BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 164/04

Verkündet am:
29. März 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Änderung der Voreinstellung

UWG §§ 3, 4 Nr. 10

Für die Annahme einer unlauteren gezielten Mitbewerberbehinderung reicht es nicht aus, dass sich auch die bloß versehentliche Verletzung einer vertraglichen Pflicht, die darauf gerichtet ist, dem Wettbewerber Kunden zuzuführen, auf den Absatz des Mitbewerbers nachteilig auswirken kann.

BGH, Urt. v. 29. März 2007 - I ZR 164/04 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2004 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird das Berufungsurteil aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 19. Juli 2002 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen. Die Klägerin ist Betreiberin eines Telekommunikationsnetzes, das keine Teilnehmeranschlüsse aufweist und Teilnehmernetze miteinander verbindet (Verbindungsnetzbetreiber - VNB). Die Beklagte ist Betreiberin eines Teilnehmeranschlüsse aufweisenden Telekommunikationsnetzes (Teilnehmernetzbetreiber - TNB) und hält für ihre Kunden auch ein Verbindungsnetz bereit. Die dauerhafte Voreinstellung (Preselection) eines Teilnehmeranschlusses auf einen Verbindungsnetzbetreiber kann auf Wunsch des Kunden durch eine Umschaltung durch den Teilnehmernetzbetreiber auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber geändert werden.

2 Die Beklagte als Teilnehmernetzbetreiberin und verschiedene Verbindungsnetzbetreiber - darunter die Klägerin - haben sich für das Preselection-Verfahren auf eine "Spezifikation - Administrative und betriebliche Abläufe bei Änderung der dauerhaften Voreinstellung des Verbindungsnetzbetreibers (Spezifikation VNB-Wechsel 2.5)" verständigt. Die Vereinbarung ist als Ausgangsbasis und Empfehlung für das zur Änderung der dauerhaften Voreinstellung durchzuführende Verfahren entworfen. Wenn ein Kunde der Beklagten die dauerhafte Voreinstellung des Verbindungsnetzes zu einem bestimmten Zeitpunkt ändern will, gibt er gegenüber dem neuen Verbindungsnetzbetreiber eine darauf gerichtete Erklärung ab. Der neue Verbindungsnetzbetreiber leitet die Änderungserklärung an die Beklagte weiter, die der Umstellung innerhalb von zwei Tagen widersprechen kann (Negativbescheid). Lässt die Beklagte die Widerspruchsfrist verstreichen, gilt die Änderung der Voreinstellung zum gewünschten Zeitpunkt als bestätigt (Positivbescheid).

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Die Beklagte bot verschiedene Tarife für Teilnehmeranschlüsse an. Die Vertragsbedingungen für den Tarif Business-Call-500 sahen vor, dass eine Änderung der dauerhaften Voreinstellung auf andere Verbindungsnetze ausgeschlossen war.

4 Die Beklagte hatte mit einer Kundin, der O. GmbH, im Jahr 2001 den Tarif Business-Call-500 vereinbart. Die O. GmbH schloss gleichwohl einen Vertrag mit der Klägerin, die den Antrag auf Umstellung der dauerhaften Voreinstellung des Anschlusses auf ihr Verbindungsnetz an die Beklagte weiterleitete. Die Beklagte bestätigte trotz des vertraglichen Ausschlusses die Ausführung der beantragten Änderung der dauerhaften Voreinstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin schriftlich gegenüber der O. GmbH zum 3. Juli 2001. Sie nahm die Umstellung zu diesem Termin jedoch nicht vor.

5 In einem weiteren Fall beauftragte der Kunde Dr. P. die Beklagte telefonisch am 16. Oktober 2001 mit der Bereitstellung eines Standardanschlusses (T-Net-Standard). Die Auftragsbestätigung der Beklagten bezog sich demgegenüber auf den Tarif T-Net-100. Während bei dem Standardanschluss (T-Net-Standard) eine dauerhafte Voreinstellung auf ein anderes Verbindungsnetz zugelassen war, schlossen die Bedingungen des Tarifs T-Net-100 dies aus. Dr. P. schloss im Oktober 2001 mit der Klägerin einen Preselection-Vertrag. Die Klägerin leitete die auf die dauerhafte Voreinstellung des Telefonanschlusses auf ihr Verbindungsnetz gerichtete Erklärung des Dr. P. an die Beklagte weiter. Die Beklagte lehnte die Ausführung mit der Begründung ab, es liege eine andere Willenserklärung des Kunden Dr. P. vor.

