
Datum: 04.09.1998
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 21/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1998:0904.6U21.98.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 685/97
Schlagworte: Telefonwerbung
Normen: UWG § 1

Leitsätze:

Telefonwerbung gegenüber gewerblich tätigen Personen, zu denen noch kein Kontakt besteht, ist nur zulässig, wenn der Angerufene sein Einverständnis erklärt hat oder von dem Anrufer aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse an dem Gespräch vermutet werden kann. Für eine derartige Vermutung reicht ein mögliches Interesse des angerufenen Gewerbetreibenden, mit Hilfe des Anrufers künftig eventuell preisgünstiger und effizienter zu werben als bisher, nicht aus.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 2.12.1997 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 31 O 685/97 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Tenor der an-gefochtenen Entscheidung im Hauptausspruch wie folgt neu gefaßt wird: Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken der Werbung außerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen unaufgefordert telefonisch Kontakt zu gewerblichen und/oder selbständigen Inserenten der Klägerin aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Beklagten zu tragen. 3.) Das Urteil

ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung durch Si-cherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen: Bei Vollstreckung des Anspruches auf a) Unterlassung: 200.000,00 DM; b) Kostenerstattung: 28.500,00 DM. Der Klägerin wird auf ihren Antrag nachgelassen, die Sicherheiten auch durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. 4.) Die Beschwer der Beklagten wird auf 200.000,00 DM festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerin verlegt in den Bezirken 49-53 das offizielle und das örtliche Telefonbuch und die "Gelben Seiten".

Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer die Beklagten zu 2) und 3) sind, nimmt zu Gewerbetreibenden, die in den genannten Telefonbüchern inserieren, Kontakt auf und bietet ihnen Vorschläge für Werbeeinträge an, durch die gegenüber den von den Angesprochenen geschalteten Eintragungen angeblich Einsparungen erzielt werden können.

Die geschilderte Kontaktaufnahme geschieht telefonisch. Die Parteien streiten im vorliegenden Verfahren über das Recht der Beklagten, zu diesem Zweck unaufgefordert mit Inserenten der Klägerin auf diese Weise Kontakt aufzunehmen.

Die Klägerin hat sich u.a. auf Anrufe bei ihren Inserenten G. B. Dental-Labor GmbH ~~###blob###~~amp; Co KG in R., Fa. E. in W. und dem Kfz-Sachverständigen M. in M. berufen und die Auffassung vertreten, die zu Werbezwecken erfolgte Kontaktaufnahme zu diesen Kunden verstoße unter Berücksichtigung der von dem BGH in seiner Entscheidung "Telefonwerbung IV" (GRUR 91,764 ff) aufgestellten Grundsätze gegen § 1 UWG.

Die Klägerin hat b e a n t r a g t,

Die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu 2 Jahren zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken außerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen unaufgefordert telefonisch Kontakt zu gewerblichen und/oder selbständigen Inserenten der Klägerin aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen, es sei denn, der angerufene Gesprächspartner habe zu derartigen Anrufen sein Einverständnis erklärt, oder es kann aufgrund besonderer tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen an einem solchen Anruf vermutet werden.

Die Beklagten haben b e a n t r a g t,

die Klage abzuweisen.

11

Sie haben die Auffassung vertreten, alle drei angeführten Kunden hätten Eintragungen geschaltet gehabt, die aus Kostengründen als ungünstig zu bezeichnen gewesen seien. Es habe daher das von der Rechtsprechung geforderte Interesse an einer Beratung durch die Beklagte zu 1) vorausgesetzt werden können. Überdies habe die erstgenannte GmbH ihre - der Beklagten - Beratungsleistung in Anspruch genommen. Darüber hinaus seien die Anrufe schon deswegen zulässig gewesen, weil sie keine Verkaufsgespräche gewesen, sondern nur Gesprächstermine vereinbart worden seien.

