.“

Nach Widerspruchseinlegung beantragt der Kläger,

die einstweilige Verfügung des angerufenen Gerichts vom 16. Juni 2005 zu bestätigen.

Die Beklagte beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 16.06.2005 - Az. 24 O 100/05 - wird aufgehoben und der Antrag der Antragstellerin vom 13.06.2005 zurückgewiesen.

Die Beklagte behauptet:

Ihre zuständigen Mitarbeiter hätten bei den in Rede stehenden Telefonaten die Informationsbroschüre der Beklagten vorgestellt, dabei erklärt, wie und wo sie erscheine und was sie koste und schließlich gefragt, ob Interesse an einem Angebot für die Schaltung einer Anzeige bestehe. Keinesfalls sei den potentiellen Kunden gesagt worden, es ginge um ihre Anzeige in einer bestimmten Broschüre. Es sei auch nicht der Eindruck vermittelt worden, dass bereits mit einer anderen Person oder mit der angerufenen Person alles besprochen sei und man lediglich noch um die Bestätigung bitte, dass die Druckvorlage so in Ordnung sei.

Die Beklagte ist der Ansicht,

die telefonischen Anfragen ihrer Mitarbeiter seien von einer mutmaßlichen Einwilligung der Angerufenen gedeckt und damit im Sinne von § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG zulässig. Dies ergebe sich auch aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in GRUR 2004 S. 521. Ergänzend wird auf Seite 2 bis 4 der Widerspruchsschrift Bezug genommen (Bl. 49-51).

Im Tenor der einstweiligen Verfügung sei der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG nicht Rechnung getragen worden, wonach bei Gewerbetreibenden bei Vorlage ihrer mutmaßlichen Einwilligung telefonisch geworben werden dürfe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Diese waren Gegenstand der ausführlichen Erörterungen im Kammertermin.

VDAK Aktiver Gewerbeschutz

Entscheidungsgründe

Der Antrag vom 13.06.2005 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig (§§ 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 UWG i.V.m. §§ 937 Abs. 1, 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO) und erweist sich auch nach Durchführung der mündlichen Verhandlung im Rechtfertigungsverfahren gemäß §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 4 Nr. 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 u. 3, 12 Abs. 2 UWG als begründet.

1. Der Antrag ist zulässig.

Dem Antrag fehlt in der Fassung, welche das Gericht gemäß § 938 ZPO als erforderlich zur Erreichung des vom Kläger verfolgten Zwecks angesehen hat, nicht die notwendige Bestimmtheit. Wie im Kammertermin unter Bezugnahme auf die Problematik so genannter „gesetzeswiederholender Anträge“ (BGH, Urteil vom 13.03.2003 „Erbenermittler“ GRUR 2003, 886, 887) erörtert worden ist, würde die Aufnahme des Elements der „mutmaßlichen Einwilligung aufgrund besonderer Umstände“ den Inhalt des gerichtlichen Verbots verunklaren. Der Unterlassungsschuldner muss aber wissen, was ihm verboten wird. Die Auslegung des Verbotsumfangs darf nicht ins Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn, wie im konkreten Falle, die Auslegung des unklaren Tatbestandsmerkmals gerade zwischen den Parteien umstritten ist.

Den Schwierigkeiten der Verbotsfassung im konkreten Falle konnte die Kammer nur dadurch begegnen, dass sie den Tenor ihrer Entscheidung möglichst eng an die angegriffenen Aktivitäten der Beklagten angelehnt hat.

2. Die Anrufe der zuständigen Mitarbeiter der Beklagten (§ 8 Abs. 2 UWG) sind im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG wettbewerbsrechtswidrig. Sie sind insbesondere nicht durch eine mutmaßliche Einwilligung der angerufenen Unternehmer gedeckt:

a) Dieser Rechtfertigungsgrund ist anhand konkreter Umstände festzustellen, die vor dem Anruf gegeben sind (Köhler in: Baumbach/Hefermehl, 23. Aufl., Rdnr. 60 zu § 7 UWG; Ueber in: Barte-Havendamm/Henning-Bodewig, Rdnr. 142 zu § 7 UWG). Aufgrund dieser Tatsachen muss ein sachliches Interesse des Anzurufenden am

Anruf vermutet werden (Köhler a.a.O., Rdnr. 61). Dabei ist die Sicht des Anzurufenden entscheidend, der Anrufer trägt das Risiko der subjektiven Fehleinschätzung. Auf den konkreten Einzelfall bezogen muss die Annahme gerechtfertigt sein, der Anzurufende stehe dem Anruf positiv gegenüber. Dies bedeutet auch, dass die Angelegenheit so dringlich sein muss, dass Einverständnis auch mit einer telefonischen Ansprache angenommen werden kann (Ubber, a.a.O., Rdnr. 142 zu § 7 UWG; Mankowski in: Fezer, Lauterkeitsrecht, Rdnr. 69 zu § 7 UWG).