6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel, zu vollziehen an den Mitgliedern des Vorstands, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. die Änderung der dauerhaften Voreinstellung des Anschlusses von Kunden auf das Verbindungsnetz der Klägerin (Preselection) nicht zu dem von der Beklagten der Klägerin ausdrücklich und/oder durch Positivbescheid im Sinne der Spezifikation VNB-Wechsel und/oder den jeweiligen Kunden ausdrücklich mitgeteilten Zeitpunkt auszuführen, wenn ein entsprechender Preselection-Vertrag zwischen dem jeweiligen Kunden und der Klägerin besteht;

   und/oder

2. an Kunden ein Auftragsbestätigungsschreiben für ein Produkt der Beklagten zu verschicken, wenn der jeweilige Kunde zuvor keine Willenserklärung abgegeben hat, die auf den Abschluss eines Vertrags mit der Beklagten über das Produkt, auf das sich das Auftragsbestätigungsschreiben bezieht, gerichtet gewesen ist;

   und/oder

3. gegenüber der Klägerin wörtlich oder sinngemäß zu behaupten und/oder behaupten zu lassen, eine Ausführung der Änderung der Voreinstellung aufgrund eines Preselection-Auftrags zugunsten der Klägerin sei aufgrund eines schriftlichen und/oder mündlichen "Stornos" durch den Kunden und/oder wegen einer anderen Willenserklärung des Kunden und/oder wegen des Widerspruchs zu einem derzeitigen Vertrag des Kunden mit der Beklagten nicht möglich und/oder durch Berufung auf derartige Umstände die Änderung der dauerhaften Voreinstellung des Anschlusses von Kunden auf das Verbindungsnetz der Klägerin (Preselection) nicht auszuführen,

   wenn der Kunde zuvor nicht den entsprechenden Preselection-Auftrag widerrufen und/oder eine andere Willenserklärung abgegeben hat und/oder eine wirksame vertragliche Bindung des Kunden zur Beklagten besteht, die eine Änderung der Voreinstellung ausschließt.

7 Mit ihrem Hilfsantrag zu 1 hat die Klägerin das Unterlassungsbegehren nach dem Klageantrag zu 1 auf die bewusste Nichtausführung der Änderung

der dauerhaften Voreinstellung zu dem mitgeteilten Zeitpunkt beschränkt. Mit dem Hilfsantrag zu 2 hat sie das Unterlassungsbegehren nach dem Klageantrag zu 2 dahingehend ergänzt, dass durch den bestätigten Tarif ein Wechsel des betroffenen Kunden von der Beklagten zu der Klägerin nicht mehr oder nur zeitlich verzögert möglich ist.

8 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Eine Umstellung der Voreinstellung im Fall der O. GmbH zum 3. Juli 2001 sei wegen des vereinbarten Tarifs Business-Call-500 ausgeschlossen gewesen. Im Fall Dr. P. komme ein Hör- oder Verständnisfehler in Betracht. Bei einem Massengeschäft wie der Umstellung der Voreinstellung auf ein anderes Verbindungsnetz könne bei einem Versehen von Mitarbeitern nicht auf eine Wettbewerbsförderungsabsicht geschlossen werden.

9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

10 Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte nach den Hilfsanträgen zu 1 und 2 sowie nach dem Antrag zu 3 verurteilt (OLG Frankfurt a.M. CR 2005, 432 = MMR 2005, 51).

11 Die Klägerin erstrebt mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, die weitergehende Verurteilung der Beklagten nach den Hauptanträgen zu 1 und 2. Die Beklagte verfolgt mit ihrer (gleichfalls vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, ihr Ziel auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

12 I. Das Berufungsgericht hat die Hauptanträge zu 1 und 2 als nicht begründet angesehen und die Beklagte nach den Hilfsanträgen zu 1 und 2 sowie nach dem Antrag zu 3 verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt:

13 Der mit dem Hauptantrag zu 1 geltend gemachte Unterlassungsanspruch stehe der Klägerin nicht zu, weil der Antrag auch die versehentliche Versäumung der Umstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin erfasse. In diesem Fall liege keine Wettbewerbshandlung der Beklagten i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, § 1 UWG a.F. vor. Es fehle an der erforderlichen Wettbewerbsförderungsabsicht. Denn die Umstellung erfolge nur in Erfüllung der - an sich wettbewerbsneutralen - Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004, § 43 Abs. 6 TKG 1996. Unterbleibe die Umstellung in Einzelfällen versehentlich, könne nicht auf eine Wettbewerbsförderungsabsicht geschlossen werden. Die objektive Förderung des eigenen Absatzes der Beklagten sei nur eine nicht bezweckte Nebenfolge eines außerwettbewerblichen Verhaltens.

