

Ausfertigung



# Landgericht Berlin

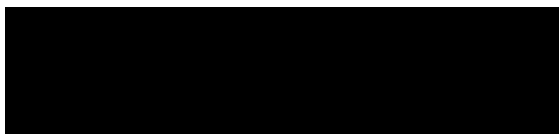
## Im Namen des Volkes

### Urteil

Geschäftsnummer: 101 O 138/16

verkündet am : 24.05.2017  
Dreier  
Justizbeschäftigte

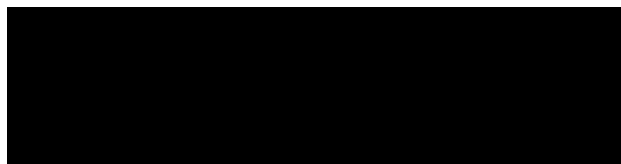
In dem Rechtsstreit



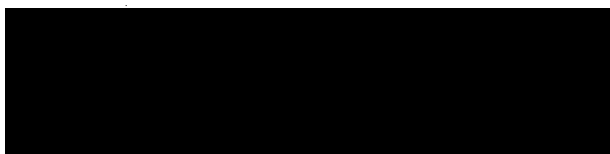
Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Franz LLP,  
Adlerstraße 63, 40211 Düsseldorf,-

gegen



Beklagte,



hat die Kammer für Handelssachen 101 des Landgerichts Berlin in Berlin - Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 24.05.2017 durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Zilm

**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

1. Der Beklagten wird bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern [REDACTED], untersagt, Unternehmen zu Zwecken der Direktwerbung ohne deren vorherige jedenfalls mutmaßliche Einwilligung telefonisch zu kontaktieren, wie geschehen zwischen dem 29. März 2016 und dem 8. April 2016 gegenüber der [REDACTED]
2. Die Beklagte wird verurteilt, einen Betrag in Höhe von 1.044,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29. Dezember 2016 an die Klägerin zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, einen weiteren Betrag in Höhe von 1.044,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29. Dezember 2016 an die Klägerin zu zahlen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.
5. Das Urteil ist hinsichtlich des Tenors zu 1. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 Euro und im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand:

Beide Parteien vertreiben Kassensysteme für Gastronomiebetriebe.

Im Frühjahr 2016 kam der Beklagten nach Ostern über Facebook – Einträge von Kunden der Klägerin zur Kenntnis, dass es bei der Klägerin zu Problemen mit den von ihr vertriebenen Kassensystemen gekommen war. Ein Vertriebsmitarbeiter der Beklagten rief an einem Tag zwischen dem 29. März und 8. April 2016 bei der [REDACTED], einer Kundin der Klägerin, an und führte mit deren Geschäftsführer ein zwischen den Parteien inhaltlich Streitiges Gespräch.

Die Klägervertreter mahnten die Beklagte am 17. Mai 2016 ab.

Die Klägerin erwirkte am 5. August 2016 eine einstweilige Verfügung des Kammergerichts (5 W 160/16; vorausgehend LG Berlin 101 O 75/16), durch welche der Beklagten Telefonanrufe zu Werbezwecken ohne vorherige jedenfalls mutmaßliche Einwilligung untersagt wurden.

Die einstweilige Verfügung wurde der Beklagten am 24. August 2016 zugestellt.

Am 14. September 2016 kündigte die Beklagte an, Widerspruch einlegen zu wollen.

Am 21. September 2016 versandten die Klägervertreter an die Beklagte das Abschlusschreiben.

Mit Schriftsatz vom 17. Februar 2017 – der Klägerseite am 6. März 2017 zugestellt – legte die Beklagte Widerspruch ein.