Demgemäß reicht eine allgemeine Sachbezogenheit des Anrufs, etwa dessen Bezug zur konkreten Geschäftstätigkeit des Anzurufenden oder die Existenz eines aktuellen Bedarfs des Anzurufenden für die angebotene Leistung nicht aus. Wenn also ein Unternehmer einen Neuwagen benötigt, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, er sei telefonischen Angeboten aller möglichen Fahrzeugverkäufer gegenüber aufgeschlossen (Köhler, a.a.O. Rdnr. 62; Mankowski a.a.O. Rdnr. 70 zu § 7 UWG).

- b) Im konkreten Falle stützt die Beklagte die Vermutung eines Einverständnisses mit einem telefonischen Akquisitionsgespräch lediglich auf den Umstand, dass der anzurufende Unternehmer in einer ähnlichen Druckschrift eine Anzeige geschaltet hat (VB 3, VB 4, Bl. 50).

Diese Werbemaßnahme allein rechtfertigt aber bei verständiger Einschätzung der Interessenlage des anzurufenden Unternehmers nicht die Annahme, es bestehe zusätzlicher Bedarf an weiteren, gleichförmigen Werbeaktivitäten. Ein umsichtiger Unternehmer plant selbständig Inhalt, Ausmaß und Verbreitung seiner Werbemaßnahmen. Aus welchen Gründen ein Hinweis von außen auf die inattraktive Info-Broschüre der Beklagten (VB 1) im Interesse es Anzurufenden liegen sollte, ist der erkennenden Kammer für Handelssachen nicht ersichtlich (§ 114 GVG).

Aus der Schaltung einer Anzeige in der Druckschrift eines Wettbewerbers lässt sich eher die Vermutung ableiten, die so getätigten Maßnahmen seien aus der Sicht des Werbenden ausreichend, das Budget sei für weitere Werbemaßnahmen erschöpft.

Insbesondere ist nicht erkennbar, worauf die Beklagte die Dringlichkeit einer werblichen Ansprache stützen will.

- c) Die vom Beklagtenvertreter auch im Kammertermin angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.02.2004 (GRUR 2004, 519, 521) rechtfertigt den Standpunkt der Beklagten nicht. Der dort zu beurteilende Fall unterscheidet sich von den hier Vorliegenden schon dadurch, dass zwischen den Gesprächsteilnehmern eine durch die DeTe Medien GmbH vermittelte geschäftliche Beziehung bestanden hatte. Außerdem hatte zwischen dem aus der Geschäftsbeziehung abgeleiteten Anlass der Datenüberprüfung und der Werbemaßnahme ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang bestanden.

Damit sind die maßgebenden Umstände völlig verschieden gelagert.

3. Die Übermittlung der Vertragsvordrucke und der Kopien von Anzeigen in Drittpublikationen per Telefax geschah ohne Einwilligung der kontaktierten Unternehmer und war damit gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wettbewerbsrechtswidrig:

- a) Die angesprochenen Mitarbeiter der Firma W und der Arztpraxis Dr. Y, N (AS 10 S. 1) und B (AS 12 S. 1) haben eidesstattlich versichert, ihnen seien völlig unverlangt zweiseitige Fax-Mitteilungen der Beklagten zugegangen.

Die Mitarbeiter des P und der Firma A, F (AS 11 S. 1) und L (AS 15 S. 1) haben eidesstattlich versichert, nach der unvorbereiteten telefonischen Ankündigung, man würde wegen „unserer Anzeige in der Broschüre D“ bzw. „unserer Werbung in der Info-Broschüre der Stadt I“ uns etwas zufaxen, habe man mehrseitige Fax-Mitteilungen der Beklagten erhalten.

Bei dieser Sachlage bestand auch in den beiden letztgenannten Fällen kein Einverständnis mit dem Erhalt von Telefax-Sendungen. Die widerspruchslose Entgegennahme einer sachlich unwahren Ankündigung beinhaltet keine Zustimmung.

b) Die Kammer hält die eidesstattlich bekräftigten Schilderungen dieser Zeugen für ausreichend glaubhaft gemacht (§§ 286, 294 ZPO). Sie hält es für ausgeschlossen, dass vier Mitarbeiter von vier verschiedenen, an unterschiedlichen Orten ansässigen Unternehmen im Kern übereinstimmend die Beklagte zu Unrecht belasten. Ein Motiv für eine derartige Belastung bzw. Gefälligkeit gegenüber einem Interessenverband ist nicht einmal Ansatzweise erkennbar. Dies gilt um so mehr, als es in keinem Falle zu einem kostenträchtigen Anzeigenauftrag mit der Beklagten gekommen ist.

Dies kann durch die ganz allgemein gehaltenen, nahezu identisch formulierten eidesstattlichen Versicherungen der beiden Mitarbeiter der Beklagten nicht entkräftet werden (VB 3, VB 4).