14 Der Hilfsantrag zu 1 sei aus §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 Abs. 2 UWG, §§ 1, 13 Abs. 4 UWG a.F. begründet (Fall O. GmbH). Führten die Mitarbeiter der Beklagten eine Umstellung der Voreinstellung bewusst nicht zu dem zuvor bestätigten Termin aus, verfolgten sie auch das Ziel, von der hiermit zugleich verbundenen Förderung des eigenen Absatzes zu profitieren. Darin liege eine gezielte Behinderung der Klägerin. Ohne Erfolg berufe sich die Beklagte auf die Vereinbarung eines die Umstellung ausschließenden Tarifs mit der O. GmbH. Die Beklagte habe den Umstellungstermin unabhängig davon, ob sie berechtigt gewesen wäre, der gewünschten Änderung zu widersprechen, bestätigt. Damit habe sie konkludent der Beendigung des Tarifs mit dem Kunden zu-

gestimmt und sei verpflichtet gewesen, die Umstellung zu dem bestätigten Zeitpunkt vorzunehmen.

15 Der Hauptantrag zu 2 sei unbegründet. Die Übersendung einer unrichtigen Auftragsbestätigung an Kunden sei jedenfalls nicht in allen Fällen eine Wettbewerbshandlung i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, § 1 UWG a.F. Es sei denkbar, dass der eigene Absatz der die Auftragsbestätigung versendenden Beklagten objektiv nicht gefördert werde. Damit fehle es an einer darauf gerichteten Absicht.

16 Der Hilfsantrag zu 2 sei gemäß §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 Abs. 1 UWG, § 1 UWG a.F. begründet (Fall Dr. P.). Eine Wettbewerbshandlung liege vor, soweit die Übersendung der unrichtigen Auftragsbestätigungen dazu führe, eine Änderung der Voreinstellung auf ein anderes Verbindungsnetz zumindest zu gefährden.

17 Der Klageantrag zu 3 sei gemäß §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 Abs. 1 UWG, § 1 UWG a.F. begründet (Fall Dr. P.). Eine Wettbewerbshandlung sei gegeben, da die mit einer Begründung versehene Ablehnung der Änderung der Voreinstellung auf ein anderes Verbindungsnetz stets ein bewusstes Handeln darstelle. Die Ablehnung der Umstellung mit einer unzutreffenden Begründung stelle eine gezielte Behinderung der Klägerin dar.

18 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und insoweit zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Landgerichts. Die Revision der Klägerin bleibt dagegen erfolglos.

1. Klageantrag zu 1 (Nichtausführung von Umstellungsaufträgen zum mitgeteilten Zeitpunkt) - Hauptantrag

19 a) Der mit dem Hauptantrag zu 1 geltend gemachte Unterlassungsantrag ist, soweit er auf Wettbewerbsrecht gestützt ist, schon deshalb unbegründet, weil er, wie das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht angenommen hat, auch Verhaltensweisen einbezieht, die nicht wettbewerbswidrig sind. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision der Klägerin bleiben ohne Erfolg.

20 aa) Auf das in die Zukunft gerichtete Begehren der Klägerin sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (UWG) anzuwenden. Der im Streitfall auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht aber nur, wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung im Jahr 2001 wettbewerbswidrig war. Maßgebend ist insoweit das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung.

21 bb) Der Unterlassungsantrag nach dem Hauptantrag zu 1 stellt nur darauf ab, dass die Änderung der dauerhaften Voreinstellung auf die Klägerin nicht zu dem ausdrücklich mitgeteilten Zeitpunkt erfolgt. Die Verhaltensweisen, deren Unterlassung die Klägerin begehrt, werden lediglich dadurch umschrieben, dass ein bestimmter Erfolg (Änderung der dauerhaften Voreinstellung) zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht eintritt. Damit erfasst der Antrag alle Verhaltensweisen (Handlungen und Unterlassungen) der Beklagten, die dazu führen (können), dass die Änderung der dauerhaften Voreinstellung nicht zu dem ausdrücklich mitgeteilten Zeitpunkt erfolgt.

22 cc) Dieser Unterlassungsantrag ist, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, zu weit gefasst. Eine unlautere Handlung i.S. von §§ 3, 4