Die Klägerin hält den Anruf bei der [REDACTED] für wettbewerbswidrig i.S.v. § 7 bzw. § 4 Nr. 4 UWG. Es handele sich zudem um einen kartellrechtswidrigen Boykottaufruf. Der Anruf des Vertriebsmitarbeiters der Beklagten bei dem Geschäftsführer der [REDACTED] sei zwischen dem 29. März und 8. April 2016 erfolgt, wobei es auf das genaue Datum nicht ankomme. Der Mitarbeiter habe das Serverproblem bei der Klägerin angesprochen und die Kassen der Beklagten unter Herabsetzung der Produkte der Klägerin angepriesen. Es habe am Osterwochenende 2016 Angriffe – vermutlich von Mitbewerbern – auf ihre IT – Infrastruktur gegeben, die zu einem Ausfall der Verbindung zwischen den Endgeräten der Kunden der Klägerin und dem auf ihren Servern vorgehaltenen Verwaltungs – Backend geführt hätten. In der auch die Kundin [REDACTED] betreffenden Krisensituation sei nicht damit zu rechnen gewesen, dass die [REDACTED] an einem Werbeanruf der Beklagten interessiert gewesen sein konnte. Zudem habe es weitere Anrufe gegeben, so bei dem damaligen Eigentümer der [REDACTED]. Ihr stehe zudem Anspruch auf Erstattung der Kosten der Abmahnung und des Abschlusschreibens zu.

Die Klägerin beantragt,

1. der Beklagten bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern [REDACTED] [REDACTED] zu untersagen, Unternehmen zu Zwecken der Direktwerbung ohne deren vorherige jedenfalls mutmaßliche Einwilligung telefonisch zu kontaktieren, wie geschehen zwischen dem 29. März 2016 und dem 8. April 2016 gegenüber der [REDACTED]
2. die Beklagte zu verurteilen, einen Betrag in Höhe von 1.044,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, einen weiteren Betrag in Höhe von 1.044,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet, in dem Telefonat – welches (ausschließlich) am 8. April 2016 erfolgt sei (bei einem Anruf am Vortag sei kein Verantwortlicher erreichbar gewesen) - sei ihr Mitarbeiter aufgrund eines Facebook – Postings der [REDACTED] telefonisch an deren Geschäftsführer herangetreten, aber gar nicht zu Wort gekommen, weil ihn der Geschäftsführer sofort unterbrochen habe. Ihr Mitarbeiter habe nur noch sagen können, dass er nichts dafür könne, wenn bereits andere Kassenanbieter angerufen hätten. Aussagen zum Produkt der Klägerin habe er nicht gemacht. Das Kassensystem der Klägerin sei deshalb so störanfällig, weil es keinen funktionierenden Offline – Modus gegeben habe.

Sie meint, es habe ein mutmaßliches Einverständnis mit dem Werbeanruf bestanden. Ein sachliches Interesse habe aufgrund des über Facebook bekannt gewordenen Systemausfalls – auch bei der [REDACTED] – bestanden, und weil das System der Beklagten auch den Offline – Modus (über WLAN) ermögliche. Da das Telefonat nicht unmittelbar nach dem Osterwochenende stattgefunden habe, sei es auch nicht in der akuten Krisensituation erfolgt, sodass auch die gewählte Art der Kontaktaufnahme nicht als unerwünscht habe vorausgesehen werden können.

Ersatz der Kosten des Abschlusschreibens könne die Klägerin schon deshalb nicht beanspruchen, weil ihr Prozessbevollmächtigter dem Klägervertreter am 6. September 2016 mitgeteilt hab, dass nach Einsicht in die Akte des einstweiligen Verfügungsverfahrens entschieden würde, ob Widerspruch eingelegt werden soll. Am 14. September 2016 sei dem Klägervertreter dann – insoweit unstrittig - mitgeteilt worden, dass Widerspruch eingelegt werden soll und ein Abschlusschreiben daher nicht erforderlich sei.

Rechtshängigkeit ist am 28. Dezember 2016 eingetreten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach - und Streitstandes wird auf den Inhalt der vorgetragenen Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

Der Austausch der Daten wie im Klageantrag zu 1. geschehen, stellt keine Klageänderung dar. Der Streitgegenstand bleibt unverändert, wovon auch schon das Kammergericht im Beschluss vom 5. August 2016 (5 W 160/16) ausgegangen ist, andernfalls der Beschwerdesenat im dortigen Verfahren nicht nach § 938 ZPO vorgegangen wäre bzw. nicht ausdrücklich festgestellt hätte, dass kein Teilunterliegen gegeben ist.

Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch aus § 8 Absatz 1 i.V.m. 7 Absatz 2 Nr. 2 2. Alt. UWG zu.