Im übrigen sei der Antrag zu weit gefaßt und verstoße das beantragte Verbot gegen die (aus Bl.62 ff ersichtliche) Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates, die das Telefon als Mittel zur Werbung und zum Abschluß von Verträgen vorsehe, auch soweit noch keine Geschäftsbeziehung zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen bestehe. 12

Das L a n d g e r i c h t hat der Klage unter Bezugnahme auf die erwähnte BGH-Rechtsprechung stattgegeben. Die hiernach wegen des fehlenden Einverständnisses erforderlichen besonderen Umstände, die ein sachliches Interesse des Angerufenen vermuten ließen, seien nicht gegeben. Hierfür reiche es nicht aus, daß die Beklagten aufgrund der Gestaltung der Einträge Anhaltspunkte für ein Interesse der Inserenten an einer Beratung über eine mögliche Umgestaltung ihrer Eintragungen gehabt hätten. Es sei nämlich nicht ersichtlich, warum statt auf schriftlichem gerade auf telefonischem Wege geworben worden sei. Schließlich verstoße das Verbot auch nicht gegen die erwähnte Richtlinie. Diese noch nicht umgesetzte Norm regle nicht den geschäftlichen Bereich und lasse im übrigen in ihrem Art.14 strengere nationale Regelungen zu. 13

Ihre B e r u f u n g gegen dieses Urteil begründen die Beklagten wie folgt: 14

Ausgehend von der erwähnten Entscheidung des BGH sei der Anspruch unbegründet. Zu Unrecht habe das Landgericht bei der Prüfung der Frage, ob ein sachliches Interesse aufgrund tatsächlicher Umstände vermutet werden dürfe, allein darauf abgestellt, daß kein Grund gerade für eine telefonische Kontaktaufnahme bestehe. Damit werde der Rahmen zu eng gesteckt, weil derartige Gründe von den Fällen der Bewerbung äußerst eiliger Termingeschäfte oder von verderblichen Waren zumindest nahezu nie vorlägen. Auf diese Weise werde die von dem BGH geforderte Einzelfallprüfung unterlaufen. 15

Die Anrufe seien deswegen zulässig, weil sie allein der Terminvereinbarung gedient hätten, sich keiner der Angerufenen gestört gefühlt habe und überdies die telefonische Gesprächsanbahnung weniger störend sei als der - zweifelsfrei zulässige - unangemeldete Vertreterbesuch. Letzteres werde daran deutlich, daß nicht wenige Unternehmen sich Vertreterbesuche ohne telefonische Anmeldung verbäten. Auch das OLG Hamburg habe in der Entscheidung NJW RR 96,365 f das berechtigte Interesse allein daraus hergeleitet, daß das angebotene Produkt für den beworbenen Kunden von Interesse habe sein können. 16

Im übrigen sei die Rechtsprechung des BGH nach inzwischen 7 Jahren und der in dieser Zeit erfolgten Ausweitung des Telefonmarktes nicht mehr zeitgemäß. Dies ergebe sich aus der Expansion des sog. "Dialogmarketing". Darüberhinaus habe die Kammer den europarechtlichen Bezug nicht zureichend gewürdigt. Aus der Richtlinie ergebe sich, daß grundsätzlich der Fernabsatz über das Telefon gewollt sei und nicht durch eigene Regelungen der Mitgliedsstaaten unmöglich gemacht werden dürfe. 17

Schließlich sei die gesamte einschlägige Rechtsprechung des BGH nicht überzeugend, weil sie in nicht sachgerechter Weise die Werbung durch Vertreter oder Brief der Telefonwerbung vorziehe. 18