Nr. 10 UWG setzt die Vornahme einer Wettbewerbshandlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) voraus, also einer Handlung mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern. Nach § 1 UWG a.F. war ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs erforderlich. Unter die weite Fassung des Unterlassungsantrags nach dem Hauptantrag zu 1 fallen aber beispielsweise auch Fallgestaltungen, in denen eine Änderung der dauerhaften Voreinstellung zu dem mitgeteilten Zeitpunkt an technischen Störungen scheitert, die etwa auf einer mangelhaften Wartung der erforderlichen technischen Anlagen beruhen, oder bei denen eine Verzögerung der Änderung der Voreinstellung durch einen vorhersehbaren, aber aufgrund unzureichender organisatorischer Vorkehrungen nicht rechtzeitig behobenen Personalausfall bedingt ist. Der Unterlassungsantrag nach dem Hauptantrag zu 1 erfasst somit auch Sachverhalte, in denen es an dem für ein Handeln im Wettbewerb i.S. von § 1 UWG a.F. und für eine Wettbewerbshandlung i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erforderlichen Marktbezug (vgl. dazu Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 2 UWG Rdn. 12 ff.; Piper in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 2 Rdn. 9) der jeweiligen Verhaltensweisen der Beklagten oder jedenfalls an einer gezielten Behinderung der Klägerin i.S. von § 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG a.F. fehlt. Der Hauptantrag zu 1 bezieht demzufolge Verhaltensweisen ein, in denen ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten nicht angenommen werden kann. Ein solcher zu weit gefasster Unterlassungsantrag ist unbegründet (BGH, Urt. v. 10.12.1998 - I ZR 141/96, GRUR 1999, 509, 511 = WRP 1999, 421 - Vorratslücken; Urt. v. 16.3.2000 - I ZR 229/97, GRUR 2002, 187, 188 = WRP 2000, 1131 - Lieferstörung).

23 b) Bei einem weit gefassten Unterlassungsantrag ist im Allgemeinen anzunehmen, dass jedenfalls die mit der Klage konkret beanstandeten Verletzungshandlungen untersagt werden sollen (BGH, Urt. v. 16.11.2000

- I ZR 186/98, GRUR 2001, 446, 447 = WRP 2001, 392 - 1-Pfennig-Farbbild, m.w.N.). Das Unterlassungsbegehren der Klägerin nach ihrem Hauptantrag zu 1 ist jedoch auch nicht beschränkt auf die konkreten Verletzungshandlungen begründet, soweit bei diesen nur von einer versehentlichen Nichtausführung der Änderung der Voreinstellung auszugehen ist.

24 aa) Durch einen versehentlichen Verstoß gegen die Verpflichtung, die Voreinstellung auf die Klägerin umzustellen, mag die Beklagte zwar im Einzelfall eine Verletzung des mit ihrem Kunden bestehenden Vertrags oder der mit der Klägerin und den anderen Verbindungsnetzbetreibern geschlossenen Vereinbarung (Spezifikation VNB-Wechsel 2.5) begangen haben. Eine versehentliche Vertragsverletzung im Einzelfall ist als solche jedoch noch keine Wettbewerbshandlung der Beklagten, durch die sie die Klägerin i.S. von § 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG a.F. unlauter behindert. Bei bloßen Vertragsverletzungen geht die Rechtsprechung des Senats vom Vorliegen eines Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs (§ 1 UWG a.F.) sowie von einer Wettbewerbshandlung i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nur aus, wenn diese in Umfang und Ausmaß ein besonderes Gewicht haben (vgl. BGH, Urt. v. 27.6.2002 - I ZR 86/00, GRUR 2002, 1093, 1094 = WRP 2003, 975 - Kontostandsauskunft; Urt. v. 11.1.2007 - I ZR 87/04 Tz. 13 f. - Irreführender Kontoauszug). Daran fehlt es bei dem Verletzungsfall O. GmbH selbst dann, wenn der Vortrag der Klägerin zugrunde gelegt wird, es sei in zwei weiteren Fällen (versehentlich) die Änderung der Voreinstellung vertragswidrig nicht zu dem bestätigten Zeitpunkt vorgenommen worden. Im Rahmen des hier vorliegenden Massengeschäfts kommt dem keine besondere Bedeutung zu.

25 bb) Im Übrigen sind insoweit die Voraussetzungen einer unlauteren Behinderung der Klägerin i.S. von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG a.F. nicht gegeben. Zwar bewirkt die Nichtausführung der Umstellung zu dem bestätigten Ter-