Unstreitig gab es einen werbenden Anruf eines Mitarbeiters der Beklagten bei dem Geschäftsführer der [REDACTED]

Dieser war unzulässig, da er eine unzumutbare Belästigung darstellte.

Eine unzumutbare Belästigung i.S.v. § 7 Absatz 2 UWG liegt bei Telefonanrufen gegenüber – wie hier – sonstigen Marktteilnehmern vor, wenn es an einer zumindest mutmaßlichen Einwilligung fehlt, wobei sich das Einwilligungserfordernis sowohl auf die Kontaktaufnahme als auch auf die Art und Weise (hier: Telefonanruf) bezieht. Maßgeblich ist, ob der Werbende unter Würdigung aller Umstände annehmen durfte, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenüberstehen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 7 Rn. 163).

Ein sachliches Interesse an einem Anruf wird vermutet, wenn ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegt, wobei von einem solchen Interesse eher auszugehen ist, wenn der Anruf die eigentliche Geschäftstätigkeit als kaufmännische Hilfsgeschäfte betrifft. Vorliegend betraf der Anruf nicht die eigentliche Geschäftstätigkeit der [REDACTED]. Diese erstreckt sich auf das Betreiben eines Cafés/Restaurants, mithin auf den Vertrieb von Speisen und Getränken und Dienstleistungen eines Gastronomiebetriebes. Das Erwerben eines Kassensystems stellt demgegenüber lediglich ein kaufmännisches Hilfsgeschäft dar. Werbeanrufe zwecks Abschlusses kaufmännischer Hilfsgeschäfte sind im Allgemeinen nicht gerechtfertigt (vgl. Köhler a.a.O. § 7 Rn. 172). Vorliegend geben auch die konkreten Umstände nichts dafür her, dass der Geschäftsführer der [REDACTED]

■ einem solchen Werbeanruf nach Ostern 2016 positiv gegenüberstand. Zwar wusste die Beklagte aus einem entsprechenden Facebook – Posting, dass die ■ von dem Ausfall des Kassensystems nicht nur objektiv betroffen, sondern darüber auch verärgert war, wie der auf Seite 9 des Schriftsatzes der Beklagten vom 8. Februar 2017 eingeblendete Beitrag zeigt. Dass dies ein Vorfall war, der bei der ■ in der Vergangenheit wiederholt aufgetreten war, lässt sich indes dem Posting nicht entnehmen und wird auch weder in das Wissen des Zeugen ■ gestellt, noch ist dies sonst ersichtlich. Bei einem lediglich einmaligen – wenn auch über die Osterfeiertage offenbar für einen längeren Zeitraum anhaltendem – Störungszustand bestand kein hinreichender Anlass zu der Annahme, dass die ■ sich sogleich von ihrem bisherigen Anbieter abwenden und einer Werbung eines neuen Anbieters gegenüber aufgeschlossen gegenüberstehen würde. Vielmehr lag näher anzunehmen, dass die ■ zunächst bei der Klägerin die Ursache des Problems erfragen und dort auf eine nachhaltige Lösung hinwirken würde, dies zumal der Geschäftsführer der ■ sogar – nach der in das Wissen des anrufenden Mitarbeiters der Beklagten, Herrn ■, gestellten Kenntnis – vermutete, dass der Ausfall gar nicht system – oder technischbedingt, sondern von Konkurrenten der Klägerin verursacht worden war. Die Annahme, die ■ würde sich wegen eines dem System bzw. der Technik der von der Klägerin vertriebenen Kassensysteme immanenten Problems bzw. „minderwertigen“ Software von der Klägerin abwenden und sei anderen Anbietern gegenüber aufgeschlossen, war daher nicht faktenbasiert. Die Beklagte – obwohl darlegungs – und beweisbelastet für die mutmaßliche Einwilligung – trägt schon keine ausreichenden Umstände vor, aus denen sie auf das konkrete sachliche Interesse geschlossen haben will. Lediglich die Kenntnis von einem einmaligen Ausfall und Verärgerung bei der ■ ■ genügt – wie ausgeführt – nicht. Dass derlei Ausfälle bei dem von der Klägerin betriebenen System in der Vergangenheit bei anderen Kunden bereits öfter vorgekommen waren – wie die Beklagte vorträgt – mag sein; dass davon aber konkret gerade die ■ jedes Mal betroffen gewesen sein soll, ergibt sich aus den eingereichten Unterlagen nicht. Insbesondere reicht für die Annahme eines konkreten sachlichen Interesses auch nicht aus, dass die Beklagte ihr System für besser hält. Das Risiko der subjektiven Fehleinschätzung trägt im Übrigen der Anrufer (vgl. Köhler a.a.O. § 7 Rn. 167).