Die Beklagten b e a n t r a g e n,	19
Das Urteil des Landgerichts Köln vom 2.12.1997 - 31 O 685/97 - "aufzuheben" und die Klage abzuweisen.	20
Die Klägerin b e a n t r a g t,	21
die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß im Klageantrag die Worte "es sei denn... " bis "... vermutet werden" gestrichen werden.	22
Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und behauptet, die beanstandeten drei Anrufe hätten nicht nur Terminvereinbarungen zum Gegenstand gehabt, sondern in allen drei Fällen seien die Angerufenen bereits gezielt auf die angeblichen Einsparmöglichkeiten hingewiesen worden. Dies sei auch in zwei weiteren Fällen, nämlich bei Anrufen bei einer Fa. L. Dieter und einem Herrn G., geschehen.	23
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die bis zur mündlichen Berufungsverhandlung gewechselten Schriftsätze, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, und die den Beklagten nachgelassenen Schriftsätze vom 24. 8.1998 und 28.8.1998 Bezug genommen.	24
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	25
Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.	26
Die unaufgeforderte Telefonwerbung bei geschäftlich tätigen Personen, zu denen vorher keine Beziehungen bestanden haben, in der Weise, wie die Beklagten sie praktizieren, verstößt unter Berücksichtigung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH GRUR 91,764 ff - "Telefonwerbung IV") gegen die guten Sitten im Wettbewerb und ist ihnen daher gem. § 1 UWG zu untersagen. Die Voraussetzungen, unter denen eine derartige Telefonwerbung ausnahmsweise zulässig sein kann, sind entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erfüllt. Schließlich besteht kein Anlaß, von der erwähnten Rechtsprechung abzuweichen.	27
A	28
Telefonwerbung gegenüber gewerblich tätigen Personen, zu denen noch kein Kontakt besteht, ist - wie bereits das Landgericht zutreffend dargelegt hat - nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O., S.765) nur zulässig, wenn der Angerufene sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder von dem Anrufer aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an dem Gespräch vermutet werden kann. Ausgehend von diesen Kriterien sind den Beklagten die streitgegenständlichen Anrufe zu verbieten.	29
Zunächst stellen die beanstandeten Anrufe Telefonwerbung der Beklagten dar. Das gilt ungeachtet ihrer Behauptung, daß bei jenen Telefonaten lediglich Gesprächstermine vereinbart würden. Es kann dahinstehen, inwieweit dies zutrifft. Denn auch die bloße Vereinbarung eines mündlichen Gesprächstermins ist bereits Bestandteil der Werbung der Beklagten und muß sich daher an den für die Telefonwerbung im gewerblichen Bereich bestehenden Maßstäben messen lassen. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Umstand, daß die Beklagten bei der ersten Kontaktaufnahme am Telefon zumindest das Thema der von ihnen angestrebten Gespräche und den Grund dafür darlegen müssen, warum für die Angerufenen ein solches Gespräch mit Partnern, die ihnen bis dahin unbekannt sind, sinnvoll	30

und lohnend sein soll. Dabei muß zwangsläufig ihr Anliegen der angeblichen Einsparungen durch Veränderung der Werbeeinträge in Telefonbüchern zur Sprache kommen, weswegen die Gespräche in jedem Falle auch Werbung darstellen.

Da die Angerufenen - was auch die Beklagten nicht behaupten - ihr Einverständnis mit derartigen Anrufen weder ausdrücklich noch in konkludenter Weise erklärt hatten, setzt die Zulässigkeit der Anrufe nach den vorstehenden Kriterien voraus, daß die Beklagten aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse der angerufenen Inserenten an dem Gespräch vermuten konnten. Das ist indes nicht der Fall. 31

Hierfür reicht das möglicherweise bestehende bloße Interesse an den angebotenen Veränderungen der Inserate selber nicht aus. Erforderlich ist vielmehr das Interesse der Angerufenen, gerade telefonisch und nicht auf andere, weniger störende Weise über das Angebot informiert zu werden. Nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) kann sogar dann, wenn das beworbene Produkt gerade den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Angerufenen betrifft, nicht ohne weiteres von einem derartigen Interesse ausgegangen werden. Erst recht gilt dies dann, wenn die Beklagten - wie es bei den streitgegenständlichen Anrufen der Fall war - mit dem Ziel der Veränderung von Werbeeinträgen in Telefonbüchern etwa bei einem Dental-Labor oder einem KfZ-Sachverständigen anrufen. Aus diesem Grunde rechtfertigt auch der Umstand, daß das erwähnte Dental-Labor und andere auf die beanstandete Weise Angesprochene später die Leistungen der Beklagten in Anspruch genommen haben, den vorher erfolgten Anruf nicht. 32