min, dass die Leistungsbeziehung des Teilnehmers zur Beklagten (faktisch) weitergeführt und er daran gehindert wird, die Leistungen der Klägerin in Anspruch zu nehmen. Damit verbleibt der betreffende Kunde (zumindest für einen gewissen Zeitraum) bei der Beklagten und wird der Klägerin entzogen. Diese objektive Wirkung der versehentlichen Nichtausführung der Umstellung zu dem bestätigten Zeitpunkt macht das Verhalten der Beklagten jedoch noch nicht unlauter. Ein Mitbewerber hat keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstammes. Das Eindringen in einen fremden Kundenkreis und das Ausspannen sowie Abfangen von Kunden, auch wenn diese an einen Mitbewerber gebunden sind, gehören vielmehr grundsätzlich zum Wesen des Wettbewerbs (vgl. BGHZ 110, 156, 171 - HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; BGH, Urt. v. 8.11.2001 - I ZR 124/99, GRUR 2002, 548, 549 = WRP 2002, 524 - Mietwagenkostenersatz). Das Ausspannen und Abfangen von Kunden ist nur wettbewerbswidrig, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers ist gegeben, wenn auf Kunden, die bereits dem Wettbewerber zuzurechnen sind, in unangemessener Weise eingewirkt wird, um sie als eigene Kunden zu gewinnen oder zu erhalten (vgl. BGHZ 148, 1, 8 - Mitwohnzentrale.de, m.w.N.). Eine solche unangemessene Einwirkung auf den Kunden liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn sich der Abfangende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Entschlusses, die Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen (BGH, Urt. v. 30.10.1962 - I ZR 128/61, GRUR 1963, 197, 200 f. = WRP 1963, 50 - Zahnprothesen-Pflegemittel; Urt. v. 27.2.1986 - I ZR 210/83, GRUR 1986, 547, 548 = WRP 1986, 379 - Handzettelwerbung; Urt. v. 15.1.1987 - I ZR 215/84, GRUR 1987, 532, 533 = WRP 1987, 606 - Zollabfertigung; BGHZ 148, 1, 8 - Mitwohnzentrale.de). Bei nur versehentlichen Vertragsverletzungen der hier in Rede stehenden Art kann dagegen nicht von einer unangemessenen Einwirkung in diesem Sinne ausgegangen werden. Für die

Annahme einer unlauteren Behinderung reicht nicht aus, dass sich auch die versehentliche Nichtausführung zu dem bestätigten Zeitpunkt nachteilig auf den Absatz der Klägerin auswirkt (vgl. Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 10.25).

26 c) Soweit die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren nach dem Hauptantrag zu 1 auch auf Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (§ 40 Satz 2 i.V. mit § 43 Abs. 6 TKG 1996, § 44 Abs. 1 Satz 1 bis 3 i.V. mit § 40 Abs. 1 TKG 2004) gestützt hat, ist es gleichfalls unbegründet.

27 aa) Nach § 40 Satz 2 TKG 1996 bestand ein Anspruch auf Unterlassung bei einem Verstoß gegen Bestimmungen des TKG 1996, die den Schutz eines Nutzers bezweckten; anspruchsberechtigt war nur der verletzte Nutzer. Zwar war der Begriff des Nutzers nach § 3 Nr. 11 TKG 1996 nicht auf Verbraucher beschränkt, sondern umfasste alle Nachfrager nach Telekommunikationsdienstleistungen. Auch einem Wettbewerber, der seinerseits Telekommunikationsdienstleistungen anbot, konnten demnach Unterlassungsansprüche als Nutzer nach § 40 Satz 2 TKG 1996 zustehen, soweit er einem (anderen) Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen als Nutzer gegenübertrat (vgl. Büchner in Beckscher TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 3 Rdn. 14, § 40 Rdn. 4; Lünenbürger in Scheuerle/Mayen, TKG, § 3 Rdn. 34 f; Husch ebenda § 40 Rdn. 4). Dagegen war er nicht nach § 40 Satz 2 TKG 1996 geschützt, wenn er nicht in seiner Eigenschaft als Nutzer, sondern lediglich als Wettbewerber eines Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen in seinen Rechten betroffen war (Büchner aaO § 40 Rdn. 4).

28 bb) Im vorliegenden Fall stützt die Klägerin ihren Unterlassungsanspruch nach § 40 Satz 2 TKG 1996 auf einen Verstoß der Beklagten gegen § 43 Abs. 6 TKG 1996. Sie macht aber nicht geltend, sie sei als Nutzer in ihrem Recht aus § 43 Abs. 6 TKG 1996 auf freie Betreiberauswahl verletzt worden. Sie nimmt

die Beklagte vielmehr auf Unterlassung in Anspruch, weil diese Ansprüche von (dritten) Nutzern aus § 43 Abs. 6 TKG 1996 zum Nachteil der Klägerin als Wettbewerberin der Beklagten nicht beachtet habe. Insofern ist sie nicht nach § 40 Satz 2 TKG 1996 anspruchsberechtigt.