Diese enthalten keinen Bezug zu den hier eidesstattlich untermauerten Fällen. Lediglich die eidesstattliche Versicherung J vom 06.07.2005 (VB 2) spricht konkret einen dieser Fälle, nämlich den vom 28.04.2005, an. Bezeichnend ist jedoch, dass „das Verlangen der Dame“ nicht konkretisiert ist. Diese Darstellung äußert sich auch nicht dazu, ob der Anrufer über die Telefonzentrale hinausge-
langt ist.

4. Die Kammer ist auch mit dem für eine Glaubhaftmachung erforderlich Maß an Wahrscheinlichkeit überzeugt, dass die Akquisiteure der Beklagten im Rahmen von Telefonaten jeweils den Eindruck vermittelt haben, es ginge nur noch darum, die inhaltliche Ausgestaltung einer schon verbindlich vereinbarten Anzeige zu überprüfen und zu genehmigen:

a) Dies haben die telefonisch angesprochenen Mitarbeiter F (AS 11 S. 1), B (AS 12 S 1) und L (AS 15 S. 1) in deutlicher Form eidesstattlich versichert. Die Erwägungen unter 3 b) dieses Urteils gelten auch in diesem Zusammenhang.

b) Für diese Schilderung sprechen schon die unstreitigen Tatsachen:

In jedem der vier Fälle wurde ein Formular für einen Anzeigenauftrag übermittelt, das handschriftlich ausgefüllt war. Insbesondere durch die handschriftliche Angabe

des für Werbefragen zuständigen Mitarbeiters wird der Eindruck vermittelt, die Fax-Sendung erfolge zumindest im Rahmen eines zwischen den angegebenen Personen schon angebahnten geschäftlichen Kontakts.

In jedem der vier Fälle wurde zugleich eine Kopie der Werbung aus einer Drittpublikation übermittelt. Für die flüchtigen Betrachter der Fax-Sendung insgesamt verstärkt dies den Eindruck, dies sei ein schon vorherbesprochener Vorschlag zur inhaltlichen Ausgestaltung der Anzeige. Die drucktechnisch hervorgehobene Rubrik „Textänderungen“ auf dem Formular „Anzeigenauftrag“ verstärkt diesen Eindruck. Normaliter erbittet der Auftragnehmer bei erstmaliger Bestellung einer Werbeanzeige verbindliche Vorgaben des Kunden über deren Ausgestaltung.

- c) Die eidesstattlichen Versicherungen der beiden Mitarbeiter der Beklagten bestätigen diese Beweiswürdigung:

Ihren gleich lautend formulierten Darstellungen zufolge, wird telefonisch die eigene Info-Broschüre der Beklagten vorgestellt und die Kostenfrage erläutert. Die vage gehaltene Schilderung, die erkennbar konkrete Festlegungen vermeidet, soll offenbar so verstanden werden, dass der Kunde erst dann ein Fax erhält, wenn er Interesse an einem Anzeigenangebot erklärt hat.

Ist aber ein derartiges Interesse bekundet worden, macht es keinen Sinn, gleichzeitig die Anzeige eines Wettbewerbers in Kopie zu übermitteln. Nahe liegender wäre es, die Vorzüge der eigenen Publikation durch eigene, originell gestaltete Vorschläge zur Ausgestaltung der Anzeige herauszustellen. Dies beweist, dass die eidesstattlichen Versicherungen VB 2 bis VB 4 sachlich unzutreffende Schutzbehauptungen enthalten.

- d) Nach Überzeugung der Kammer besteht nach alledem der dringende Tatverdacht des versuchten Betruges in vier Fällen.

Wettbewerbsrechtlich ist festzustellen, dass ein Verschleiern des Werbecharakters von Wettbewerbshandlungen unlauter im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG ist.

e). Deshalb sei nur am Rande erwähnt, dass in einem weiteren aktuellen Verfahren vor der erkennenden Kammer und in drei Verfahren der Vergangenheit die dort auf Zahlung in Anspruch genommenen Kunden der Beklagten bzw. der Firma F

(VB 1 Info-Broschüre S. 3) jeweils den Eindruck gewonnen hatten, sie hätten lediglich eine Druckfreigabeerklärung unterzeichnet. In dem Bewusstsein, durch nachlässige Lektüre und Unterzeichnung des Anzeigenauftrages selbst einen Fehler gemacht zu haben, kam es in der Vergangenheit auch zum Abschluss von Vergleichen. Dies wurde im Kammertermin ebenfalls erörtert.

5. Die glaubhaft gemachten Wettbewerbsverstöße, für welche die Beklagte gemäß § 8 Abs. 2 UWG einzustehen hat, begründen Wiederholungsgefahr im Sinne von § 8 Abs. 1 S. 1 UWG.

Die Dringlichkeitsvermutung folgt aus § 12 Abs. 2 UWG.

6. Die Androhung von Ordnungsmitteln beruht auf § 890 ZPO.

Die Kostenentscheidung erging nach § 91 Abs. 1 ZPO:

Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst (§§ 929 Abs. 1, 936 ZPO).

S
Vors. Richter am Landgericht

P
Handelsrichter

K
Handelsrichter