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat auch das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 26.1.1995 (NJW-RR 96, 365 f) für die vorliegende Fallkonstellation nicht angenommen, daß derartige Anrufe bereits dann erlaubt seien, wenn das angebotene Produkt für den beworbenen Kunden von Interesse sein konnte. Der von dem OLG Hamburg entschiedene Rechtsstreit unterschied sich dadurch grundlegend von dem im vorliegenden Verfahren zu entscheidenden Fall, daß es sich um eine Kontaktaufnahme innerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung handelte. Die dortige Antragsgegnerin hatte nämlich für die Telekom deren Kunden angerufen. 33

Auch sonst in Betracht kommende tatsächliche Umstände dafür, daß die angerufenen Inserenten ein sachliches Interesse daran gehabt haben könnten, gerade auf telefonischem Wege auf die Änderung der Eintragungen angesprochen zu werden, liegen nicht vor. So waren zunächst ihre Angebote nicht so eilig, daß eine schriftliche Werbung ihr Ziel nicht mehr hätte erreichen können. Überdies kann auch entgegen der Behauptung der Beklagten keineswegs davon ausgegangen werden, daß Gewerbetreibende heutzutage regelmäßig keine Einwände gegen die beanstandete Werbung hätten und sich durch diese insbesondere nicht gestört fühlten. Im Gegenteil ist weiterhin mit dem Bundesgerichtshof (a.a.O.) davon auszugehen, daß derartige ungebetene Anrufe grundsätzlich eine sittenwidrige Belästigung und Störung der Angerufenen darstellen und daher nur ausnahmsweise hingenommen werden können. Der Anrufer nutzt das Telefon nämlich, um in die Geschäftssphäre des Angerufenen einzudringen, obwohl dieser weder durch den Betrieb des Telefonanschlusses noch auf irgendeine sonstige Weise gezeigt hat, daß er daran interessiert wäre, auf diese Weise in Gespräche hineingezogen zu werden. 34

Das Interesse der Angerufenen kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß diese nach dem Vortrag der Beklagten in der Regel mit den als Alternative zur Telefonwerbung in Betracht kommenden Vertreterbesuchen ebensowenig einverstanden sein sollen. Dieser Hinweis vermag der Berufung bereits deswegen nicht zum Erfolg zu verhelfen, weil der angebliche Umstand, daß Werbung durch Vertreter, die die Unternehmen besuchen, die dort 35

Angesprochenen in weitergehendem Maße stören sollen, nichts daran ändert, daß die praktizierte Telefonwerbung aus den dargelegten Gründen mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht im Einklang steht. Eine unlautere Handlung wird nicht dadurch zu einer lauterer, daß denkbare Alternativen ebenfalls oder möglicherweise in noch größerem Maße sittlich verwerflich sind. Es kann daher die zweifelhafte Frage offenbleiben, ob Vertreterbesuche tatsächlich regelmäßig und in dem Umfange als lästig empfunden werden, wie die Beklagten dies behaupten.