29 cc) Auf die Bestimmung des § 44 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004, nach der nunmehr sowohl Endverbraucher als auch Wettbewerber als Betroffene anspruchsberechtigt sind (§ 44 Abs. 1 Satz 3 TKG 2004), kann die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren schon deshalb nicht mit Erfolg stützen, weil die von ihr behaupteten Verletzungshandlungen der Beklagten im Jahr 2001 und damit vor dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 - TKG 2004 (BGBl. I 2004, S. 1190) liegen. Der Unterlassungsanspruch nach § 44 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 setzt einen Verstoß gegen "dieses Gesetz" voraus, also gegen das TKG 2004 (§ 152 TKG 2004; vgl. Rugullis in Berliner Kommentar zum TKG, § 44 Rdn. 15). Mit ihren Handlungen im Jahr 2001 kann die Beklagte allenfalls gegen Bestimmungen des TKG 1996 verstoßen haben. Etwaige Verstöße gegen Bestimmungen des TKG 1996 können jedoch einen Unterlassungsanspruch nach § 44 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr nicht begründen. Hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme einer Erstbegehungsgefahr im Hinblick auf Verstöße gegen Bestimmungen des TKG 2004 hat die Klägerin nicht vorgetragen.

2. Klageantrag zu 1 (Nichtausführung von Umstellungsaufträgen zum mitgeteilten Zeitpunkt) - Hilfsantrag

30 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist auch der Hilfsantrag zu 1 unbegründet. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht die Annahme, dass die Beklagte im Verletzungsfall O. GmbH durch bewusstes Handeln im Sinne des Hilfsantrags zu 1 die Klägerin unlauter i.S. von §§ 3, 4

Nr. 10 UWG, § 1 UWG a.F. behindert hat. Es fehlt daher jedenfalls an der einen Unterlassungsanspruch begründenden Wiederholungsgefahr.

31 a) Nach dem Hilfsantrag zu 1 - und dem ihm entsprechenden Urteilsausspruch - hat es die Beklagte zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Änderung der dauerhaften Voreinstellung des Anschlusses von Kunden auf das Verbindungsnetz der Klägerin bewusst nicht zu dem von ihr ausdrücklich mitgeteilten Zeitpunkt auszuführen. Dieser Antrag - sowie das ausgesprochene Verbot - ist auch hinsichtlich des Merkmals der bewussten Nichtausführung hinreichend bestimmt. Aus den Entscheidungsgründen, die zur Auslegung heranzuziehen sind, ergibt sich, dass von einer bewussten Nichtausführung immer dann auszugehen ist, wenn ein mit der Bearbeitung des Umstellungsauftrags befasster Mitarbeiter der Beklagten in Kenntnis des Umstands, dass eine Umstellung zu erfolgen hat, davon absieht, die hierfür erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

32 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 Abs. 1 und 2 UWG, §§ 1, 13 Abs. 4 UWG a.F. zusteht, wenn die Beklagte in diesem Sinne die Änderung einer Voreinstellung bewusst nicht vorgenommen hat. Es liegt nahe, dass die bewusste Verletzung einer vertraglichen Pflicht, die wie hier darauf gerichtet ist, dem Wettbewerber Kunden zuzuführen, nicht nur als ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne von § 1 UWG a.F. und als Wettbewerbshandlung i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, sondern auch als eine unlautere Mitbewerberbehinderung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG a.F. zu beurteilen ist. Dient eine derartige Vertragsverletzung als Mittel, um den eigenen Kundenstamm zu erhalten, spricht viel dafür, das darin liegende, auch objektiv zielgerichtete Abfangen oder Zurückhalten von Kunden (zum Tatbestandsmerkmal des "gezielten" Behinderns vgl. BGH, Urt. v. 11.1.2007 - I ZR 96/04, WRP 2007,

951 Tz. 22 - Außendienstmitarbeiter) nicht mehr als wettbewerbskonform anzusehen.

33 Diese Frage braucht hier aber nicht entschieden zu werden, weil es in dem von der Klägerin zur Begründung der Wiederholungsgefahr vorgetragenen Verletzungsfall "O. GmbH" an einem in diesem Sinne bewussten Handeln der Beklagten fehlt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte, nachdem sie die Änderung der Voreinstellung zum 3. Juli 2001 schriftlich bestätigt hatte, die Umstellung deshalb zu diesem Termin nicht ausgeführt, weil einer ihrer Mitarbeiter, als die Umstellung anstand, bemerkt hat, dass die Beklagte wegen des bestehenden Tarifs Business-Call-500 die Umstellung zu dem bestätigten Zeitpunkt gar nicht hätte akzeptieren müssen, und er sich deshalb für berechtigt gehalten hat, nunmehr die Umstellung zu unterlassen. Das Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten, das ihr gemäß § 8 Abs. 2 UWG zugerechnet wird, in der Annahme, zur "Korrektur" der versehentlichen Bestätigung der Änderung der Umstellung berechtigt zu sein, stellt kein Handeln in dem vom Hilfsantrag zu 1 vorausgesetzten Sinne dar, dass bewusst gegen eine (vertragliche oder gesetzliche) Verpflichtung verstoßen worden ist.