Es liegt auch keine der Fallgruppen einer bestehenden oder angebahnten Geschäftsbeziehung oder der Branchenüblichkeit vor.

Unter diesen Umständen war von einer mutmaßlichen Einwilligung mangels konkreten sachlichen Interesses der ■ nicht auszugehen

Auf die mutmaßliche Einwilligung gerade in die Art und Weise der Kontaktaufnahme (hier: Telefonanruf) kommt es mithin nicht mehr an. Die Kammer hält allerdings auch in diesem Punkt die Wertung des Kammergerichts in der Entscheidung vom 5. August 2016 (5 W 160/16) für zutreffend. Denn tatsächlich ist die Entscheidung für ein Kassensystem eine bedeutsame, auf eine längerfristige Bindung ausgerichtete Geschäftsentscheidung, mit der sich das Unternehmen nicht auf telefonischen Zuruf beschäftigt, selbst wenn, wie von der Beklagten behauptet, zunächst nur eine Kurzvorstellung erfolgen sollte. Aus Sicht der Kammer kommt es letztlich nicht einmal darauf an, ob der Anruf – wie von der Beklagten behauptet – erst in der der Osterwoche folgenden Woche stattfand. Für die Beklagte bestanden – wie ausgeführt – keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass bei der [REDACTED] aufgrund des Ausfalls (nebst Verärgerung) sogleich Bereitschaft bestand, sich für Produkte anderer Anbieter zu interessieren. Naheliegender war vielmehr, dass diese zunächst bei ihrem bisherigen Vertragspartner, der Klägerin, auf nachhaltige Abhilfe drängen würde.

Es kommt nicht darauf an, ob in dem Telefonat die Produkte der Klägerin schlechtgemacht wurden. Unzulässig ist der – unstrittig zu Werbezwecken erfolgte – Anruf als solcher. Ebenso unerheblich ist, ob weitere Anrufe erfolgten. Bereits ein einziger Anruf (ohne mutmaßliche Einwilligung) stellt eine unzumutbare Belästigung dar.

Anspruch auf Erstattung der Kosten der Abmahnung steht der Klägerin gemäß § 12 Absatz 1 Satz 2 UWG zu, weil die Abmahnung berechtigt war, denn der Klägerin stand – wie ausgeführt – ein Unterlassungsanspruch zu.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 Absatz 1 BGB.

Anspruch auf Erstattung der Kosten des Abschlusschreibens steht der Klägerin gemäß §§ 683, 677, 670 BGB bzw. § 12 Absatz 1 Satz 2 UWG analog zu.

Das Abschluss Schreiben war erforderlich. Insbesondere hat die Klägerin nach Zustellung der einstweiligen Verfügung vier Wochen abgewartet, was einen angemessenen Zeitraum darstellt. Die Mitteilung der Beklagten vom 14. September 2016, dass Widerspruch eingelegt werden würde, steht nicht entgegen. Denn aufgrund der Mitteilung bestand für die Klägerin keine Sicherheit, ob der Widerspruch tatsächlich eingelegt wurde. Tatsächlich war diese Unsicherheit auch nicht unbegründet, denn über einen Zeitraum von weiteren fast sechs Monaten wurde kein Widerspruch eingelegt. Erst im Zeitpunkt der Kenntnis von der erfolgten Einlegung des

Widerspruchs wäre das Abschlusschreiben nicht mehr als erforderlich anzusehen, da dann für die Klägerin Gewissheit bestanden hätte, dass die Beklagte die einstweilige Verfügung nicht akzeptieren würde.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 Absatz 1 BGB.

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

Dr. Zilm

Ausgefertigt  
Berlin, 29.05.2017

Dittmann  
Justizbeschäftigte