Es kommt hinzu, daß es den Beklagten freisteht, nicht auf Vertreterbesuche auszuweichen, sondern anstelle der Telefonwerbung z.B. schriftlich bei den Inserenten zu werben. Der hiergegen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgebrachte Einwand, eine derartige Werbung sei nicht so effektiv wie diejenige durch die praktizierten Telefonanrufe, ändert nichts daran, daß den Beklagten diese Möglichkeit offensteht. Daß sie ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran haben, ihre Art der Werbung fortzusetzen, kann ohne weiteres unterstellt werden, ändert aber an der Unlauterkeit des Vorgehens nichts. 36

Schließlich berufen sich die Beklagten auch ohne Erfolg darauf, die von ihr Angerufenen hätten sich nicht gestört gefühlt. Allein daß diese sich nicht beschwert und nicht geäußert haben, sie hätten sich belästigt gefühlt, kann nicht zu dem Schluß führen, tatsächlich würden die Anrufe nicht als Störung empfunden. Das gilt schon für die Anzahl der namentlich von der Klägerin angeführten Inserenten und erst recht angesichts des Umstandes, daß die Beklagten - wie die Klägerin in ihrem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 27.10.1997 unwidersprochen vorgetragen und durch die Anlage K 3 belegt hat - systematisch und in großer Zahl Inserenten angerufen haben. 37

B 38

Aus den vorstehenden Gründen ist den Beklagten die von ihnen praktizierte Telefonwerbung bei Zugrundelegung der von dem Bundesgerichtshof gefundenen Kriterien zu untersagen. Es besteht auch kein Grund, von dieser Rechtsprechung des BGH abzuweichen und Telefonwerbung in weiterem Umfange zuzulassen. 39

Das gilt zunächst im Hinblick auf die von den Beklagten angeführte Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates. Hierzu wird gem. § 543 Abs.2 ZPO auf die Ausführungen des Landgerichts auf S.6 der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen, denen auch angesichts des Berufungsvorbringens der Beklagten nichts hinzuzufügen ist. 40

Aber auch die angeblich gewandelte allgemeine Übung im Bereich des sog. "Dialogmarketing" vermag die Gesichtspunkte, die Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind, nicht zu entkräften. Es mag sein, daß die moderne Telekommunikationstechnik zu einer Situation geführt hat, in der in weiterem Maße als früher eine direkte, auch telefonische Kontaktaufnahme zu gewerblichen Kunden stattfindet. Das besagt indes nicht, daß die unangemeldete telefonische Werbung inzwischen nicht mehr als störend empfunden wird. Insbesondere bringen die Unternehmen, die sich moderner Kommunikationstechnik bedienen, auch wenn sie so eine leichte telefonische Kontaktaufnahme ermöglichen, damit nicht etwa zum Ausdruck, keine Einwände gegen unangemeldete Telefonwerbung zu haben, zumal wenn diese - wie in den im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Fällen - noch nicht einmal ihr Gewerbe betrifft. 41

Aus den vorstehenden Gründen ist die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. Die - auf dem entsprechenden Antrag der Klägerin beruhende - obige Fassung des Urteilstenors stellt inhaltlich keine Änderung des von dem Landgericht zu Recht ausgesprochenen 42

Verbotsumfangs dar. Insbesondere ist es den Beklagten weiterhin erlaubt, Telefonwerbung zu betreiben, wenn der angerufene Gesprächspartner dazu sein Einverständnis erklärt hat, oder aufgrund besonderer tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen an einem solchen Anruf vermutet werden kann. Die dem Antrag der Klägerin zugrundeliegende Anregung des Senates, gleichwohl den mit den Worten "es sei denn" beginnenden Satzteil zu streichen, beruht darauf, daß in den streitgegenständlichen Fällen weder ein Einverständnis noch das sachliche Interesse der angerufenen Inserenten vorlag. Überdies waren in dem ursprünglichen Urteilstenor Verbotsselemente aufgeführt, um deren Vorhandensein die Parteien im vorliegenden Verfahren gerade streiten.

In dem Tenor sind schließlich die Worte "zu Wettbewerbszwecken" durch die Worte "zu Zwecken der Werbung" ersetzt worden, um bereits im Urteilstenor deutlich zu machen, daß das Verbot gerade eine - telefonische - Werbung betrifft. 43

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 44

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 45

Die gemäß § 546 Abs.2 ZPO festgesetzte Beschwer der Beklagten entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit. 46

Streitwert für das Berufungsverfahren: 200.000,00 DM. 47