3. Klageantrag zu 2 (Unzutreffende Auftragsbestätigungen) - Hauptantrag

34 Die Revision der Klägerin bleibt bezogen auf den Klageantrag zu 2 (Hauptantrag) ebenfalls ohne Erfolg.

35 a) Das Berufungsgericht hat zu Recht auch diesen Antrag in seiner weiten Fassung als unbegründet angesehen, weil er nicht wettbewerbswidrige Verhaltensweisen einbezieht. Die weite Fassung des Unterlassungsantrags nach dem Hauptantrag zu 2 stellt nicht darauf ab, in welcher Weise die Auf-

tragsbestätigung von dem Kundenauftrag abweicht. Es wird insbesondere nicht danach unterschieden, ob durch die Abweichung von dem Kundenauftrag der Wechsel des Kunden zur Klägerin erschwert wird oder nicht.

36 b) Das weit gefasste Unterlassungsbegehren nach dem Hauptantrag zu 2 umfasst damit auch Sachverhalte, bei denen es an einer Wettbewerbshandlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehlt. Unterscheidet sich der Tarif, auf den die Auftragsbestätigung der Beklagten Bezug nimmt, von dem von dem Kunden mit seinem Auftrag gewünschten Tarif etwa nur hinsichtlich des Preises oder anderer Leistungsmerkmale, die keine Bedeutung im Hinblick auf eine Änderung der Voreinstellung auf die Klägerin haben, so kommt die Annahme eines für eine Wettbewerbshandlung i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erforderlichen marktbezogenen Handelns nur in Betracht, wenn solche von den Kundenaufträgen abweichenden Auftragsbestätigungen zielgerichtet und systematisch als Mittel des Wettbewerbs eingesetzt werden (vgl. BGH, Urt. v. 7.5.1986 - I ZR 95/84, GRUR 1986, 816, 818 f. = WRP 1986, 660 - Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf; Urt. v. 10.12.1986 - I ZR 136/84, GRUR 1987, 180, 181 = WRP 1987, 379 - Ausschank unter Eichstrich II; BGHZ 123, 330, 334 - Folgeverträge I; 147, 296, 303 f. - Gewinn-Zertifikate; BGH GRUR 2002, 1093, 1094 - Kontostandsauskunft). Auf ein derartiges systematisches und zielgerichtetes Vorgehen ist das Unterlassungsbegehren der Klägerin nach dem Hauptantrag zu 2 jedoch nicht gerichtet. Die weite Fassung des Hauptantrags zu 2 bezieht darüber hinaus sogar Fallgestaltungen ein, in denen sich aus der von dem Kundenauftrag abweichenden Auftragsbestätigung der Beklagten ein für den Kunden günstigeres als das tatsächlich in Auftrag gegebene Angebot ergibt.

37 c) Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang ohne Erfolg geltend, die Übersendung unzutreffender Auftragsbestätigungen begründe in jedem Fall die Gefahr, dass der Kunde den unzutreffend bestätigten Auftrag annehme und es

dadurch den Wettbewerbern erschwert werde, bei dem betreffenden Kunden eigene Produkte abzusetzen. Jeder Vertragsabschluss mit einem Kunden beeinträchtigt den Mitbewerber in seinen Möglichkeiten, seine Produkte abzusetzen. Dies ist eine Folge jeden Wettbewerbs und kann daher als solche nicht die Unlauterkeit eines auf den Abschluss von Verträgen gerichteten Handelns begründen.

4. Klageantrag zu 2 (Unzutreffende Auftragsbestätigungen, die eine Voreinstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin erschweren) - Hilfsantrag

38 Die Klage ist auch nicht mit dem Hilfsantrag zu 2, der - im Gegensatz zum Hauptantrag zu 2 - voraussetzt, dass die unzutreffende Auftragsbestätigung der Beklagten die dauerhafte Voreinstellung des Anschlusses auf das Verbindungsnetz der Klägerin erschwert, gemäß §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 Abs. 1 und 2 UWG, §§ 1, 13 Abs. 4 UWG a.F. begründet. Das beanstandete Verhalten der Beklagten ist entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts nicht unlauter.

39 a) Im Gegensatz zum Hilfsantrag zu 1 hat die Klägerin den Hilfsantrag zu 2 dem Wortlaut nach nicht auf ein bewusstes Handeln der Beklagten beschränkt. Soweit er danach auch ein versehentliches Handeln der Beklagten umfassen sollte, wäre er zu weit und daher unbegründet. Denn das Versenden von unrichtigen Auftragsbestätigungen in Unkenntnis der Umstände, aus denen sich deren Unrichtigkeit ergibt, mag zwar im Einzelfall eine Vertragsverletzung der Beklagten darstellen. Aus den oben unter II 1 b dargelegten Gründen kann die bloße Vertragsverletzung im Einzelfall jedoch nicht als eine Wettbewerbshandlung und im Übrigen auch nicht als eine unlautere Mitbewerberbehinderung angesehen werden.

40 b) Aber auch wenn der Hilfsantrag zu 2 dahin ausgelegt wird, dass hier gleichfalls nur ein bewusstes Handeln im Sinne der in den Hilfsantrag zu 1 ausdrücklich aufgenommenen Ergänzung erfasst sein soll, ist er unbegründet, weil ein bewusstes Handeln der Beklagten, das als unlautere Mitbewerberbehinderung i.S. von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG a.F. zu beurteilen wäre, nicht nachgewiesen ist.

41 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwar davon auszugehen, dass der Zeuge Dr. P. bei dem mit einer Mitarbeiterin der Beklagten geführten Telefongespräch am 16. Oktober 2001 nicht den später bestätigten Tarif T-Net-100, sondern lediglich einen Standardanschluss (T-Net-Standard) in Auftrag gegeben hat. Das Berufungsgericht hat es auch als ausgeschlossen angesehen, dass sich Dr. P. bei der Auftragserteilung gegenüber der Mitarbeiterin der Beklagten missverständlich ausgedrückt haben könnte. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts schließt dies nach der Lebenserfahrung (§ 286 ZPO) jedoch nicht aus, dass die fehlerhafte Ausführung des Auftrags lediglich auf einem Versehen der Mitarbeiterin der Beklagten beruht und deshalb nicht in dem dargelegten Sinne bewusst eine unrichtige Auftragsbestätigung versandt worden ist.

5. Klageantrag zu 3 (Unzutreffende Behauptung der Unmöglichkeit der Umstellung und Nichtausführung von Umstellungsaufträgen mit dieser Begründung)

42 Die Revision der Beklagten hat schließlich auch Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung nach dem Klageantrag zu 3 wendet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte insoweit gleichfalls kein Anspruch auf Unterlassung aus §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 Abs. 1 und 2 UWG, §§ 1, 13 Abs. 4 UWG a.F. zu.

43 Der Anspruch bezieht sich - vereinfacht - auf die unzutreffende Behauptung der Beklagten, es gebe ein der Umstellung der Voreinstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin entgegenstehendes Hindernis, insbesondere eine Willenserklärung des Kunden, die einen Wechsel vertraglich ausschließe, sowie die darauf gestützte Nichtausführung der Umstellung. Auch hinsichtlich dieses Antrags ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das damit verfolgte Begehren ein bewusstes Handeln im Sinne seiner Ausführungen zum Hilfsantrag zu 1 zum Gegenstand hat, also eine "bewusst" unrichtige Begründung für die Ablehnung der Umstellung im Sinne einer Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Unrichtigkeit ergibt. Im Fall Dr. P. stellt sich das beanstandete Verhalten aus den vorstehend unter II 4 b genannten Gründen, auf die Bezug genommen wird, jedoch nicht als ein bewusstes Handeln der Beklagten im Sinne einer unlauteren Behinderung der Klägerin dar.

44 III. Soweit die Klägerin mit ihrem Revisionsvorbringen unter Bezugnahme auf § 286 ZPO geltend macht, sie habe neben dem Fall Dr. P. weitere Verletzungsfälle vorgetragen, welche die Verurteilung der Beklagten nach dem Haupt- und Hilfsantrag zu 2 sowie nach dem Klageantrag zu 3 trügen, vermag sie damit nicht durchzudringen. Die insoweit von der Klägerin dargelegten und unter Beweis gestellten Umstände der Verletzungsfälle O. GmbH, K. GmbH und W. AG lassen ebenso wie in dem Fall Dr. P. nicht den Schluss zu, es habe sich in diesen Fällen nicht lediglich um bloße Bearbeitungsfehler von Mitarbeitern der Beklagten gehandelt. In den Fällen K. GmbH und W. AG sind die vertraglichen Vereinbarungen entgegen der in der Revisionserwiderung der Klägerin vertretenen Ansicht von dem erst nach dem Abschluss dieser Verträge ergangenen Beschluss der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 25. September 2001 nicht berührt

worden. Denn durch diesen Beschluss ist der Ausschluss der Umstellung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nur für künftige Verträge untersagt worden.

45 IV. Auf die Revision der Beklagten ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben, soweit zu deren Nachteil entschieden worden ist (Hilfsanträge zu 1 und 2 sowie Klageantrag zu 3). Die Revision der Klägerin sowie ihre Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts sind zurückzuweisen.

46 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Pokrant Büscher

Bergmann Kirchhoff

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 19.07.2002 - 3/11 O 13/02 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.10.2004 - 6 U 169/02 -